

## 2402

**Sentencia núm. 2.039, de 19 de junio de 2018**

**Materia: Reclamación de cantidad. Reintegro de prestaciones. Trabajador que causa baja médica como consecuencia de un accidente de tráfico y que tras el expediente de determinación de contingencia se declara su baja derivada de accidente no laboral. Determinación del responsable de la cobertura sanitaria. La mutua demandante solicita el reintegro de la asistencia sanitaria al servicio público de salud.**

**Juzgado: Estima la demanda y condena a la Conselleria demandada al abono de determinada cantidad en concepto de resarcimiento de gastos médicos sufragados por la mutua demandante.**

**Sala: Estima el recurso interpuesto por la Conselleria demandada en la instancia y revoca la sentencia recurrida. La Sala entiende a la Mutua demandante desistida de su pretensión de resarcimiento al no haber cumplido el requerimiento de la Conselleria demandada de aportar los datos que estuvieran en su poder para acreditar la posible responsabilidad de un tercero en el accidente.**

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

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Recurre el Abogado de la Generalitat, en la representación que ostenta de la Conselleria de Sanitat, la sentencia que condena al Servicio Público de Salud a satisfacer a la Mutua X MCSS nº x la cantidad de 8.130,66 euros en concepto de pago de la asistencia sanitaria derivada de accidente no laboral sufrido por el trabajador D. J.C.R.M., que inicialmente había sido calificado como “accidente in itinere”. En dicho recurso, planteado al amparo del apartado c) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social se alega cometida la infracción del artículo 71.1 y 2 de la Ley 30/1992 de 26 de Noviembre, pues la Conselleria requirió de subsanación a la Mutua, que no había presentado facturas que avalaran su pretensión de ser resarcida, no cumpliendo debidamente la Mutua con el objeto del requerimiento. Entiende la parte recurrente que ello equivale a un desistimiento. Igualmente se señala cometida la infracción del RD 1630/2011 que regula tal reclamación y la forma de hacerse efectiva, del art 3.2 del RD 625/2014 y del art.4.3 del RD 1030/2006. Dicho recurso es impugnado por la Mutua que solicita la confirmación de la sentencia de instancia.

**SEGUNDO.-** Establece el RD 1630/2011, que regula la prestación de servicios sanitarios y de recuperación por las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social, la posibilidad por parte de las Mutuas para acudir al concierto con medios privados, que es lo acontecido en el presente supuesto, además de a la gestión propia de la asistencia sanitaria, así como (art 17.2) a, si dicha prestación ha tenido como origen supuestos de hecho que impliquen responsabilidad criminal o civil de alguna persona, a, tras hacer efectiva la prestación, a reclamar al tercero responsable, al tercero obligado al pago o, en su caso, al subrogado legal o contractualmente en sus obligaciones, el coste de las prestaciones sanitarias que hubiese satisfecho.

Por su parte, el artículo 71.1 y 71.2 de la Ley 30/1992 establece el procedimiento a seguir cuando la contingencia haya sido declarada de carácter común o no profesional, para reclamarse, por parte de la Mutua, los gastos sanitarios efectuados, y la necesidad de que conteste al requerimiento que se le haga a fin de evitar que

quede sin reclamar la posible responsabilidad de un tercero o una situación en la que acudir a un concierto a centros privados no esté debidamente acreditado. Caso de no dar cuenta debida del requerimiento, se tendrá a la Mutua por desistida.

Y en el presente supuesto, y tras declararse por el INSS que el accidente de tráfico sufrido por el Sr. J.C.R.M. era de carácter no laboral, una vez satisfechos los gastos sanitarios por la Mutua reclamante, ésta procedió a solicitar a la Conselleria de Sanidad competente el reintegro de los gastos, en los que la Mutua se limitaba a aportar gastos por asistencia hospitalaria por importe de 6.065,87 euros, gastos de desplazamiento de 866,99 euros y otros. La Conselleria contestó a dicha petición con un requerimiento de subsanación, para que se aportase la historia clínica del paciente, con la previa autorización de éste, así como el seguro del vehículo con el que se produjo el accidente y manifestaciones del interesado para conocer si existía un tercero que pudiera correr con los gastos; todo ello explicado para “esclarecer contradicciones dado que el parte de accidente lo califica de leve y sin hospitalización”. Dicho requerimiento solo conllevó la respuesta de la Mutua de la negativa del Sr R. a trasladarles la copia de su historia clínica, así como el resto de la documentación requerida.

Pues bien, a la vista de tal sucesión de hechos, no puede aceptarse que el crédito que la Mutua tiene a consecuencia de la prestación de sus servicios deba ser satisfecha por la Conselleria, sin que la Mutua acredite previamente la necesidad de tales gastos, a consecuencia del cambio de la contingencia profesional a común del accidente de tráfico sufrido, pues es dicha entidad mutual la que tenía los datos para acreditar la posible responsabilidad de un tercero en el accidente, lo que conllevaría la obligación de la correspondiente compañía aseguradora al pago, o la causa de que un accidente inicialmente calificado de leve y sin hospitalizan, conllevara una estancia hospitalaria de varios días en un centro privado.

Por tanto, limitada esta sala a analizar si se ha producido o no la infracción de los preceptos señalados en el recurso, en base a hechos que acreditan una falta de contestación por parte de la Mutua, de los datos objeto de requerimiento a la misma por parte de la Conselleria demandada, entendemos, que dicha infracción efectivamente se ha producido, por lo que debemos entender a la Mutua demandante desistida de su pretensión de resarcimiento, al no haber cumplido el requerimiento de la Conselleria aportando los datos que estuvieran en su poder, salvo los relativos a la historia clínica, por lo que al no haber dado cumplimiento en forma al requerimiento formulado, procede dictar sentencia que, con estimación del recurso, declare a la Mutua desistida de su pretensión, con derecho a resarcirse contra quien resulte ser el responsable de tales gastos.

## **FALLO**

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de la CONSELLERIA DE SANITAT DEL SVS, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº.CINCO de los de ALICANTE, de fecha 31 de marzo del 2016; y, en consecuencia, revocamos la sentencia recurrida y desestimamos la demanda interpuesta por la MUTUA X. MCSS N.º x contra la citada Conselleria, a la que absolvemos de las pretensiones deducidas en la demanda.

Sin costas.

## 2403

**Sentencia núm. 2.069, de 20 de junio de 2018**

**Materia: Despido y reclamación de cantidad. Trabajador al servicio de ente público demandado. Supresión de la prestación de los servicios de radiodifusión. Disolución y liquidación del ente. Extinción de los contratos de trabajo. Diferencias retributivas en la indemnización por despido percibida y la que legalmente correspondería al demandante en base al salario propio de las funciones efectivamente realizadas. Reconocimiento de categoría profesional a efectos indemnizatorios.**

**Juzgado: Desestima la demanda absolviendo a la parte demandada.**

**Sala: Desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia. El trabajador no tiene reconocida categoría superior sino el reconocimiento del abono de unas diferencias salariales en un periodo trabajado en el que realizó funciones correspondientes a una categoría superior. Sin embargo, la indemnización calculada conforme al salario que corresponde a su categoría profesional es la ajustada a derecho, por lo que no procede estimar la pretensión del actor.**

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

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** El actor interpuso en su día demanda ejercitando acción de despido y reclamación de cantidad, solicitando que se declare la improcedencia del despido y se condene a la empresa a las consecuencias derivadas de tal declaración así como a abonarle las diferencias retributivas entre la indemnización por despido percibida y la que legalmente le correspondería en base al salario propio de las funciones efectivamente realizadas, demanda que fue desestimada.

El recurso, planteado por la parte actora, se formula al amparo del apartado c) del art. 193 de la LRJS, considerando dicha parte que existe infracción del apartado 2º del Acuerdo de 23-03-2014 alcanzado entre RTVV y los representantes de los trabajadores en el despido colectivo, en relación con el art. 51.4 y art. 53.3 del ET. Asimismo, ha existido vulneración del art. 124.13 y 123.1 de la LRJS, así como art. 39.3 del ET, Anexo I del Convenio colectivo de RTVV y de las Tablas salariales vigentes al momento del despido. También alega infracción de la jurisprudencia que cita en su escrito. Ahora en fase de recurso, admite que no cabe la estimación de la pretensión relativa a la declaración de improcedencia del despido pero sí mantiene la petición de una mayor indemnización, centrando en el recurso la cuestión a debatir en la determinación de qué indemnización le correspondía percibir al actor, y más concretamente qué salario del actor es el que se debe utilizar como factor de cálculo de la misma. Y como la sentencia del Juzgado nº 2 condenó a RTVV al abono de las diferencias de salario entre ambas categorías porque hasta el último día de trabajo real del actor sus trabajos fueron los de periodista-redactor, la indemnización por despido debe calcularse sobre el salario que, en virtud de las normas aplicables correspondía a las funciones que efectivamente venía desempeñando el trabajador, debiendo ser condenada la demandada al pago de 3.538,14€. Damos por reproducidos a efectos expositivos el total de argumentos expuestos por el recurrente.

Expuesto lo anterior debemos indicar que esta Sala en la sentencia dictada al resolver su Recurso de Suplicación nº 1500/18, ha resuelto el mismo debate que el ahora planteado y en relación con otro trabajador de RTVV que reclamaba la misma pretensión, caso en el que (a diferencia del nuestro) la sentencia de instancia

desestimó la petició principal de improcedència del despidi però li reconeix diferències de indemnització per salari superior, en concret per la suma de 13.806,05 euros. Per la seua part, la sentència dictada en suplicació per esta Sala estimó el recurs i desestimó la demanda, encontràndonos ante una identitat del supuest litigios. Per ello, razones de igualdad en la aplicación de la ley, uniformidad y coherencia determinan que estemos a lo en dicha sentencia resuelto.

**SEGUNDO.-** En la sentencia antes citada (Recurso de Suplicación nº 1500/18) se establece lo siguiente: “Conforme al relato fáctico que se ha mantenido inalterado y teniendo en cuenta que la única cuestión discutida ya por las partes es el salario del que debe partirse para fijar la indemnización por despido derivada del despido colectivo aprobado en marzo del 2014, debemos partir de los siguientes hechos. El actor presta servicios para la empresa demandada como guionista grupo profesional IX y salario mensual con prorrateo de pagas extras de 2.711,13 euros. En agosto del 2012 la parte demandada adopta sin acuerdo el despido colectivo de parte de la plantilla, no constando que el actor estuviera afectado por ese primer despido, según se refleja en el hecho probado tercero. Dicho despido se declara nulo por Sentencia dictada por esta Sala el 4-11-2013 y como consecuencia de la Ley 4/2013 de 27 de noviembre de la Generalitat Valenciana se acuerda la liquidación y disolución de Radio Televisión Valenciana acordándose el cese de la totalidad de la plantilla y consecuencia de dicha Ley se adopta un segundo despido colectivo en fecha 23-3-2014 esta vez con acuerdo, pactándose una indemnización a abonar de 35 días de salario por año de servicio con el límite de 30 mensualidades y una prestación lineal dependiente del nivel de ingresos y una prestación social para trabajadores incluidos en colectivos especialmente sensibles que se pasan a enumerar. El actor se ve afectado por dicho despido colectivo que le comunica la empresa el 8-5-2014 con efectos desde la notificación que fue el 14-5-2014 y se fija como indemnización a percibir por el mismo la suma de 65.424,73 euros. Dicho despido colectivo se impugna y se declara ajustado a derecho por Sentencia dictada por la Audiencia Nacional que se confirma por Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 24 de octubre del 2017. Antes de que se procediera a tal despido colectivo, en concreto el 21-1-2014, el actor presenta demanda reclamando diferencias salariales por el desempeño de funciones de categoría superior, dictándose Sentencia por el Juzgado de lo social 4 de Valencia el 28-10-2016 condenando a la parte demandada a abonar al actor la cantidad de 8.453,42 euros por diferencias económicas por el desempeño de funciones de categoría superior como periodista redactor del grupo V en el periodo de diciembre del 2012 a noviembre del 2013, haciéndose constar en el hecho probado quinto de la Sentencia recurrida que a partir de noviembre del 2013 el actor deja de prestar servicios efectivos por cierre de la demandada.

Partiendo de tales hechos, y no constando como sin embargo parece afirma la parte demandada en su escrito de recurso, que el actor se viera afectado por el primer despido colectivo, la discusión se centra en determinar cuál deba ser el salario a los efectos de calcular la indemnización de 35 días por año de servicio pactada en el segundo despido colectivo por el que sí se vio afectado el trabajador demandante, habiendo fijado la indemnización la parte demandada conforme al salario correspondiente a su categoría profesional de guionista grupo IX y considerando el actor que se debe calcular conforme al salario de periodista redactor grupo V en aplicación de la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Social 4 antes citada.

Sobre esta cuestión si bien en relación al módulo de cálculo de los salarios de tramitación tras la reincorporación de trabajadores afectados por el primer despido y el salario a percibir durante el periodo en el que la Entidad demandada estuvo cerrada y los trabajadores no pudieron prestar servicios, se ha pronunciado ya la Sala en distintas Sentencias considerando que debe estarse al salario que corresponde a la categoría profesional que tiene reconocida el trabajador. Así la STSJCV de 7.6.16 (RS 2304/15) señala: “Para decidir el recurso hay que tener en cuenta que en la demanda,

posteriormente ampliada, se ejercita una acción de reclamación de salarios por la realización de funciones de superior categoría (tenía reconocida la de guionista y reclama la retribución de periodista), reclamando las diferencias en la demanda desde marzo de 2012 hasta el primer despido de 13 de febrero de 2013, y en la ampliación, las posteriores, correspondientes a los salarios de tramitación y, tras la readmisión, al permiso retribuido del que disfrutó hasta el segundo despido (mayo de 2014), teniendo en cuenta que los hechos probados de la sentencia reflejan los siguientes datos: La trabajadora demandante, prestó servicios por cuenta y orden de RADIOTELEVISION VALENCIANA SAU (antes Televisión Autonómica Valenciana SA) con categoría profesional según contrato y nómina de guionista (grupo profesional IX). Prestó servicios en dicha empresa hasta el día 13.2.2013. Se ha aceptado la adición de que el segundo despido se produjo el 8 de mayo de 2014. Dice la sentencia que al menos durante el periodo al que se refieren la demanda (marzo 2012 a febrero 2013), en el que trabajó en los programas "Noticies 9 Migdia", "Nou 24" y ocasionalmente para el informativo de la noche o de fin de semana, realizaba funciones consistentes en salir a efectuar grabaciones, buscar temas y noticias, buscar y hacer entrevistas, efectuar reportajes y conexiones en directo, retransmisiones, producir y editar noticias, efectuar el montaje de las mismas, salir en pantalla y que la demandante venían percibiendo en el periodo reclamado el salario correspondiente al grupo IX del Convenio de aplicación, en el que se incluye la categoría de guionista, así como que para el caso de estimarse la demanda, las diferencias salariales entre el grupo profesional V y IX correspondientes al periodo marzo 2012 a febrero 2013 suponen el importe de 6.279,80 euros, que finalmente cifran la condena de la empresa. Pues bien, aun cuando parece que la sentencia no fundamenta sobre las diferencias reclamadas en el periodo posteriormente ampliado, acogiendo la demanda en parte, aunque no lo diga, la sentencia solo debe ser corregida en lo que se refiere a que la acción ejercitada solo se estima en parte por la reclamación correspondiente al periodo anterior al primer despido. Para ello basta considerar que en el procedimiento solo se ejercita la acción de reclamación de salarios por la realización de funciones de categoría superior, y no la de reclamación de categoría profesional, como sería preciso para que la trabajadora pudiera seguir generando las diferencias reclamadas cuando tales funciones no se realizan (salarios de tramitación y permiso retribuido concedido por la empresa); pero es que además esta reclamación de categoría profesional solo podía instarse antes del despido, por la pérdida sobrevenida del objeto litigioso que supone mantener una acción dirigida a obtener un ascenso de categoría que no podría ser concedida una vez que se produjo el despido, al tener la sentencia efectos constitutivos (ex nunc). Se podría argumentar, contra lo razonado, que en la impugnación del primer despido se dijo que la categoría reconocida era la de guionista y las funciones efectivamente realizadas correspondían a la de periodista, pero para evitar cualquier atisbo de indefensión que pudiera alegarse y pese a que no se ha ejercitado en este procedimiento la reclamación de categoría que allí se reclamaba, diremos que el Convenio Colectivo de aplicación publicado en el DOGV el 10-2-2010 que relaciona en el Anexo I los grupos y categorías profesionales y en el II, III y IV las tablas salariales en función a los grupos profesionales que integran varias categorías, dispone en el art. 13 que: "Se entiende por movilidad funcional interna la posibilidad de que un trabajador sea destinado a realizar funciones distintas para las que fue contratado, dentro de su grupo profesional o categorías profesionales equivalentes. Dicha movilidad tendrá carácter voluntaria entre los trabajadores, sin perjuicio de lo cual la empresa ante necesidades productivas podrá designar a otros trabajadores en su defecto. Dicha movilidad no tendrá otras limitaciones que las derivadas de la titulación académica o profesional precisa para ejercer la prestación laboral, y en cualquier caso, el trabajador no podrá sufrir merma en sus percepciones salariales y en sus posibilidades de formación y promoción. Se regirá por lo previsto en el Art. 39.1 del Estatuto de los Trabajadores. 2. Se entiende por movilidad funcional externa, la realización de funciones no correspondientes al grupo profesional o categorías equivalentes. Solo será posible por razones técnicas y organizativas que

*lo justifiquen y por el tiempo imprescindible para su atención. Dicha movilidad se regirá por lo previsto en el Art. 39.2 del Estatuto de los Trabajadores ..... 6. En los supuestos de trabajo de superior categoría se estará a lo previsto en el Art.39 del Estatuto de los Trabajadores. Cuando el trabajo de superior categoría se prolongue por cinco meses en un año o siete en dos, se procederá a elevar al Consejo de Administración la propuesta de convocatoria pública a la plaza correspondiente." De donde se desprende que la actora tenía titulación para acceder a la categoría de periodista, pero no derecho automático a ascender sino solo a reclamar la convocatoria pública de la plaza, sin perjuicio de reclamar las diferencias retributivas por el ejercicio de categoría superior solo en el periodo de efectivo ejercicio ( art. 39 del Estatuto de los Trabajadores ), que en el caso solo se produce tal y como razona la sentencia recurrida durante el periodo al que se refieren la demanda (marzo 2012 a febrero 2013). Y se desestimará el recurso. En los mismos términos nos hemos pronunciado entre otras en la Sentencia de fecha 4-7-17 (RS 3559/16), lo que conlleva que en aplicación de dicha doctrina por criterios de seguridad jurídica y de igualdad en la aplicación de la Ley debemos desestimar en este caso también la pretensión del actor. Como señala la parte demandada el actor no tiene reconocida la categoría superior de periodista redactor del grupo V pues no ejercitó demanda de clasificación y en todo caso en la Sentencia transcrita se concluye que no cabría aunque se reclamara reconocer tal categoría superior, y lo único que tiene reconocido por Sentencia es el abono de diferencias salariales en un periodo trabajado en el que realizó funciones correspondientes a una categoría superior. El despido del actor tiene efectos de mayo del 2014 y conforme a los acuerdos adoptados en el despido colectivo el salario fijo a tener en cuenta para los trabajadores no afectados por el primer ERE, y no consta que el actor lo estuviera, es el percibido a la fecha del despido, y como a dicha fecha y en los meses anteriores al cese el actor no pudo desempeñar trabajo alguno pues se produjo el cierre de la empresa según refleja el relato fáctico, difícilmente pudo en dicho periodo llevar a cabo funciones de categoría superior y de hecho no consta que el salario que se le abonó desde noviembre del 2013 correspondiera a tal categoría superior. La propia Sentencia recurrida cuando argumenta la estimación de la demanda al amparo del artículo 30 ET señala que conforme a dicho precepto la falta de ocupación del trabajador por causas imputables a la empresa da derecho al trabajador a percibir su salario, en concreto el que hubiera debido de percibir de haber continuado en activo y como este salario que tenía derecho a percibir era el que correspondía a su categoría de guionista pues sólo en el caso de efectivo ejercicio de funciones de categoría superior tiene derecho a ser retribuido conforme a la misma de acuerdo con el artículo 39 ET, la indemnización calculada conforme al salario que corresponde a su categoría profesional es ajustada a derecho. Por ello acogemos las denuncias formuladas por la parte demandada y revocando la Sentencia de instancia, acordamos desestimar la demanda."*

La aplicación de tales razonamientos al caso de autos determina la desestimación del recurso planteado y la confirmación de la sentencia de instancia.

**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 P.M.N.S. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 11 de Valencia de fecha 14-03-2018; y, en consecuencia, confirmamos la resolución recurrida.

Sin costas.

## 2404

**Sentencia núm. 2.110, de 26 de junio de 2018**

**Materia: Prestación de invalidez. Trabajador que sufre accidente de trabajo mientras realiza sus funciones de albañilería. Lesiones invalidantes del trabajador en hombro izquierdo. Declarada una invalidez parcial permanente el actor solicita una invalidez permanente total para ejercicio de su profesión habitual.**

**Juzgado: Desestima la demanda, absolviendo a las codemandadas de las pretensiones de la demanda. No procede la invalidez total reclamada.**

**Sala: Estima el recurso, declarando al actor afecto de una incapacidad permanente total para el ejercicio de su profesión habitual. Las lesiones que padece el demandante le incapacitan para realizar sus funciones. Declara el derecho del actor a percibir una pensión vitalicia a cargo de la mutua codemandada, debiendo este devolver la cantidad percibida en concepto de incapacidad permanente parcial declarada en la instancia y con cargo a la mutua.**

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

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Frente a la sentencia de instancia que desestimó la demanda en la que se interesa una invalidez permanente en el grado de total para su profesión habitual, interpone recurso de suplicación la parte actora, siendo impugnado el recurso por la parte demandada mutua X. y en el primer motivo del recurso con amparo procesal en el artículo 193, b) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, se interesa la modificación de los hechos declarados probados, y en concreto pretende la adición al hecho probado tercero del texto que propone en su escrito de recurso, pero la adición fáctica no puede prosperar por cuanto no evidencia el error del juzgador, que ha de ser irrefutable, indiscutible y porque se ampara en parte en diferentes dictámenes médicos existentes en los autos, y dado que el Juez “a quo” ha formado su convicción también en parte del contenido del conjunto de la prueba obrante en autos, tomando de cada dictamen médico lo que ha estimado oportuno, lo que es lícito, no puede aceptarse la modificación, pues de aceptarse se estaría sustituyendo por el propio del recurrente el criterio fáctico del Juez “a quo”, más objetivo e imparcial, y al que incumbe la misión de fijar los hechos declarados probados con libertad de convicción, según todo lo actuado y el conjunto de pruebas practicadas, sin que una prueba alcance mayor valor que otra, ni goce de presunción de acierto a su favor.

También propone la parte recurrente la adición de un nuevo hecho probado con el ordinal quinto y el texto que señala en su escrito de recurso pero que no puede alcanzar éxito ya que ampara en escrito obrante al folio 44 de los autos, del que no consta su autoría.

**SEGUNDO. -** Respecto del derecho, denuncia el recurso, con amparo procesal en el apartado c) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, que en la sentencia impugnada se ha producido infracción de lo dispuesto en el artículo 137.4 de la Ley General de la Seguridad Social, alegando, en síntesis, que las dolencias que padece el actor le hacen tributario del grado de invalidez permanente total para su profesión.

El actor sufrió un accidente de trabajo en el que se lesiono el hombro y articulación de humero de grado inicial leve, se objetiva fractura de humero con I Q y colocación de material de osteosíntesis con posterior RHB con agotamiento de posibilidades de tratamiento y secuelas consistentes en limitación de movilidad de brazo izquierdo por debajo del 50% de lo normal y fuerza útil disminuida en un 55% en el otro, no siendo el hombro izquierdo el dominante, sino que es diestro, debe de valorarse su capacidad laboral para la profesión de oficial 1º en la actividad de albañilería atendiendo a las dolencias derivadas del accidente de trabajo sufrido por el actor, junto con las anteriores que le permitían desarrollar su trabajo y que al sufrir el accidente ya no le permiten realizar su actividad laboral como antes del accidente, y en este sentido hay que tener en cuenta que en la resultancia fáctica de la sentencia impugnada se establece “secuelas consistentes en limitación de movilidad de brazo izquierdo por debajo del 50% de lo normal y fuerza útil disminuida en un 55% en el otro”, y por lo tanto hay que valorar toda la situación personal del trabajador y sus limitaciones y si tenemos además en cuenta que la movilidad del hombro izquierdo está limitada de forma importante en la flexión, abducción y rotación interna, así como una importante pérdida de fuerza del brazo izquierdo, que según el médico forense le incapacitan de forma permanente para todo tipo de trabajo que requiera la movilización del brazo izquierdo por encima de la horizontal, valorado todo ello se estima que le incapacita para la referida profesión en la que se utilizan ambos brazos y se realiza fuerza con ellos, impidiéndole realizar con profesionalidad y eficacia las fundamentales tareas de su trabajo de oficial de 1º en albañilería, por lo que se halla comprendido el supuesto del demandante en el artículo 137.4 de la Ley General de la Seguridad Social, actual art. 194 de la nueva LGSS. Razones que llevan a estimar el recurso y a revocar la sentencia de instancia, para declarar al actor afecto de invalidez permanente en el grado de total para su profesión habitual a cargo de la Mutua X, con los derechos inherentes a tal declaración.

### **FALLO**

Que estimando el recurso de suplicación formulado por la representación letrada de la parte actora Don V.M.L. frente a la sentencia del Juzgado de lo Social número cinco de los de Alicante, de fecha 19 de diciembre de 2016, la revocamos y con estimación de la demanda debemos declarar y declaramos que el actor se encuentra afecto de invalidez permanente en el grado de total para su profesión habitual de oficial de 1º de albañilería, derivada de accidente de trabajo y debemos declarar y declaramos el derecho del actor a percibir una prestación vitalicia del 55% de la base reguladora de 1.602,35 euros mensuales y con fecha de efectos de 19-8-2015, a cargo de la Mutua X, sin perjuicio de la responsabilidad reglamentaria del INSS y de la TGSS, absolviendo a la empresa demandada P.L.B. Sin perjuicio de la devolución de 38.456,40 euros percibidos por la incapacidad permanente parcial declarada y con cargo a X.

## 2405

**Sentencia núm. 2.137, de 26 de junio de 2018**

**Materia: Declaración de invalidez. Trabajador afiliado al RGSS con reconocimiento grado de minusvalía del 90%. El actor solicita declaración de gran invalidez al haberse agravado su patología. Reconocimiento prestación.**

**Juzgado: Estima la demanda declarando a la parte actora afecta de una gran invalidez, condenando a la demandada a abonar a la demandante una pensión vitalicia equivalente al 100% de su base reguladora y a un complemento de gran invalidez, más los incrementos y revalorizaciones que legalmente correspondan.**

**Sala: Estima el recurso y revoca la sentencia de instancia. Cuando el actor accedió a su puesto de trabajo ya se encontraba en una situación de gran invalidez. La situación clínica que podría dar lugar a esta situación ya la padecía el trabajador con anterioridad a su ingreso en el mundo laboral, sin que las nuevas lesiones o el agravamiento de las ya padecidas hayan tenido ninguna incidencia a los efectos invalidantes que se pretenden.**

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

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** 1. Frente a la sentencia de instancia que estima la demanda y declara que el actor se encuentra afecto de Gran invalidez, interpone la Letrada de la Administración de la Seguridad Social, en representación del Instituto Nacional de la Seguridad Social, recurso de suplicación, y en un primer motivo, redactado al amparo del apartado b) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social –en adelante, LRJS-, solicita la revisión del hecho probado primero, a fin de que su párrafo segundo quede redactado del siguiente modo, “El actor tiene reconocido un grado de minusvalía del 90% desde el 19 de julio de 1994. Cuando ingresó en la ONCE presentaba una agudeza visual de 0,05 en ambos ojos con corrección”, en base al folio 130 y 22-informe médico.

El documento citado consiste en Informe Médico emitido el 15-10-1993, en el que consta que el actor presenta una agudeza visual de lejos de 0,05 en ambos ojos, con corrección de cristales y percibe luz, y de cerca 10 en ambos ojos, por lo que se admite la revisión.

**SEGUNDO.-** 1.El segundo motivo del recurso se redacta al amparo del apartado c) del artículo 193 de la LRJS, denunciando la infracción por la sentencia de lo dispuesto en los artículos 193 y 194 de la Ley General de la Seguridad Social, -en adelante, LGSS-, y STS de 19-7-2016 rec. 3907/14. Se sostiene en síntesis por el recurrente que no se discute la situación de ceguera total, sino que estas son previas a la afiliación, pues en 1993 ya presentaba agudeza visual en ambos ojos de 0,05: “ceguera total”, por lo que no supone agravación pasar de 0,05 a 0,014 de capacidad visual, sin que consten otras patologías invalidantes, que el actor sigue en activo en la ONCE, por lo que no procede la gran invalidez.

2. El artículo 194.1 y la DT 26ª del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social de 2015 dispone, "se entenderá por gran invalidez la situación del trabajador afecto de incapacidad permanente y que, por consecuencia de pérdidas anatómicas o funcionales, necesite la asistencia de otra persona para los actos más esenciales de la vida, tales como vestirse, desplazarse, comer o análogos". La enumeración legal es meramente enunciativa e incluso la propia norma recurre a la

analogía, por lo que debe entenderse que basta la imposibilidad de realizar uno cualquiera de tales actos esenciales para que, dándose la necesidad de ayuda externa, se pueda efectuar la calificación de "gran invalidez" (STS de 29-3-1980 y 16-3-1988). La doctrina jurisprudencial (STS de 26-6-1978 y 27-6-1984) describe el acto esencial para la vida como el necesario "para la satisfacción de una necesidad primaria e ineludible, para poder fisiológicamente subsistir o para ejecutar aquellas actividades indispensables en la guarda de la seguridad, dignidad, higiene y decoro fundamental para la humana convivencia". El Tribunal Supremo en Sentencia de 10-2-2015, rec. 1764/14, señala, *"la ceguera absoluta comporta la existencia de una gran invalidez"*.

3. Tal como indica el Tribunal Supremo en Sentencia de 19-7-2016, rec. 3907/14, "...las reducciones anatómicas o funcionales de carácter genético o que, sin tenerlo, se han producido antes de la afiliación o alta del trabajador no pueden ser tomadas en consideración para causar protección por Incapacidad Permanente. De tal manera que aquellas lesiones o enfermedades que se padecieran con anterioridad al alta en la Seguridad Social no han de tener incidencia en la valoración de una invalidez permanente, pues en caso de que existan algunas invalidantes del trabajo, la misma Seguridad Social tiene sistemas de protección o prestaciones para subvenir a esas situaciones o contingencias, como son las atenciones a las personas con discapacidad. Ello no obstante, el párrafo segundo del citado precepto establece que: «Las reducciones anatómicas o funcionales existentes en la fecha de la afiliación del interesado en la Seguridad Social no impedirán la calificación de la situación de incapacidad permanente, cuando se trate de personas con discapacidad y con posterioridad a la afiliación tales reducciones se hayan agravado, provocando por sí mismas o por concurrencia con nuevas lesiones o patologías una disminución o anulación de la capacidad laboral que tenía el interesado en el momento de su afiliación». En tales casos, habrá que determinar si concurren los supuestos configuradores de los distintos grados de invalidez permanente, pero bien entendido siempre que la valoración no puede hacerse en comparación con la capacidad laboral normal de un trabajador ordinario, sino con la ya reducida que presentaba el propio trabajador. En definitiva, han de tenerse en cuenta, a tales efectos, las peculiaridades de su inserción en el mundo laboral, en la medida en que supone una ampliación de sus posibilidades de trabajo, compensadora, justamente, de su inicial imposibilidad para desarrollar una actividad laboral en las condiciones habituales del mundo laboral. Ello implica que la lesión preconstituida queda extraordinariamente relativizada en estos supuestos en los que, aun existiendo antes de la afiliación, el encuadramiento se ha producido teniendo en cuenta ya los padecimientos y la situación clínica del trabajador. Por tanto, habida cuenta de que el actor presentaba, con anterioridad al ingreso en el mundo laboral, una situación clínica que ya exigía la ayuda de una tercera persona, tal circunstancia no debe ser tenida en cuenta a efectos de la configuración de la nueva situación protegida que se produce como consecuencia exclusiva de la pérdida de la capacidad de trabajo que hasta entonces tenía el trabajador; de ahí que se le reconozca, por agravamiento de las lesiones que padecía y la aparición de otras nuevas, una Incapacidad Absoluta para todo Trabajo, pero, por lo mismo, ello le impide el reconocimiento de la Gran Invalidez, puesto que la situación clínica que podría dar lugar a la misma ya la padecía con anterioridad a su ingreso en el mundo laboral, sin que las nuevas lesiones o el agravamiento de las ya padecidas hayan tenido ninguna incidencia a los efectos invalidantes que se pretenden.".

En el mismo sentido, STS de 17-4-2018, rec. 970/16.

4. De la relación de hechos probados de la sentencia, con la adición admitida, se desprende que el actor, nacido el 2-9-1967, viene prestando servicios para la ONCE desde mayo-97, y presenta el siguiente cuadro clínico: Retinosis pigmentaria con origen genético, agudeza visual de lejos de 0.05 en ambos ojos y agudeza visual de cerca de 10 en ambos ojos. El fondo de ojo de ambos presenta arterias estrechadas, retina grisácea sin posibilidad de mejoría, diagnóstico: "distrofia coriorretiniana" en ambos ojos. Seguimiento por pie plano. Tiene reconocido grado minusvalía del 90%

desde 19-7-94. Cuando ingresó en la ONCE presentaba una agudeza visual de 0,05 en ambos ojos con corrección. En 2013, la agudeza visual era: 0.05 en ojo derecho y 0.014 en ojo izquierdo, en la actualidad presenta ceguera funcional que ha evolucionado negativamente, observándose: -Fondo de ojo que revela una papila pálida con espículas óseas y atenuación de los vasos con importante afectación macular, consecuencia de la fase avanzada en la que se encuentra su enfermedad. -Agudeza visual en ambos ojos “percepción de luz”, sin ser posible ya su cuantificación. Limitaciones orgánicas y funcionales: para el desarrollo de tareas laborales con eficacia visual, precisando auxilio y asistencia de tercera persona para sus tareas laborales diarias y también en su vida cotidiana, precisa desde hace más de un año la ayuda continuada de una persona que le realiza las tareas domésticas, le hace la compra, le prepara el desayuno y la ropa diaria, y la mayor parte de las tareas de la vida diaria. Sale a la calle con bastón o acompañado.

De lo expuesto se evidencia que el actor cuando ingresó en la ONCE ya padecía una ceguera total, y que objetivamente reunía la situación de gran invalidez, conforme al criterio jurisprudencial (STS 10-2-15), por lo que no constando la aparición de nuevas dolencias invalidantes, debe concluirse que siendo su ceguera total preexistente a la afiliación, situación clínica que ya exigía la ayuda de una tercera persona, tal circunstancia no debe ser tenida en cuenta a efectos del reconocimiento de la Gran Invalidez, puesto que la situación clínica que podría dar lugar a la misma ya la padecía con anterioridad a su ingreso en el mundo laboral, sin que las nuevas lesiones o el agravamiento de las ya padecidas hayan tenido ninguna incidencia a los efectos invalidantes que se pretenden. Lo que lleva a la estimación del recurso.

## **FALLO**

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre del INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº.6 de los de Alicante, de fecha 7-abril-2017; y, en consecuencia, con revocación de la sentencia recurrida, desestimamos la demanda instada por S.G.B., absolviendo la recurrente de las pretensiones frente al mismo formuladas.

## 2406

**Sentencia núm. 2.297, de 5 de julio de 2018**

**Materia: Personal técnico al servicio de ayuntamiento demandado. Procedimiento de oficio. Contratos de consultoría y de arrendamiento de servicios. Reconocimiento declaración laboralidad. Doctrina jurisprudencial.**

**Juzgado: Estima la demanda y declara la naturaleza laboral entre los técnicos municipales y el ayuntamiento demandado, con todas las consecuencias legales inherentes.**

**Sala: Desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia. En aplicación del principio de igualdad y coherencia doctrinal, la Sala procede a confirmar lo resuelto en otras sentencias sobre el mismo asunto, existiendo relación de laboralidad en la prestación de servicios.**

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

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** La sentencia de instancia, estima la demanda interpuesta por la Tesorería General de la Seguridad Social, y en consecuencia declara la naturaleza laboral de la prestación de servicios prestada por D. J.V.M.M., Don J.B.L. y Don M.A.J.P al Ayuntamiento de Sempere, con todas las consecuencias legales inherentes a dicha declaración.

Contra ese pronunciamiento recurre el citado Ayuntamiento en suplicación, al amparo de un motivo único, por el apartado c) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, a través del cual considera infringidos los arts 1, 8 y 9 del Estatuto de los Trabajadores. Se alega, por un lado, la existencia de sentencias sobre supuestos de hecho muy semejantes en los que ésta misma sala ha efectuado pronunciamientos desestimatorios. Por otro se señala que los contratos suscritos son consecuencia de la evolución normativa que en la fecha de suscripción de los citados contratos de arrendamientos de servicios, se sustentaban en la posibilidad, recogida en la Ley 30/2007 de 30 de Octubre, que distinguía entre contratos de consultoría y asistencia y los de servicios. Señalan por último que dado el escaso tiempo que los técnicos dedicaban a dicha actividad, y que sus servicios eran consecuencia de un Convenio suscrito entre la Diputación de Valencia, el Ayuntamiento correspondiente y los Colegios profesionales de los respectivos técnicos, solicitan sean considerados contratos de consultoría y servicios y no laborales.

**SEGUNDO.-** Sin perjuicio de aceptar, tal y como señala la parte recurrente, que esta sala y otras de diversos TSJs no han mantenido una doctrina unánime al respecto, lo cierto es que en los pronunciamientos más recientes, y en base a la doctrina emanada del Tribunal Supremo, de fecha 23 de Noviembre del 2009, rec. 170/2009 se ha venido entendiendo que en situaciones similares debe considerarse laboral dicha prestación de servicios. Así, la STS 17.09.2010, rec. 1632/1010 calificó de laboral el supuesto de un arquitecto, que acudía, al igual que los aquí intervinientes, dos días a la semana, atendiendo al público y realizando valoraciones, así como resolviendo cuestiones técnicas relacionadas con su profesión, emitiendo informes sobre planeamiento municipal, cédulas de primera y segunda ocupación, calificaciones urbanísticas, etc, a cambio de lo cual se les abonaba una cantidad fija mensual. En esta misma línea empezó a pronunciarse esta Sala, siguiendo la citada doctrina en sentencias como las de 3 de julio del 2013, rec. 1208/13, y más recientemente la resolutorias de los recursos de suplicación 418, 3533 y 3174 todas ellas del 2017.

En todas ellas se señala que *“al igual que ocurría en el supuesto analizado por el Tribunal Supremo en la sentencia citada de 23 de noviembre de 2009 (rcud. 170/2009) también aquí concurren las notas de laboralidad en la prestación de servicios por parte de los seis codemandados para el Ayuntamiento de (...); esto es: la dependencia y la ajenidad. Y así nos encontramos con lo siguiente:*

*A) Se trata de una prestación de servicios que se viene desarrollando de forma sucesiva durante varios años en que los codemandados acudían en un horario preestablecido por la Corporación a las oficinas del Ayuntamiento durante todas las semanas del año a excepción del mes de agosto, realizando una jornada de cuatro horas semanales, si bien a partir del curso 2016 el horario les ha sido ampliado.*

*B) La función que desarrollaban era, fundamentalmente, el asesoramiento y la elaboración de los informes necesarios en los expedientes que se tramitaban en el Ayuntamiento y que procedían de peticiones de organismos públicos como la Diputación Provincial, otros Ayuntamientos, Comunidad Autónoma, Catastro, etc. firmando estos informes como Técnicos Municipales. En concreto informaban sobre licencias de aperturas, infraestructuras de alumbrado público y suministro de agua, así como licencias de obras y de primera y segunda ocupación. En el caso del ingeniero de montes, elaboraba memorias destinadas a pedir subvenciones, resolver conflictos sobre el terreno según catastro además de informes sobre actuaciones para la protección del medio ambiente. Entre sus cometidos también estaba la información al público.*

*C) Realizaban su trabajo en la sede del Ayuntamiento, disponiendo de despacho compartido y utilizando todos los medios materiales de la Corporación como son: ordenador, impresora, teléfono, y haciendo uso del correo electrónico del Ayuntamiento “tecnicomunicipal@llombai.es”.*

*D) Con carácter general los codemandados no asumían ningún gasto por la actividad que realizaban y, salvo en algún caso, utilizaban los medios del Ayuntamiento para desplazarse al casco urbano de la localidad, si era necesario el uso de vehículo.*

*F) Como contraprestación del trabajo realizado percibían una retribución fija anual que se abonaba trimestralmente. Para ello elaboraban dos tipos de facturas: unas, como técnicos municipales, donde se recogían las cantidades previstas en el Convenio de colaboración con la Diputación; y otras eran las facturas emitidas como profesionales por su trabajo de elaboración de proyectos y direcciones de obra, especificándose en este caso el proyecto, la dirección de obra o la memoria valorada.*

*El conjunto de estas circunstancias revela que el objeto de la contratación no consistía en un trabajo concreto o específico que se les hubiera podido encomendar para que lo llevaran a cabo con sus propios medios materiales y asumiendo los codemandados los gastos de producirlo y el riesgo de concluirlo a satisfacción del cliente, sino la prestación del servicio en si misma considerado que tenía lugar en los locales del empleador con sus medios materiales y que se retribuía por el tiempo de dedicación y no por el resultado alcanzado, lo que es propio de una relación de trabajo laboral y no administrativa o civil”*

Esta misma doctrina se ha seguido por el Tribunal Supremo en sentencias posteriores y más recientes como la de 23 de junio de 2015 (rcud. 2360/2014) en la que se insiste en que: *“la definición efectuada por el art. 10 LCSP («Son contratos de servicios aquéllos cuyo objeto son prestaciones de hacer consistentes en el desarrollo de una actividad o dirigidas a la obtención de un resultado distinto de una obra o un suministro»), en manera alguna puede amparar la contratación - como es el caso enjuiciado- de personas individuales para realizar un actividad prestada en régimen de estricta dependencia y en los términos configuradores de la relación de trabajo, pues -con independencia de las limitaciones legales anteriormente indicadas- en todo caso «... parece claro que cuando esta nueva Ley (Ley 30/2007, de 30/Octubre) está exigiendo... que las personas físicas o jurídicas que pretendan optar a ser adjudicatarias de un contrato administrativo deberán acreditar "solventía económica, financiera y técnica o profesional", está pensando en una organización*

*empresarial que tenga capacidad de alcanzar el objeto del contrato y no en un trabajador que se inserta en la organización de la Administración empleadora para llevar a cabo una tarea profesional del tipo que sea».*

Por todo lo cual, en aplicación del principio de igualdad y coherencia doctrinal debemos proceder a la íntegra confirmación de lo ya resuelto, ello con *independencia* del Acuerdo suscrito en su momento entre la citada Diputación y Colegios profesionales con el Ayuntamiento demandado, que no afecta a la relación laboral entre los Técnicos a que se refiere este procedimiento y el Ayuntamiento de S.

**TERCERO.-** De acuerdo con lo ordenado en el artículo 235.1 de la ya citada LRJS, procede la imposición de costas a la parte vencida en el recurso.

### **FALLO**

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de “AYUNTAMIENTO DE S.”, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº. DIECISIETE de los de VALENCIA, de fecha 16 de mayo del 2017, en virtud de demanda presentada a instancia de TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL; y, en consecuencia, confirmamos la sentencia recurrida.

Se condena a la parte recurrente a que abone a cada uno de los Letrados impugnantes la cantidad de 400 euros.

## 2407

**Sentencia núm. 2.361, de 10 de julio de 2018**

**Materia: Reclamación de cantidad. Trabajador con contrato indefinido a tiempo completo que presta sus servicios como conductor mecánico en empresa demandada. La relación laboral finaliza mediante despido. La empresa no ha abonado al trabajador determinada cantidad en concepto salarios, porcentaje paga extraordinaria y dietas. Grupo de empresas: Responsabilidad solidaria.**

**Juzgado: Estimando la excepción de falta de conciliación previa respecto a las codemandadas, estima parcialmente la demanda, condenando a abonar a favor de las herederas del actor determina cantidad más otra resultante por interés por mora. Declara responsable subsidiario al FOGASA. Solo responde la empresa inicial.**

**Sala: Estima el recurso declarando la existencia de grupo de empresas familiar. Queda probada la intención de la empresa inicial de cerrar actividad con el menor coste empresarial y continuar su actividad con otras empresas. Se condena solidariamente a las empresas integrantes del grupo empresarial familiar a abonar a las herederas del trabajador la cantidad reclamada más cierta cantidad en concepto de interés por mora.**

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

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-**Se recurre por D<sup>a</sup> J.M.G.A., D<sup>a</sup> M.C. Y D<sup>a</sup> M.F.G., como herederas del trabajador fallecido D. J.A.F.C. la sentencia del Juzgado de lo Social de procedencia que estimó la demanda con respecto a T.J.Q. e H. SL, a la que condenó a pagar la cantidad que en su fallo se indica y estimó de oficio excepción de falta de conciliación previa respecto de L.Q. SL Y A.P. S.L., aunque en el cuerpo de la sentencia también entra en el fondo en cuanto a ellas no apreciando su responsabilidad por no apreciar grupo de empresas patológico.

El recurso se articula a través de ocho motivos: el primero, al amparo del apartado a) del artículo 193 de la LJS, para nulidad de actuaciones; los cinco siguientes, al amparo del apartado b), para revisión de hechos probados y, los dos últimos, 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 estime íntegramente la demanda condenando a las tres empresas demandadas solidariamente al pago de las cantidades fijadas en el fallo, rechazando la excepción de falta de conciliación previa respecto de las empresas L.Q. SL Y A.P. S.L., o, en el caso de que se estime que el Juzgado ha vulnerado las garantías o normas del procedimiento, se devuelvan los autos al mismo para que se repongan los autos al momento de cometerse la infracción denunciada que ha producido indefensión a la parte actora. Todo ello con condena al pago de costas del recurso a las partes demandadas en la cuantía que la Sala estime pertinente, conforme establece el artículo 235.1 de la LJS.

Ha sido impugnado por L.Q. SL Y A.P. S.L., en una impugnación conjunta, oponiéndose a todos los motivos e interesando la confirmación de la sentencia recurrida.

**SEGUNDO.-** En el primer motivo del recurso, se alega vulneración de los artículos 24.1 CE, 81.1 y 81.3 de la LJS, así como, por no aplicación, del 64.2,b) y, por aplicación indebida, del 63, también de la LJS. Ello porque, el Juzgado, después de la presentación de la ampliación de la demanda no le requirió para aportar el acto de conciliación previa frente a las empresas ampliadas, sino que se da por Diligencia de 9-6-16 por ampliada la demanda y por Providencia de la misma fecha por admitida la prueba interesada frente a las nuevas empresas demandadas y, sin embargo, en la sentencia se estima de oficio la excepción de falta de conciliación previa cuando correspondía al Juzgado haber advertido del defecto y darle la posibilidad de subsanación, con lo que se le causa una grave indefensión violando el artículo 24 de la CE e infringiendo el 81.1 y 81.3 de la LJS. Por otro lado, porque considera que esa conciliación no era preceptiva, sino que estaba excluida por venir comprendida en la salvedad o excepción que establece el artículo 64.2, b). Interesa que, si la Sala considera que debió hacerse la conciliación previa, se reponga los autos al momento inmediato anterior a la Diligencia que tuvo por ampliada la demanda para que en su lugar se le haga la advertencia del defecto dándole la oportunidad de subsanarlo y que, si considera que el intento de conciliación previa no era preceptivo, revoque la sentencia en cuanto a la apreciación de oficio de la excepción suprimiendo tal extremo.

Al respecto, hemos de señalar que consideramos que en el presente caso la conciliación previa no era preceptiva, ya que se trataba de supuesto en que, después de presentada la demanda, era precisa la ampliación contra otras demandadas, pues, frente a lo que dice la sentencia recurrida en su Fundamento Tercero en orden a que no se incluía en la excepción porque la parte demandante ya conocía con anterioridad las circunstancias que la motivaban, entendemos que no se daba el conocimiento preciso, lo que, además, es difícil y problemático precisamente en supuestos como el presente en que lo que se denuncia es un posible grupo de empresas con la correspondiente posible unidad de empresa y desconocimiento de cual o cuales de las que aparecen en el grupo o aparecen como posibles integrantes del mismo son la verdadera empresa a la que hay que demandar.

Por ello y dado que la sentencia, no obstante apreciar de oficio en el fallo la referida excepción, en el cuerpo entra en el tema de fondo sobre si hay o no grupo de empresa patológico y resuelve al respecto, no apreciamos causa de nulidad de actuaciones bastando con revocar la apreciación de la excepción que se hace en el fallo.

**TERCERO.-** En revisión de hechos probados se solicita:

A) Adición al Hecho Probado Segundo de lo siguiente: " El actor fue el último trabajador de la empresa T.J.Q. e H. SL Y esta empresa fue declarada insolvente con fecha 28-4-16 por el Juzgado de lo Social número 5, en el procedimiento 103/2015 y ejecución 241/2015". Se acepta porque así resulta clara y directamente de los documentos en que se apoya (lo primero como afirmación por la empresa en la carta de despido obrante al folio 115 y lo segundo del Decreto de declaración de insolvencia del folio 127) y es relevante.

B) Adición en el Hecho Probado Primero de "Y el actor también trabajó con la cabeza tractora 2357-CFW durante el año 2014 propiedad de la empresa A.P., SL". No puede aceptarse porque, si bien si resulta del folio 210 que esa cabeza tractora está a nombre de A., el que él trabajara con dicha cabeza tractora se apoya en tener por confesa a la empresa porque ya se alegaba en la ampliación de la demanda y no haber aportado la empresa los documentos que para demostrarlo se le requirieron, ni compareció para el interrogatorio sin causa justificada, lo que a la Sala no le está permitido al tratarse de una facultad o potestad de la Juzgadora y también se apoya

en testifical, que no es medio hábil para la revisión fáctica, que sólo se permite en base a documental o pericial.

C) Adición al final del segundo párrafo del Hecho Probado Sexto que diga: "De las 1900 participaciones de 10 euros cada una M.J.Q.G. suscribió 1850 participaciones y A.G.L. 50 participaciones, siendo este último apoderado de la empresa". Se acepta porque así resulta directamente de los documentos obrantes a los folios 55 vuelto y 56 (parte de la escritura de constitución de Atalayas), en cuanto a lo primero y del 162 (información del Registro Mercantil) en cuanto a lo segundo y también puede ser relevante.

D) Adición de un Hecho Probado Sexto bis que diga: "A.G.L. apoderado de la mercantil A.P. SL, recogió todas las notificaciones dirigidas a cada una de las tres empresas demandadas". Se acepta por lo mismo en cuanto a las citaciones, resultando claramente esas recepciones de las citaciones (folios vuelto que sigue al 43 que no está numerado, 44 y 45 vueltos), no así en cuanto a las notificaciones de la sentencia por ser hecho posterior a la misma que no puede reflejarse en los hechos probados de ella.

E) Adición de un Hecho Probado Sexto Bis Uno que diga lo siguiente: "Las tres empresas demandadas comparten dirección, oficinas, conductores y vehículos". También se acepta porque así resulta literalmente del hecho probado primero de sentencia del Juzgado 3 de Alicante, dictada frente a las mismas demandadas y recogido en los Antecedentes de la Sentencia de esta Sala de 15-9-16 (recurso de suplicación 1862/16), sentencia de la Sala que podemos utilizar en su totalidad y que confirmó la sentencia allí recurrida que apreció la existencia del grupo empresarial patológico de las aquí también demandadas a las que condenó solidariamente respecto de demanda planteada por otro trabajador sobre despido objetivo.

En consecuencia, con la salvedad de apartado B) señalado, se accede al resto de la revisión fáctica solicitada.

**CUARTO.-** En el examen del derecho, se alega en el penúltimo motivo vulneración, de nuevo, de los artículos 63 y 64.2 b) en relación con el 81.1 y 3, todos de la LJS, en cuanto a combatir la apreciación de la excepción de falta de conciliación previa que la sentencia hace y, sobre ello, nos remitimos a lo que ya dijimos en el fundamento segundo, en orden a que, si bien descartábamos la nulidad de actuaciones por el principio de conservación de los actos y ser la nulidad el último remedio procesal, considerábamos que el supuesto no era de conciliación previa preceptiva y, en consecuencia, bastaba con revocar la apreciación de la excepción que de oficio había hecho la sentencia, máxime cuando seguidamente entraba en el fondo del asunto sobre la responsabilidad solidaria o no de las nuevas demandadas.

En el último motivo, dedicado a las infracciones imputadas respecto de ese fondo del asunto, se denuncia vulneración por no aplicación del artículo 1.1 y 1.2 del ET en relación con los artículos 6.4 y 7.2 del Código Civil y la doctrina jurisprudencial sobre el levantamiento del velo, argumentando en síntesis que se da el supuesto de utilización abusiva de la personalidad jurídica diferenciada para incurrir en fraude de ley, existiendo unidad de empresa y grupo empresarial patológico, de modo que la responsabilidad solidaria alcanza a las tres demandadas. En modo alguno se alega infracción de los artículos 43 ni 44 del ET, como dicen las impugnantes.

La STS de 19-12-13, que cita la recurrida, nos hace un estudio sobre el grupo de empresa a efectos laborales, diciendo:

*<<En el tratamiento jurisprudencial de la materia, que parte de las SSTS de 05/01/68 y 19/05/69, se ha pasado de una inicial concepción en la que la pertenencia*

*al Grupo se consideraba un dato irrelevante desde la perspectiva laboral [porque se acepta la independencia jurídica y la responsabilidad separada de las sociedades del grupo, sin perjuicio de que se aceptasen desviaciones en excepcionales supuestos en los que se aplicó el principio de la realidad en la atribución de la condición de empresario], al más moderno criterio -muy particularmente desde la STS 03/05/90 que sistematiza la doctrina- en el que persiste la regla general de responsabilidad separada de las sociedades integrantes del grupo, pero se admite la trascendencia laboral del referido Grupo cuando concurren ciertos elementos adicionales.*

*Con arreglo a esta doctrina -tradicional- el principio del que se partes es que el «grupo de sociedades» es una realidad organizativa en principio lícita y que «el grupo de empresas a efectos laborales»[con efectos que se manifiestan, sobre todo, en la comunicación de responsabilidades entre las empresas del grupo] no es un concepto de extensión equivalente al grupo de sociedades del Derecho Mercantil, sino que viene determinado por una serie de factores atinentes a la organización de trabajo y que fueron sistematizados a partir de la STS 03/05/90 . Doctrina que rectificamos en parte, porque el concepto de «grupo de empresas» ha de ser -y es- el mismo en las distintas ramas del Ordenamiento jurídico, siquiera en sus diversos ámbitos -mercantil, fiscal, laboral- pueden producirse singulares consecuencias que están determinadas por diversas circunstancias añadidas; concretamente, en el campo del Derecho del Trabajo es dable sostener una responsabilidad solidaria de las empresas integrantes del «grupo» cuando en el mismo concurren los factores adicionales de los que posteriormente trataremos. (...)*

1.- **Criterios constantes** en torno al «Grupo de empresas». - En concreto, ha sido criterios constantes de la Sala los que a continuación se indican:

a) - Que «no es suficiente que concorra el mero hecho de que dos o más empresas pertenezcan al mismo grupo empresarial para derivar de ello, sin más, una responsabilidad solidaria respecto de obligaciones contraídas por una de ellas con sus propios trabajadores, sino que es necesaria, además, la presencia de elementos adicionales», porque «los componentes del grupo tienen en principio un ámbito de responsabilidad propio como personas jurídicas independientes que son».

b).- Que la dirección unitaria de varias entidades empresariales no es suficiente para extender a todas ellas la responsabilidad, pues tal dato tan sólo será determinante de la existencia del grupo empresarial, no de la responsabilidad común por obligaciones de una de ellas.

c).- Que tampoco determina esa responsabilidad solidaria la existencia de una dirección comercial común, porque ni el control a través de órganos comunes, ni la unidad de dirección de las sociedades de grupos son factores suficientes para afirmar la existencia de una «unidad empresarial».

2.- Elementos que **tradicionalmente** comportaban la responsabilidad del Grupo.- Para lograr aquel efecto de responsabilidad solidaria, hace falta un componente adicional que esta Sala ha residenciado tradicionalmente en la conjunción de alguno de los siguientes elementos: a) Funcionamiento unitario de las organizaciones de trabajo de las empresas del grupo; b) Prestación de trabajo común, simultánea o sucesiva, en favor de varias de las empresas del grupo; c) Creación de empresas aparentes sin sustento real, con las que se pretende la dispersión o elusión de responsabilidades laborales; y d) Confusión de plantillas, confusión de patrimonios, apariencia externa de unidad empresarial y unidad de dirección".

3.- **Precisiones actuales** sobre tales elementos.-Pero en ese relato de componentes añadidos -determinantes de responsabilidad solidaria- han de hacerse

las siguientes precisiones: a) que no ha de considerarse propiamente adicional la apariencia externa de unidad, porque ésta es un componente consustancial del grupo, en tanto que no representa más que la manifestación hacia fuera de la unidad de dirección que es propia de aquél; b) que el funcionamiento unitario de las organizaciones empresariales, tiene una proyección individual [prestación de trabajo indistinta] o colectiva [confusión de plantillas] que determinan una pluralidad empresarial [las diversas empresas que reciben la prestación de servicios]; c) que la confusión patrimonial no es identificable en la esfera del capital social, sino en la del patrimonio, y tampoco es necesariamente derivable -aunque pueda ser un indicio al efecto- de la mera utilización de infraestructuras comunes; d) que la caja única hace referencia a lo que en doctrina se ha calificado como «promiscuidad en la gestión económica»; e) que con el elemento «creación de empresa aparente»-íntimamente unido a la confusión patrimonial y de plantillas- se alude a la utilización fraudulenta de la personalidad jurídica, que es la que consiente la aplicación de la doctrina del «levantamiento del velo»; y f) que la legítima dirección unitaria puede ser objeto de abusivo ejercicio -determinante de solidaridad- cuando se ejerce anormalmente y causa perjuicio a los trabajadores, como en los supuestos de actuaciones en exclusivo beneficio del grupo o de la empresa dominante.

4.- Enumeración resumida de **elementos adicionales.**- De esta forma, la enumeración de los elementos adicionales que determinan la responsabilidad de las diversas empresa del grupo bien pudiera ser la que sigue: 1º) el funcionamiento unitario de las organizaciones de trabajo de las empresas del grupo, manifestado en la prestación indistinta de trabajo -simultánea o sucesivamente- en favor de varias de las empresas del grupo; 2º) la confusión patrimonial; 3º) la unidad de caja; 4º) la utilización fraudulenta de la personalidad jurídica, con creación de la empresa «aparente»; y 5º) el uso abusivo -anormal- de la dirección unitaria, con perjuicio para los derechos de los trabajadores >>.

Los hechos probados de la sentencia recurrida, junto con las adiciones que hemos admitido y los de la sentencia del Juzgado 3 a que antes hemos aludido e incorporados a la de esta Sala también señalada y que podemos utilizar, nos revelan que:

- El trabajador demandante, conductor mecánico y último que figuraba como trabajador de T.J.Q. e H. SL, fue despedido el 25-12-14 adeudándosele los salarios desde febrero 2014 por importe de 18.560'96 euros;

- T. J.Q. e H. SL inició sus operaciones el día 27.11.89, tiene su domicilio social en la Avda X. s/n, edificio este, 2ª planta, puertas 1 y 2, puerto de X. Muelle de X., tiene como objeto social el transporte de mercancías por carretera, siendo su administrador único desde el 12.11.12 Don J.A.Q.G. y sus apoderados M.M.G.S. desde el 3.6.91 y F.M.Q.G. desde el 27.12.12. Está dada de alta en el IAE en la actividad de transporte de mercancías por carretera.

- L.Q. SL fue constituida el 29.12.99, tiene su domicilio social en la Avda X., edificio este, 2ª planta, puerta 4, puerto de X. Muelle de X., tiene como objeto social el transporte de mercancías por carretera, siendo su administrador único desde el 1.10.14 A.P. SL a través de la persona física Doña M.J.Q.G.. Previamente sus administradores solidarios fueron Don J.A.Q.G. y Don F.M.Q.G. Está dada de alta en el IAE en la actividad de "complementarias de transporte". Esta empresa tiene como actividad principal la actividad transitaria.

- A.P. SL inició sus operaciones el 25.2.14, tiene su domicilio social en la calle X nº X, 2º izda de X, como objeto social el transporte de mercancías por carretera, siendo su administradora única DOÑA M.J.Q.G.. Está dada de alta en el IAE en la actividad de transporte de mercancías por carretera. Su domicilio fiscal se encuentra en la Avda X.

s/n, edificio este, 2ª planta, puerta 2, puerto de X., Muelle de X.. Esta empresa se ha especializado en el transporte frigorífico y de paquetería.

- J.Q.D. está jubilado desde el día 1.10.99.
- T.J.Q. e H. SL ha tenido durante su vida más de 220 empleados, de los cuales 6 han prestado también servicios para L.Q. SL, algunos de ellos antes del año 2012.
- En los documentos de control de T.J.Q. e H. SL y L.Q. SL aparecen los mismos números de teléfono fijo, móvil de oficina, fax y móvil.
- Los derechos sobre los vehículos matrícula 6628HFX y 4146HHF utilizados por T.J.Q.E H. SL en virtud de leasing con opción de compra, con anotación preventiva de embargo a favor de Doña L.C.P.H. por la cantidad de 68.842'31 euros, fueron cedidos a A.P. en virtud de contrato de fecha 3.7.14.
- T.J.Q. e H. SL refleja en sus cuentas anuales de los años 2012 y 2013 las operaciones con partes vinculadas (J.Q.D., J.A. y F.Q.G., L.C.P.H. L.Q. SL y PIF Puerto de x.). L.Q SL refleja en sus cuentas anuales del año 2013 las operaciones con partes vinculadas (J.Q.D., J.A., F. y M.J.Q.G., T.J.Q. e HSL y PIF Puerto de X.).
- Don J.P.O.N., en el ejercicio de su actividad profesional, encargaba habitualmente a T.J.Q. e H. transportes a Italia y las facturas que le llegaban eran de T.J.Q. e H. SL y algunas veces de L.Q. SL.
- Las tres empresas comparten dirección, oficinas, conductores y vehículos.
- T.J.Q. e H. SL fue declarada insolvente con fecha 28-4-16 por el Juzgado de lo Social número 5, en el procedimiento 103/2015 y ejecución 241/2015.

Trasladando aquella doctrina a los hechos probados, creemos que no sólo se da grupo de empresas sino también grupo de empresas laboral en sentido patológico, por concurrir los requisitos adicionales. En efecto, como se recoge en la STJ de esta Comunidad ya citada (Recurso 1862/16) y que es firme, referida a las tres mismas demandadas "la existencia del grupo empresarial alegado no ofrece dudas al compartir las empresas demandadas objeto social, estar sujetas a una dirección unitaria -la familia Q.- y compartir medios materiales y personales -según señala la sentencia de instancia de aquel asunto, los testigos han dicho prestaban servicios para todas, o al menos para dos de ellas, pese a estar dados de alta tan sólo en una; asimismo de la vida laboral de las tres empresas se desprende que hay trabajadores que han pasado, casi sin solución de continuidad (privándoles con ello bien de la acumulación de antigüedad, bien del abono de vacaciones), de una a otra-", "concorre la confusión de plantillas y de patrocinio, apariencia externa de unidad empresarial y unidad de dirección" y "puede sostenerse que la empresa es una sola" .

De lo expuesto ya resulta la utilización abusiva de la diferente personalidad jurídica externa y en perjuicio de los trabajadores, también en el caso del aquí demandante, ya que, como dice el recurrente al final de su recurso, "el esquema estratégico ideado por el Grupo familiar es un manifiesto abuso de derecho y ejercicio antisocial del mismo, pues, en definitiva, de lo que se trataba era de cerrar T.J.Q. e H. SL con el menor coste posible y seguir el negocio familiar con la nueva empresa creada, manteniendo clientes y proveedores, y despidiendo a los trabajadores sin abonarles, ni el despido, ni los salarios adeudados y sin haber pasado la empresa T.J.Q. e H. SL, por el concurso de acreedores", empresa cuya insolvencia ha sido judicialmente declarada.

En consecuencia, procede la estimación del recurso, revocación de la sentencia y estimación de la demanda.

**QUINTO.-** De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 235.1 de la LJS, no procede la imposición de costas, dada la estimación del recurso y no apreciarse en las recurridas impugnantes temeridad o mala fé.

### **FALLAMOS**

Estimando el recurso de suplicación formulado por D<sup>a</sup> J.M.G.A., D<sup>a</sup> M.C. Y D<sup>a</sup> M.F.G., como herederas del trabajador fallecido D. J.A.F.C. contra la Sentencia de fecha 15 de noviembre de 2016, dictada por el Juzgado de lo Social núm. 6 de Alicante, en autos 150/15 sobre CANTIDAD, siendo parte recurrida L.Q. SL Y A.P. S.L., así como FOGASA, revocamos la referida Sentencia y estimando la demanda, condenamos solidariamente a T.J.Q. e H. SL, L.Q. SL Y A.P. S.L., a abonar a D<sup>a</sup> J.M.G.A, D<sup>a</sup> M.C. Y D<sup>a</sup> M.F.G., como herederas del trabajador fallecido D. J.A.F.C., la cantidad de 18.560'96 euros, más otros 3.513'87 de interés por mora. Sin costas.

## 2408

**Sentencia núm. 2.406, de 17 de julio de 2018**

**Materia:** Incapacidad total permanente para el ejercicio de profesión habitual.

**Determinación de contingencia.** Trabajadora que presta sus servicios como limpiadora al servicio de mercantiles codemandadas. Ambas empresas tienen cubiertas las contingencias comunes y profesionales con la misma mutua. La actora también presta servicios como monitora. La demandante inicia proceso de incapacidad temporal derivada de enfermedad común. **Revisión grado.** Declaración de incapacidad permanente derivada de enfermedad común. La actora padece bronquitis aguda que se agudiza por la exposición a productos tóxicos durante su trabajo. La actora padece asma desde 2007. **Solicitud revisión contingencia.** La actora solicita que la declaración de incapacidad permanente total para el ejercicio de su profesión habitual derive de enfermedad profesional. **Requisitos para alcanzar esta calificación.** Procedencia.

**Juzgado:** Desestima la demanda, absolviendo a la demandada de todas las pretensiones deducidas en su contra. No procede la determinación de contingencia profesional.

**Sala:** Estima el recurso reconociendo a la actora que el proceso de incapacidad permanente para el ejercicio de su profesión habitual deriva de enfermedad profesional.

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

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Frente a la sentencia del Juzgado de lo Social nº Uno de Elche que desestima la demanda sobre determinación de contingencia de la baja médica de la demandante de fecha 2-4-2014, formula la parte actora recurso de suplicación que se fundamenta en un único motivo al amparo del apartado c del art. 193 de la Ley de la Jurisdicción Social (LJS), habiendo sido impugnado el recurso por M.M.,C., F., S. S.A. y L., S.L., conforme se expuso en los antecedentes de hecho.

En dicho motivo se imputa a la resolución recurrida la infracción del art. 116 de la LGSS (art. 157 LGSS 2015) al no declarar que las dolencias padecidas por la actora derivan de enfermedad profesional, pese a que reconoce que el asma padecida por D.<sup>a</sup> Concepción se incluye en la lista de enfermedades profesionales del Grupo IV, *“como una de las enfermedades derivadas de la inhalación de sustancias y agentes no comprendidos en otros apartados, y que el personal de limpieza es uno de los incluidos en la lista como afectados por dicha inhalación”* ya que entiende que no ha quedado acreditado por la actora que la enfermedad padecida sea consecuencia del trabajo de limpiadora al que se dedica desde hace más de veinte años.

Para dilucidar si la baja médica de la actora de fecha 2-4-2014 deriva de enfermedad profesional se habrá de estar al inalterado relato fáctico de la sentencia de instancia y a las afirmaciones fácticas que se contienen en su fundamentación jurídica y de los que ahora interesa destacar que la actora que lleva prestando servicios como limpiadora durante más de 20 años, ha trabajado en dicha profesión para PAU S.A. desde el 12-12-2007 hasta el 31-7-2014 y para la empresa L. S.L. que se subrogó en la anterior, desde el 1-8-2014 al 5-6-2015, ambas tienen cubiertas las contingencias comunes y profesionales con la MUTUA F.. La actora también ha venido trabajando como monitora, empleada fija discontinua para S. S.A. la cual tiene concertada con MC M. la cobertura de accidentes de trabajo, desempeñando una jornada laboral de

13,26 horas semanales.

En fecha 2-4-14 inició proceso de incapacidad temporal por enfermedad común con el diagnóstico de bronquitis aguda, habiéndose emitido dictamen propuesta del Equipo de Valoración de Incapacidades en fecha 5-6-2015, proponiendo a la actora como incapacitada permanente para su profesión habitual de limpiadora, en base al cuadro residual de bronquitis aguda, definiéndose como limitaciones orgánicas y funcionales: paciente con asma bronquial intrínseca persistente, Vs Sdr de disfunción reactiva de la vía aérea tras exposición a tóxicos inhalados con tos irritativa con tratamiento plural continuo que no acaba de solventar su proceso crónico pulmonar reactivo, siendo empleada de una empresa de limpieza con uso de productos irritativos de forma habitual que se contraindican desde neumología, dada su situación clínica. Iniciado expediente de determinación de contingencia de oficio, se declaró que la baja de 2-4-2014 tiene su origen en enfermedad común. La actora tiene diagnosticada desde diciembre de 2007 asma intrínseco persistente controlado y síndrome de disfunción reactiva de la vía aérea tras exposición a tóxicos inhalados, con pruebas alérgicas negativas.

A partir de los indicados datos se ha de constatar si la actora reúne los tres requisitos que exige el art. 116 de la Ley General de la Seguridad Social para que se califique como enfermedad profesional su baja médica de 2-4-2014. Dichos requisitos son, como expone la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de noviembre de 2006, Recurso: 2539/2005, “Que la enfermedad se haya contraído a consecuencia del trabajo realizado por cuenta ajena, que se trate de alguna de las actividades que reglamentariamente se determinan, y que esté provocada por la acción de elementos y sustancias que se determinen para cada enfermedad”.

En el caso de la actora y conforme a los datos antes expuestos se ha de concluir que la actora reúne los tres requisitos necesarios para calificar como enfermedad profesional su baja médica de 2-4-2014 ya que como reconoce la sentencia de instancia el asma está incluida dentro del listado de enfermedades profesionales aprobado por el Real Decreto 1299/2006, de 10 de noviembre, en el Anexo 1, Grupo 4 (Enfermedades profesionales causadas por inhalación de sustancias y agentes no comprendidas en otros apartados), es más el síndrome de disfunción de la vía reactiva que también se le diagnostica a la demandante, aparece asimismo en el Anexo 1 Grupo 4, incluyéndose las actividades desarrolladas por el personal de limpieza como capaces de producir la referidas enfermedades, estando la actora expuesta a sustancias tóxicas en el desempeño de sus funciones como limpiadora ya que como tales se han de considerar los productos de limpieza que la misma utiliza en su trabajo y que llevan derivados del petróleo, solventes, aguarrás, cloro, amoníaco, sin que dicha conclusión se vea desvirtuada por el hecho de que también en la vida cotidiana la actora puede estar expuesta a la inhalación de tóxicos, pues aun siendo ello cierto es lógico presumir que dicha inhalación es mucho más continua, persistente y masiva en el ámbito profesional en el que se encuadra su profesión de limpiadora que en su vida personal. De hecho, en el dictamen propuesta del Equipo de Valoración de Incapacidades se hace constar que el uso de productos irritativos de forma habitual al ser empleada de una empresa de limpieza está contraindicado desde neumología, dada la situación clínica de la actora. Por último cabe señalar que el hecho de que el asma que padece la actora sea intrínseco no significa que su aparición sea ajena a la agresión de las vías aéreas a la que se ha visto sometida la demandante en el desempeño de su trabajo como limpiadora sino que las pruebas alérgicas que se le han hecho han resultado negativas, lo que no impide afirmar que la inhalación significativa de tóxicos en su trabajo sea la que ha desencadenado tanto el asma bronquial intrínseco como el síndrome de disfunción reactiva de la vía aérea que padece la actora y que causó su baja médica de 2-4-2017.

Las consideraciones jurídicas expuestas determinan la estimación del recurso y la revocación de la sentencia de instancia a fin de estimar la demanda y declarar que

la contingència de la que deriva la baixa mèdica objecte del present procés deriva de malaltia professional.

### **FALLO**

Estimamos el Recurso de Suplicación interpuesto en nombre de D.<sup>a</sup> C.U.S., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº. Uno de los de Elche y su provincia, de fecha 20 de diciembre de 2016, en virtud de demanda presentada a instancia de la demandante contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social, la Tesorería General de la Seguridad Social, MUTUA F., MUTUA MC M., S.S.A., L. S.L. y PAU S.A. y revocamos la indicada sentencia, estimando la demanda y declarando que la contingencia de la que deriva la baja médica de la actora de fecha 2-4-2014 es enfermedad profesional, condenando a todas las partes a estar y pasar por esta declaración y a las consecuencias legales derivadas

## 2409

**Sentencia núm. 2.476, de 12 de julio de 2018**

**Materia:** Reconocimiento de derecho y cantidad. Trabajador al servicio de sociedad estatal de correos con diversos contratos de duración determinada como trabajador eventual o interino. Decaimiento de las bolsas de empleo en las que figura por evaluación negativa en la prestación del servicio. Queja cliente. Cumplimiento requisitos para su exclusión. Falta de comunicación previa por escrito a la parte actora. Derecho a indemnización por ganancias dejadas de percibir durante su exclusión de la bolsa.

**Juzgado:** Desestima íntegramente la demanda, absolviendo a la parte demandada de los pedimentos de la demanda.

**Sala:** Estima parcialmente el recurso reconociendo el derecho del actor a ser reintegrado en las bolsas de empleo, considerando no ajustado a derecho el decaimiento de las mismas. La Sala desestima el recurso en lo que respecta a la indemnización por lucro cesante. El estar en las bolsas no significa que sea llamado a trabajar, por lo que no procede tal petición de la parte actora.

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

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** 1.El recurso interpuesto, que ha sido impugnado de contrario, se estructura en dos motivos. El primero se formula al amparo del artículo 193.b) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LJS), postulando: A) Se modifique el segundo párrafo del hecho probado cuarto de la sentencia indicando: “Los Sindicatos UGT, CCOO y CSIF, que a su vez tienen representación en la Comisión de Empleo Provincial de Castellón, fueron notificados mediante escrito fechado el 15 de enero de 2015, de la decisión de evaluar negativamente a D. T.S.M. y que ello suponía el decaimiento de bolsa con fecha de efectos 19 de enero de 2015. Dicho escrito fue notificado a los Sindicatos CCOO y CSIF el día 19 de enero de 2015 y al Sindicato UGT el día 19 de mayo de 2015(doc. nº 8)”. B) Se añada un tercer párrafo en el hecho probado cuarto que diga: “A la Comisión Provincial de Empleo de Castellón se le comunicó el decaimiento de bolsa de D. T.S.M. efectuado con fecha de efectos de 19 de enero de 2015, el día 28 de enero de 2015”.

2. Las modificaciones propuestas deben prosperar pues así se deducen directa e inmediatamente de la documental en que se apoyan.

**SEGUNDO.-** 1. El siguiente y último motivo de recurso se formula al amparo del artículo 193.c) de la LJS, denunciando “que la sentencia infringe lo dispuesto en el III Convenio Colectivo del Personal Laboral de la Sociedad Estatal de Correos y Telégrafos S.A., en concreto lo dispuesto en su Anexo “Ingreso y ciclo del empleo”, Capítulo III “Funcionamiento de las bolsas de empleo”, apartado 3º “Evaluación del Desempeño adoptados por la Dirección de Recursos Humanos de Correos en desarrollo del referido Capítulo III”, en fecha 26 de julio de 2012; así como la infracción de las bases de la convocatoria para la constitución de las bolsas de empleo destinadas a la cobertura temporal de puestos operativos de 22 de junio de 2011 y el Anexo III sobre Ingreso y Ciclo del Empleo del Acuerdo General 2009-2013, suscrito entre Correos y las Organizaciones Sindicales de Regulación de las Condiciones de Trabajo del Personal de Correos de 5 de mayo de 2011, así como la infracción del artículo 35 y 103.3 de la Constitución Española y el art. 20.2 de la Ley 7/2007, de 7 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (vigente al tiempo de los hechos enjuiciados), y todos ellos

puestos en relación con el art 9.3 y artículo 24.2 de la citada Constitución Española, así como la infracción de la jurisprudencia que se citará”.

Argumenta en síntesis que la notificación de la exclusión debe realizarse por escrito, debiendo contener las razones motivadoras de la exclusión, debiendo realizarse tanto a la Comisión de Empleo Provincial como al interesado con carácter previo a la efectividad de la medida; que lo único que el trabajador tenía conocimiento al tiempo de la comunicación del decaimiento era que a principios de diciembre de 2014 un cliente puso cuando estaba prestando servicios en Benicassim mediante un contrato temporal de cuatro días que para nada suponía que ello iba a motivar su decaimiento, máxime si posteriormente continuó trabajando mediante otros contratos temporales hasta el día 15 de enero de 2015, no habiéndose informado al trabajador ni a la Comisión de Empleo sobre el sistema de evaluación que se había llevado a cabo, habiéndose infringido con tal proceder los artículos 35 y 103.3 de la Constitución, el art. 20.2 del Estatuto Básico del Empleado Público, todos ellos puestos en relación con el art 9.3 y artículo 24.2 de la citada Constitución, invocando la sentencia de esta Sala 944/2012, de 3 de abril, cuyo fundamento de derecho primero transcribe, incidiendo finalmente en que el actor, ahora recurrente nunca había sido sancionado y que el único motivo real sobre la exclusión de la bolsa fue una queja de un ciudadano que, además fue retirada, por lo que no revestía la gravedad suficiente para, por sí sola, ser motivo de decaimiento.

2. Del relato histórico de la sentencia de instancia con los datos incluidos por la presente, destacamos: A) D. T.S.M. ha venido prestando servicios por cuenta y orden de la Sociedad Estatal de Correos y Telégrafos SA desde el 10 de agosto de 1999 con diversos contratos de trabajo de duración determinada como eventual o como interino, incluido en las bolsas de trabajo de la demandada, la última de ellas de 22 de junio de 2011 inscrito con el puesto de reparto 1 de Castellón y Benicassim. El actor percibía un salario mensual de 1.574,46 euros brutos mensuales (18.893,52 euros de salario anual con el base, la antigüedad y el complemento de desempeño y permanencia, con inclusión de prorrata de pagas extras). (Documental aportada por la demandada y actora-nóminas, y III Convenio Colectivo de Correos). Se encuentra afiliado al sindicato CGT. B) En fecha 20 de enero de 2015 fue notificado por burofax al actor escrito fechado el 15 de enero de 2015 cuyo íntegro contenido se da por reproducido como documento nº 8 de la demandada y que en síntesis indica que de conformidad con lo dispuesto en el art. 10.6 de las bases de la convocatoria para la constitución de Bolsas de Empleo para cobertura temporal de puestos operativos de 22-06-2011 y del Acuerdo General 2009-2013 y teniendo en cuenta el informe emitido por el responsable de la unidad de distribución de Benicassim relativo a hechos ocurridos el 3-12-2014 sobre irregularidades en la entrega de un paquete cuyo destinatario formuló reclamación, sobre manifestaciones verbales contra el cliente por su parte y otros episodios la Dirección de Zona ha decidido evaluar negativamente su prestación de servicios en Correos lo que supone un decaimiento de las bolsas de empleo a las que accedió en el año 2011 Puesto 1 de Reparto en Castellón y Puesto 1 de reparto en Benicassim. C) En fecha 2 de diciembre de 2014 el cliente Sr. C. presentó queja ante Jefatura de Distribución de Benicassim indicando que el actor no le entrega el correo en su dirección y mostrando su total malestar por las expresiones que utiliza el actor cuando le reclama ese correo (doc. E de la demandada). De esta queja se da traslado al actor que formula alegaciones ante la Jefatura citada (Doc. E). En fecha 9 de diciembre de 2014 la Jefa de la Unidad de Distribución de Benicassim Sra. G.C. emite informe de desempeño negativo en relación con hechos acaecidos el 2 y el 5 de diciembre de 2014, evaluación negativa que fue acogida íntegramente por el Responsable del Sector de Distribución de Castellón Sr. G.R. en su informe de 9-12-2014, ambos desconocidos para el demandante (doc. 7, interrogatorio de la demandada, y testificales de la Sra. G.C. y del Sr. G.R.). D) La Convocatoria para la Constitución de Bolsas de Empleo destinadas a la cobertura temporal de puestos operativos de 22 de junio de 2011 determina en el apartado 10 los motivos para decaer en la bolsa de empleo y en su punto 6 indica la evaluación del desempeño negativa

en la prestación de servicios (Doc. E de la demandada). Los representantes de los Sindicatos UGT, CCOO y CSIF en la Comisión de Seguimiento provincial de la contratación temporal fueron notificados del informe de evaluación negativa y del escrito de decaimiento de bolsas de fecha 19 de enero de 2015 en esa fecha (doc. nº 8 e interrogatorio de parte demandada). E) En fecha 16 de julio de 2012 se reunió la empresa y los representantes de los trabajadores a fin de negociar a nivel nacional los criterios a aplicar de las evaluaciones negativas del desempeño (acta aportada por Correos). Tras ello la demandada elabora dos premisas para esta evaluación: que la notificación de la 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. Que dicha comunicación, tanto a la Comisión de Empleo Provincial como al interesado debe hacerse con carácter previo a la efectividad de la medida. Dentro de estos criterios propuestos por la empresa se valorarán para esa evaluación entre otras las incorrecciones y ofensas a clientes, ausencias, retrasos del puesto, incumplimiento y desobediencia a órdenes de los superiores o la diligencia mostrada en las tareas encomendadas. F) "Los Sindicatos UGT, CCOO y CSIF, que a su vez tienen representación en la Comisión de Empleo Provincial de Castellón, fueron notificados mediante escrito fechado el 15 de enero de 2015, de la decisión de evaluar negativamente a D. T.S.M. y que ello suponía el decaimiento de bolsa con fecha de efectos 19 de enero de 2015. Dicho escrito fue notificado a los Sindicatos CCOO y CSIF el día 19 de enero de 2015 y al Sindicato UGT el día 19 de mayo de 2015(doc. nº 8)" G) A la Comisión Provincial de Empleo de Castellón se le comunicó el decaimiento de bolsa de D. T.S.M. efectuado con fecha de efectos de 19 de enero de 2015, el día 28 de enero de 2015.

3. Como esta Sala decidió en sentencia firme nº 1.539/ 2017 de ocho de junio (R. 2740/16) "la cuestión planteada ha sido ya resuelta por esta Sala en situaciones análogas a la presente y por lo tanto entendemos que los criterios para su resolución deben ser los mismos que hemos mantenido hasta la fecha entre otras en las ST de 24 de enero de 2017 recurso 516/2016 o en la ST de 23 de septiembre de 2014, recurso 1065/2014, que a su vez se remite al precedente establecido por la ST de 5-5-2.009 resolutoria del recurso de suplicación 2366/2.008 en la que razonábamos ante un supuesto de exclusión de la Bolsa de trabajo por parte de la propia demandada que: "el que por la norma no se exija comunicación escrita no excluye que se practique una notificación en forma, expresiva de las razones del porqué de la exclusión; una notificación que garantice de forma indubitada el conocimiento por parte del interesado de los términos de la decisión y de sus razones", y ello en atención a la entidad de la trascendencia de la exclusión que afecta al derecho reconocido constitucionalmente al trabajo (art. 35 CE), ya que se está limitando su acceso al empleo, así como para garantizar el derecho de defensa del trabajador a la hora de poder impugnar la exclusión de la bolsa de trabajo ante los órganos jurisdiccionales, de forma que tome cabal conocimiento de las razones que han llevado a la empleadora a tomar esta decisión, a fin de poder rebatirlas en sede jurisdiccional. En segundo lugar... nos remitimos a los principios de mérito y capacidad que proclama el art. 103.3 de la CE para el acceso al empleo público, así como la objetividad y la transparencia que proclama el art. 20.2 del EBEP- que dado su carácter de norma supletoria, sí debe resultar de aplicación al caso que nos ocupa ante la ausencia de norma específica al respecto- difícilmente casan con el hecho de poder excluir a un trabajador de la bolsa de trabajo con fundamento en una supuesta "evaluación negativa". En tercer lugar, resulta contrario al principio de seguridad jurídica que proclama el art. 9.3 de la CE el hecho de que vigente la relación laboral el empleador no haya sancionado, haciendo dejación de su potestad disciplinaria y, sin embargo, motivar una evaluación negativa que lleve al decaimiento de la misma de la Bolsa de trabajo. Este comportamiento empresarial, argumentando la ausencia de trámite alguno y de motivación de la evaluación negativa, hace que estimemos que lo que se está pretendiendo por parte de la empresa, es, en atención a la precariedad del

vínculo temporal que liga al trabajador con la empresa eludir las normas legales y convencionales relativas al ejercicio de tal potestad disciplinaria, para posteriormente, una vez extinguido el vínculo, y con fundamento en la supuesta evaluación negativa, sancionar tales comportamientos tolerados con el decaimiento de la bolsa lo que equivale a la imposibilidad de acceder a ulteriores contratos temporales con la demandada, intentando privar al trabajador afectado, con la argumentación que por el Abogado del Estado se efectúan de la más mínima defensa ante dicha decisión empresarial. Por último, el propio Acuerdo que se invoca como infringido de 19-6-06 exige un sistema de evaluación del que se debe dar traslado a la Comisión de Seguimiento del Acuerdo, ...." En relación con el caso de autos debemos efectuar las siguientes precisiones. Consta informe de 28/3/2014, sobre la evaluación negativa de la actora en el desempeño de su puesto de trabajo, en los términos que figuran en el mismo y que el juez a quo da por reproducido. Pero la notificación a la trabajadora de la evaluación negativa no se produce hasta 15/4/2015 mediante carta burofax, no consta traslado previo a la comisión de seguimiento, que es informada de forma genérica y sin posibilidad de control o contraste, si acudimos al Capítulo II del nombrado Acuerdo General, y al capítulo que versa sobre Funcionamiento de las Bolsas de Empleo, tenemos que en el ordinal 3º se regula la Evaluación del desempeño, disponiéndose que "Todos los candidatos que hayan prestado servicios en la empresa, y que figuren inscritos en las Bolsas de Empleo, serán evaluados, de acuerdo con el sistema que la Dirección de Recursos Humanos habilite al efecto, dándose conocimiento a la Comisión de Seguimiento". Y es precisamente este sistema que debe habilitar al efecto la Dirección de Recursos Humanos el que no consta en autos. Nada sabemos sobre si fue o no fue seguido; es más, desconocemos si fue implantado en algún momento, o si ni tan siquiera existe. A ello hay que sumar el fundamental dato que la notificación a la trabajadora no expresa de modo concreto las razones del porqué de la exclusión".

4. Este criterio ha sido reiterado en la sentencia recaída en el recurso 3497/17 donde también con referencia a sentencias precedentes subrayamos: "...Esta Sala se ha pronunciado ya en ocasiones anteriores sobre asuntos similares al ahora planteado, haciéndolo en sentido estimatorio de las pretensiones de los trabajadores, y considerando que en este caso estamos en un supuesto en el que se han incurrido en los defectos denunciados por el recurrente debemos seguir el criterio expuesto en las citadas Sentencias. Así en la Sentencia de esta Sala de fecha 24-1-17 (RS 516/16), decíamos lo siguiente, remitiéndose a otras resoluciones dictadas por la Sala: "El motivo ha de ser desestimado, aplicando los mismos criterios que sirvieron de base para dictar la resolución de instancia, y que se extraen de sentencias precedentes de esta Sala dictadas en asuntos similares al aquí resuelto. Baste citar, por ser más reciente, Sentencia de 23 de septiembre de 2014, Rs. 1065/2014, en la que la Sala estima el recurso de la trabajadora ante la desestimación de su demanda, en la que se solicitaba, como en nuestro caso, la inclusión de nuevo en las Bolsas de empleo, tras haber sido excluida por emitirse una evaluación negativa de su desempeño. Se dice por dicha sentencia lo siguiente: "Pues bien, tal y como señala la parte recurrente, esta Sala ha resuelto la cuestión en casos similares en los que, en aplicación de los mismos acuerdos que denuncia infringido el recurso, se excluyó de las bolsas de empleo de Correos a trabajadores temporales por la evaluación negativa de sus superiores no comunicada al trabajador ni a la Comisión de Seguimiento, por lo que elementales razones de seguridad jurídica e igualdad en la aplicación de la Ley imponen seguir el mismo criterio que el mantenido en las sentencias de 21-5-2009 (rec. 2636/2008) o en las resolutorias de los recursos de suplicación 1198/2011 o 703/2011, en la sentencia de 3-4-2012 y en la de 2-7-2013, si bien con las matizaciones que más abajo expondremos dado que en nuestro caso existió una comunicación escrita notificada a la actora. Y así, como se recoge en las últimas sentencias mencionadas: "El motivo no puede prosperar y ello por las siguientes razones siendo todas y cada una de las mismas de entidad suficiente como para rechazar la censura jurídica que por el recurrente se efectúa: A) En primer lugar la existencia de un precedente de esta misma Sala del que

no existen razones para apartarse, al que se hace mención en la sentencia recurrida, la S. de 5-5-2.009 resolutoria del recurso de suplicación 2366/2.008 en la que razonábamos ante un supuesto de exclusión de la Bolsa de trabajo por parte de la propia demandada: "el que por la norma no se exija comunicación escrita no excluye que se practique una notificación en forma, expresiva de las razones del porqué de la exclusión; una notificación que garantice de forma indubitada el conocimiento por parte del interesado de los términos de la decisión y de sus razones", y ello en atención a la entidad de la trascendencia de la exclusión que afecta al derecho reconocido constitucionalmente al trabajo (art. 35 CE), ya que se está limitando su acceso al empleo, así como para garantizar el derecho de defensa del trabajador a la hora de poder impugnar la exclusión de la bolsa de trabajo ante los órganos jurisdiccionales, de forma que tome cabal conocimiento de las razones que han llevado a la empleadora a tomar esta decisión, a fin de poder rebatirlas en sede jurisdiccional. B) En segundo lugar, los principios de mérito y capacidad que proclama el art. 103.3 de la CE para el acceso al empleo público, así como la objetividad y la transparencia que proclama el art. 20.2 del EBEB- que dado su carácter de norma supletoria, sí debe resultar de aplicación al caso que nos ocupa ante la ausencia de norma específica al respecto-difícilmente casan con el hecho de poder excluir a un trabajador de la bolsa de trabajo con fundamento en una supuesta "evaluación negativa" (...). Por último el propio Acuerdo que se invoca como infringido de 19-6-06 exige un sistema de evaluación del que se debe dar traslado a la Comisión de Seguimiento del Acuerdo y la demandada no ha justificado en modo alguno ni que la actora haya sido evaluada negativamente con sistema alguno del que se haya dado traslado a la Comisión." Atendiendo a la declaración de hechos probados de la resolución de instancia, que no ha resultado combatida, resulta que el actor, de acuerdo con el contenido del informe de fecha 30-12-2013 emitido por el Jefe de Sector de Red de Oficinas 502, fue evaluado negativamente el desempeño de la prestación del servicio de correos, lo que motivó que el 29-4-2014, a las 18:52 horas, recogiera burofax remitido por la demanda en la que se le comunicaba que "por falta de aptitud y actitud, mostrando gran desinterés por el trabajo con dificultades en el aprendizaje dando lugar a numerosas quejas de clientes y un muy bajo rendimiento", se le comunica la evaluación negativa de su desempeño y el decaimiento de la bolsa de empleo, con fecha de efectos 30 de abril de 2014". Conforme a los criterios mantenidos por esta Sala en resoluciones precedentes y por razones de elemental seguridad jurídica, procede desestimar el motivo de recurso: 1.- No consta que el actor fuera evaluado conforme a sistema objetivo e imparcial habilitado por la dirección de Recursos Humanos, desconociéndose el sistema seguido; 2.- La comunicación es escueta y genérica, sin que sea posible justificar la ausencia de la inclusión de los datos necesarios para que el actor conociera las concretas causas que amparaban su evaluación negativa, cuando las mismas se hacían constar expresamente en informe previo de 30-12-13; 3.- Tampoco consta en hechos probados, que la Comisión de Seguimiento del acuerdo fuera informada de la evaluación negativa, pues al ordinal quinto se establece que únicamente se dio noticia al actor, a los representantes legales de los trabajadores y la comunicación de la evaluación negativa en reunión mantenida entre la representación legal de la empresa y las organizaciones sindicales". La aplicación de la doctrina expuesta conduce a la estimación de recurso por cuanto que la norma convencional citada en el escrito de recurso como infringida exige que la notificación de exclusión de la bolsa 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 este caso se envía burofax a la actora comunicándole la resolución sobre el decaimiento de la bolsa el 3 de marzo del 2016 con fecha de efectos de dicho día por lo que no se comunica tal decisión con carácter previo a la efectividad de la medida de exclusión sino en un momento simultáneo, no cumpliéndose así con los requisitos que en orden a la exclusión de las bolsas se recogen en el Anexo III citado y tal comunicación previa

tampoco consta se realizara a la Comisión provincial de empleo y aunque es cierto, como argumenta la sentencia y la parte demandada al impugnar el recurso, que no es preciso conceder plazo de alegaciones a la trabajadora que ha tenido tales evaluaciones negativas y que no es preciso comunicarle los informes en los que se funda la evaluación negativa pues nada de ello lo exige la norma convencional, sí exige la norma la comunicación de la decisión con carácter previo a la efectividad y como en este caso no obra otro dato en los hechos probados de la Sentencia ni en los fundamentos de la Sentencia, más que la fecha de efectos fijada en la resolución de 3 de marzo del 2016, es claro que no se cumplió con tal requisito de la comunicación previa a la efectividad, lo que supone el incumplimiento de los requisitos formales pactados por la empresa y representación de los trabajadores en el año 2012 a fin de ofrecer mayores garantías a los trabajadores que sufrían tal decisión de exclusión de las bolsas, obligando ello a dejar sin efecto la decisión adoptada por la demandada. Por otra parte, si bien no es preciso dar un trámite de audiencia al interesado para que se pronuncie sobre las evaluaciones negativas a modo de un expediente contradictorio ni es preciso facilitarle los informes emitidos que llevan a adoptar tal decisión de evaluación negativa, desde luego sí era preciso reflejar en la resolución de forma motivada los hechos que fundamentaban tal decisión de exclusión de la bolsa de manera que la actora pudiera conocer las razones por las que se le había evaluado negativamente y se había decidido su exclusión de la bolsa, sobre todo cuando no consta sanción alguna impuesta con carácter previo a la actora ni expediente contradictorio incoado a la demandante por la negligencia en la realización de su trabajo. Si no existían tales sanciones previas, advertencias o expedientes contradictorios y además en la resolución acordando la exclusión sólo se indican imputaciones genéricas como son una mala realización de sus funciones y un mal uso del material que se le entrega para realizar su trabajo diario, utilizar un vocabulario inapropiado e irrespetuoso tanto de los compañeros como de los clientes y ocasionar numerosas quejas verbales de los mismos, generando un ambiente conflictivo y desagradable en su unidad de trabajo, sin ir acompañadas dichas imputaciones de los hechos concretos que las respaldan y que hubieran motivado tal evaluación, se ha de concluir que la resolución acordando el decaimiento de la bolsa de la actora no cumple los requisitos que se recogen en el Convenio colectivo de aplicación ni en el Acuerdo de Julio del 2012 mencionado en los hechos probados para que la resolución sobre exclusión de la bolsa pueda considerarse ajustada a derecho, por lo que procede estimar la censura jurídica expuesta con la consiguiente revocación de la sentencia de instancia para dejar sin efecto la decisión empresarial de excluir a la demandante de las bolsas de trabajo...”

5. Tal y como resulta de lo indicado en el apartado 2 de este fundamento jurídico el escrito de 15 de enero de 2015 indicando al actor que la Dirección de Zona había decidido evaluar negativamente sus servicios, no consta ni que se comunicara previamente al actor ni a la Comisión de Seguimiento, ni que se adoptara siguiendo sistema de evaluación alguno, del que se hubiere dado traslado a la Comisión, sino que de forma muy genérica se limita a referirse a hechos puntuales acaecidos en 3 de diciembre de 2014, que concretamente tampoco describe, con lo que se abona más si cabe el defecto puesto de manifiesto en el recurso, al no haberse adoptado la decisión de exclusión de la bolsa siguiendo un sistema de evaluación, y no poder entender sustituido el mismo por una comunicación escrita donde concretamente se alegaran hechos de suficiente gravedad para justificar una evaluación negativa de desempeño que en principio parece exigir un examen no de actuaciones concretas (aquí ni siquiera indicadas), sino de lo acaecido en un período de tiempo más extenso del que poder deducir esa evaluación negativa. En aplicación de la doctrina resumida en las sentencias meritadas en los apartados 4 y 5 de este fundamento jurídico que aquí se da otra vez por reiterada, se impone la estimación del motivo.

**TERCERO.-** Corolario de todo lo razonado será la estimación del recurso, salvo en lo atinente a la indemnización reclamada, pues, aparte de no denunciarse

infracción de norma alguna al respecto, ya indicamos en la sentencia meritada en el apartado 4 del fundamento jurídico anterior, que “... la aplicación al caso de los criterios mantenidos en sentencias precedentes impiden la estimación de este último motivo. Con base al art. 1106 del Código civil, la jurisprudencia ha señalado desde antiguo que las ganancias dejadas de obtener no pueden derivar de supuestos meramente posibles y contingentes; no basta la simple posibilidad de realizar la ganancia, sino que debe existir una probabilidad objetiva que resulte del curso normal de las cosas. Con respecto al lucro cesante impera la interpretación restrictiva, debiendo probarse rigurosamente que se dejaron de obtener las ganancias. En el caso de autos el funcionamiento de las Bolsas de Empleo de la entidad demandada es complejo y está basado en el sistema de la rotación, lo que significa que tener un número superior no asegura la contratación preferente en un determinado periodo, pues si un candidato ha tenido menos rotaciones, se le adjudicará el contrato aunque tenga un número de orden peor. Como resulta de lo actuado, el llamamiento de los candidatos se realiza por orden de puntuación y de manera rotatoria hasta agotar la bolsa, comenzándose nuevamente por el primer candidato, y así sucesivamente, hasta nueva convocatoria; y, con independencia del orden de puntuación (que no es determinante por sí sólo, teniendo en cuenta el principio de rotación), concurren circunstancias que son incontrolables e imprevisibles que condicionan la selección de los candidatos en bolsa, tal y como las siguientes: la enfermedad, la maternidad, la excedencia por cuidado de hijos menores o familiares, las renunciaciones a la bolsa o a los contratos ofertados, el tener otro trabajo, la no localización del candidato, o la no superación del periodo de prueba, situaciones que pueden afectar a la actora y al resto de candidatos, y que se acentúa por el hecho de que muchos candidatos, al igual que le ocurría a la demandante, estar en dos bolsas, así como por el hecho de que el que se esté en esas citadas circunstancias afecta en unas ocasiones a la rotación del candidato y en otras no (por ejemplo, en el caso de la maternidad, en cuanto a situación protegida). De este modo, no consta cuántos contratos hubiese tenido la actora si no hubiese sido excluida fuera de las bolsas, ni en cuál de las dos bolsas en las que estaba incluida, ni la hipotética duración. En definitiva, y dado que el derecho de la trabajadora a ser incluida en la bolsa de empleo implica una expectativa de derecho a ser contratada conforme a las normas de contratación temporal y a su sistema de llamamientos, pero no supone necesariamente que sea contratada, ni puede saberse de modo objetivo los días en que hubiera estado contratada o los contratos que le hubieren correspondido, no ha lugar a estimar la indemnización solicitada (en este sentido, nos pronunciamos ya en la sentencia del TSJCV de 10-11-2011)...”. En definitiva el recurso se estimará parcialmente. Sin costas, dado el signo del fallo (artículo 235.1 de la LJS).

## FALLO

Estimamos en parte el recurso de suplicación interpuesto en nombre de don T.S.M. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 4 de los de Castellón el día 4 de abril de 2017, en proceso sobre derechos-cantidad seguido a su instancia contra la SOCIEDAD ESTATAL DE CORREOS Y TELÉGRAFOS SA y con revocación de la expresada sentencia y estimación parcial de la pretensión ejercitada declaramos el derecho del actor a ser reintegrado en las bolsas de empleo de CORREOS Y TELÉGRAFOS S.A.E., a las que accedió en la convocatoria de 2011 (Puesto de Reparto 1 de ámbito de Castellón y de Benicàssim) con todos los derechos inherentes a dicha declaración, declarando el decaimiento de bolsa no ajustado a derecho con su consecuente revocación y dejándolo sin efecto y siendo repuesto el trabajador en ambas bolsas de trabajo, condenando a la empresa SOCIEDAD ESTATAL CORREOS Y TELÉGRAFOS S.A., a estar y pasar por esta declaración, y absolviéndola del resto. Sin costas.

## 2410

**Sentencia núm. 2.527, de 24 de julio de 2018**

**Materia: Despido. Trabajador con contrato indefinido en empresa de servicios con categoría de auxiliar de servicios. Extinción de la relación laboral por causas objetivas. Reconocimiento de indemnización al trabajador así como determinada cantidad por falta de preaviso. Falta de legalidad y razonabilidad del despido. La empresa ha realizado otras contrataciones**

**Juzgado: Desestima la demanda declarando procedente el despido llevado a efecto, absolviendo alas demandadas de las peticiones contenidas en el suplico de la demanda en relación al mismo, condenándolas tan solo al abono de determinada cantidad en concepto de diferencia de indemnización por despido procedente.**

**Sala: Estima el recurso declarando la improcedencia del despido. Las nuevas contrataciones que realiza la empresa injustifican la legalidad y razonabilidad de la extinción de la relación laboral del trabajador.**

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

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** 1. El recurso interpuesto, que ha sido impugnado de contrario, se estructura en dos motivos. El primero se formula al amparo del artículo 193.b) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LJS), impugnando el hecho probado segundo y propugnando la adición de un nuevo hecho probado sexto que diga:

"Que la demandada entre los meses de enero y junio, ambos inclusive, procedió a realizar nuevas contrataciones en las siguientes fechas: 4-1-2016, 4-1-2016, 4-1-2016, 5-1-2016, 14-1-2016, 18-1-2016, 19-1-2016, 21-1-2016, 23-1-2016, 28-1-2016, 1-2-2016, 1-2-2016, 1-2-2016, 5-2-2016, 8-2-2016, 13-2-2016, 15-2-2016, 23-2-2016, 27-2-2016, 2-3-2016, 3-3-2016, 12-3-2016, 14-3-2016, 14-3-2016, 18-3-2016, 23-3-2016, 1-4-2016, 8-4-2016, 14-4-2016, 15-4-2016, 21-4-2016, 29-4-2016, 29-4-2016, 29-4-2016, 30-4-2016, 30-4-2016, 30-4-2016, 30-4-2016, 3-5-2016, 6-5-2016, 7-5-2016, 9-5-2016, 14-5-2016, 24-5-2016, 24-5-2016, 3-6-2016, 14-6-2016, 17-6-2016, 18-6-2016, 23-6-2016, 24-6-2016, 24-6-2016, 24-6-2016, 24-6-2016, 24-6-2016, 27-6-2016, 27-6-2016, 30-6-2016. Todas estas nuevas contrataciones lo eran para las funciones que desarrollaba el trabajador.

Ello viene a acreditar que la actividad de la empresa, dado el volumen de su contratación, no es de carácter temporal, sino que dada dicha necesidad de contratación, evidencia claramente unos trabajos continuos y fijos, con una necesidad de trabajadores constante.

El hecho de que con anterioridad al cese del trabajador la empresa se hubiera visto en la necesidad de realizar numerosas nuevas contrataciones es indicativo de que la misma sabía que tras el cese, seguiría necesitando realizar numerosas nuevas contrataciones, por lo que la causa del despido entendemos no goza de razonabilidad alguna, cuando podía haber, perfectamente, reservado un puesto de trabajo para el actor".

2. La revisión fácticas propuesta debe prosperar en parte, pues así se deduce directa e inequívocamente de la documental en que se apoya, si bien no se puede sentar que las nuevas contrataciones lo fueran para las funciones que desarrollaba el trabajador, si bien sí pueden estimarse similares (así Ordenanzas, empleados de información al usuario, empleados de control de abastecimientos, empleados de

servicio de personal, auxiliares de vigilante de seguridad y similares), que constan en la relación de contrataciones remitida por el SERVEF, en que el motivo se basa.

**SEGUNDO.-** 1. El siguiente y último motivo de recurso se formula al amparo del artículo 193.c) de la LJS denunciando infracción de la doctrina y la jurisprudencia relativa a las nuevas contrataciones coetáneas prácticamente a la fecha de efectividad del cese que avalan la improcedencia del despido infringiendo el artículo 56 del Estatuto de los Trabajadores y la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de abril de 2013. Argumenta en síntesis con cita de sentencia de la Sala de lo Social de Andalucía/Granada 2114/2017, de 5 de octubre, y las de Madrid de 24 de febrero de 2017 (R.1118/2016) y de 21 de diciembre de 2017 (R. 826/2017), que el número de contrataciones realizadas evidenciaba que la actividad de la empresa no era de carácter temporal, sino que se trataba de trabajos fijos y continuos, con una necesidad de trabajadores constante, siendo indicativo que con anterioridad al cese del trabajador la empresa hubiera efectuado numerosas contrataciones lo que entendía que la causa del despido no gozaba de razonabilidad alguna, cuando podía haber reservado un puesto de trabajo para el actor.

2. Que la extinción o finalización de una contrata pueda justificar un despido objetivo por causas productivas (véase por ejemplo la sentencia del Tribunal Supremo de 30 junio de 2015) puede quedar desvirtuado (STS de 29 de noviembre de 2010 – R.3876/2009), no implica deber de considerar en cualquier caso la razonabilidad de la medida por el dato de que la empresa cubra a la vez otros puestos vacantes o de nueva creación. Habiendo subrayado la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de octubre de 2016 (R.1140/2015) que “...Razonabilidad no ha de entenderse en el sentido de exigir que la medida adoptada sea la óptima para conseguir el objetivo perseguido con ella (lo que es privativo de la dirección empresarial, como ya hemos dicho), sino en el de que también se adecue idóneamente al mismo (juicio de idoneidad). La cuestión radica entonces (...), en determinar si la medida en concreto acordada por la empresa se justifica también en términos del juicio de razonable idoneidad que a este Tribunal corresponde, y que por lo mismo ha de rechazar -por contraria a Derecho- la modificación que no ofrezca adecuada racionalidad, tanto por inadecuación a los fines -legales- que se pretenden conseguir, cuanto por inalcanzable (...), o por patente desproporción entre el objetivo que se persigue y los sacrificios que para los trabajadores comporta. La cuestión no ofrece una clara salida, por cuanto que -como más arriba se ha indicado- no corresponde a los Tribunales fijar la medida «idónea» de la modificación ni censurar su «oportunidad» en términos de gestión empresarial, pero tampoco podemos hacer dejación de nuestro obligado deber de enjuiciar la racional «adecuación»...”. En suma, nuestra doctrina considera que corresponde al órgano jurisdiccional comprobar si las causas, además de reales, tienen entidad suficiente como para justificar la decisión extintiva y, además, si la medida es plausible o razonable en términos de gestión empresarial, es decir, si se ajusta o no al "standard" de un buen comerciante al igual que ya se venía sosteniendo antes de la reforma del año 2012. Por consiguiente, compete a los órganos jurisdiccionales no sólo emitir un juicio de legalidad en torno a la existencia de la causa alegada, sino también de razonable adecuación entre la causa acreditada y la medida acordada... En esa línea, como pusimos de relieve en la STS/4ª de 21 mayo 2014 (rec. 249/2013), invocadas por la parte empresarial causas organizativas, la incorporación por parte de la empresa de nuevos trabajadores difícilmente permitía justificar la necesidad de amortizar puestos de trabajo. Por ello, aun cuando no es dudoso aceptar la necesidad de una reorganización de los recursos humanos de la empresa, lo cierto es, que a falta de mayores precisiones que permitieran analizar la excepcionalidad de las mismas, las nuevas contrataciones resultan contradictorias con el despido y hace incoherente la alegada necesidad de extinción de contratos de trabajo. La falta de razonabilidad se torna aquí, pues, palmaria, pues no estamos ante una contratación temporal, puntual y extraordinaria, como inopinadamente afirma la empresa en su escrito de impugnación; sino que, por el contrario, los hechos probados de base ponen de relieve

que la actividad empresarial venía desarrollándose con mantenimiento constante de la contratación temporal, no sólo antes de los despidos, sino con posterioridad y sin que se indique que concurrieran situaciones excepcionales y puntuales. La calificación del despido debió ser la de no ajustado a derecho, precisamente por falta de adecuada justificación de la concurrencia de causa válida, tal y como acertadamente había entendido el Juzgado de instancia.

3. Teniendo en cuenta la adición fáctica propuesta que se admitió parcialmente, y que aunque las nuevas contrataciones no se refirieran exactamente a puestos de trabajo idénticos al del actor, lo cierto es que la actividad a la que se dedicaba el actor, auxiliar de servicios en el control de acceso o portería que la empresa tenía contratada con C.L. a la que el trabajador estaba adscrito (hecho probado tercero), podía estimarse similar a aquéllas, según indicamos en el apartado 2 del fundamento jurídico anterior (así Ordenanzas, empleados de información al usuario, empleados de control de abastecimientos, empleados de servicio de personal, auxiliares de vigilante de seguridad y similares), según constaba en la relación de contrataciones remitida por el SERVEF, en que el primer motivo se basaba, y considerando también la antigüedad (tiempo de servicios) del actor en la empresa que data de 30 de mayo de 2007, todo ello conduce a nuestro juicio a que siga teniendo virtualidad en nuestro caso lo indicado por la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de mayo de 2011 (R.197/2010), que con referencia a sentencia precedente subrayó que "...si bien la empresa no tenía la obligación "ex lege" de buscar necesario acomodo al trabajador afectado, de todas formas lo que sí afirmamos es que... ha de darse prioridad al traslado (voluntario para el trabajador) frente a la... contratación de trabajadores ajenos. Y aunque ciertamente esta obligación -trasladar, antes que contratar- no figure expresamente en la norma, entendemos que puede colegirse de su propio texto, puesto que habla de «superar las dificultades que impidan el buen funcionamiento de la empresa» y en todo caso es consecuencia de la interpretación jurisprudencial sobre la racionalidad de la medida a adoptar.... Aparte de resultar -en el caso- la solución más acorde con el derecho al trabajo que reconoce el art. 35.1 CE, que en su vertiente individual se concreta en el «derecho a la continuidad o estabilidad en el empleo, es decir en el derecho a no ser despedido sin justa causa» (SSTC 22 /1981, de 2/Julio, FJ 8; y 192/2003, de 27/Octubre, FJ 4)...lo que no significa que no hayan de tenerse en cuenta los derechos constitucionales de la libertad de empresa y de la defensa de la productividad, pero sí que se ha de atender a la necesaria concordancia entre los arts. 35.1 y 38 CE y, sobre todo, el principio de Estado social y democrático de Derecho (STC 192/2003, de 27/Octubre, FJ 4). Lo que necesariamente invita... a acoger interpretaciones no extensivas en la aplicación del derecho empresarial a amortizar puestos de trabajo por causas objetivas, en tanto que más favorables a la deseable continuidad en el empleo».

4. En consecuencia, este motivo se estima.

**TERCERO.-** Corolario de todo lo razonado será la estimación del recurso interpuesto, y con revocación de la sentencia impugnada y estimación de la pretensión ejercitada, declarar la improcedencia de la decisión extintiva enjuiciada, con las consecuencias previstas en el artículo 56.1 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, en relación con la Disposición Transitoria Undécima del T.R. de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, que reitera refundiendo lo indicado ya por la Disposición Transitoria quinta.2 de la Ley 3/2012, de 6 de julio, fijando en 13.751,84 euros el importe indemnizatorio correspondiente, del que se descontará en su caso el importe ya percibido de acuerdo con lo prevenido en el artículo 53.5.b) del TR de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, y de conformidad con lo acordado al respecto por la sentencia de instancia que en este aspecto indemnizatorio se mantendrá. Sin costas, ante el signo revocatorio del fallo (artículo 235.1 de la LJS).

## FALLO

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de D. R.B.R. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 1 de Valencia el día 28 de febrero de 2018 en proceso de despido seguido a su instancia contra I.O. SW.S.A., y con revocación de la expresada sentencia y estimación de la pretensión ejercitada tal declaramos la improcedencia del despido producido en 17 de mayo de 2016, condenando a I.O. SW.S.A. a estar y pasar por tal declaración y a que a su opción, que deberá ejercitar en el plazo de cinco días desde que la presente le sea notificada, readmita al actor en su puesto de trabajo en las mismas condiciones que regían antes de producirse el despido o le abone una indemnización de 13.751,84 €, así como al pago de salarios de tramitación por importe diario de 38,65 euros en caso de opción por la readmisión, debiendo en tal caso reintegrar el trabajador la indemnización percibida, teniendo en cuenta lo acordado al respecto por la sentencia de instancia que en este aspecto indemnizatorio se mantendrá.

Sin costas.

## 2411

**Sentencia núm. 2.563, de 11 de setembre de 2018**

**Materia: Conflicto colectivo. El conflicto afecta a todos los trabajadores del convenio de exhibiciones cinematográficas de la provincia de Valencia y a ciertos trabajadores del convenio colectivo provincial de oficinas despachos de la provincia de Valencia. Reconocimiento antigüedad (trienios), ascensos y provisiones de vacantes. Necesidad de informe preceptivo para optar a las condiciones exigidas.**

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

**Sala: Estima el recurso y revoca la sentencia de instancia, reconociendo el derecho de los trabajadores al reconocimiento de trienios y al cambio de categoría solicitado en la demanda.**

**Ponente: Ilma. Sra. D<sup>a</sup>. María Isabel Sáiz Areses.**

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** EL COMITÉ DE EMPRESA DE LA C. SA interpuso demanda contra la empresa C. SA, en ejercicio de acción de conflicto colectivo, solicitando que se declare el derecho de los trabajadores adscritos al Convenio colectivo del sector de Empresas de Exhibición Cinematográfica de Valencia, a generar nuevos trienios de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 19.1.3.1 de dicho Convenio colectivo y a percibir su importe, y ello desde el año 2012; y el derecho de los trabajadores adscritos al Convenio de Oficinas y Despachos de la provincia de Valencia, a que una vez cumplido el tiempo establecido para el cambio de categoría de auxiliar administrativo a Oficial de Segunda, desde el año 2012, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 19 de dicha norma convencional, siempre que exista vacante para ello, se les reconozca dicha categoría profesional superior.

La sentencia de instancia desestima la demanda, pronunciando frente al que se alza la parte demandante interponiendo recurso de suplicación y solicitando, previa estimación del mismo, el dictado de una nueva sentencia por la que se revoque la recurrida y en su lugar se estime la demanda. La parte demandada por su parte impugna el citado recurso.

**SEGUNDO.-** Para ello la parte recurrente formula un primer motivo de recurso al amparo del apartado b) del artículo 193 LRJS solicitando la modificación de los hechos probados. Se alega en concreto que el hecho séptimo debe manifestar lo siguiente: *“Que tanto en el capítulo IV sobre Normas para la modificación de los presupuestos, y en concreto en su artículo 18, De las ampliaciones de crédito, a efectos de lo dispuesto en el artículo 48 de la Ley 1/2015 de 6 de febrero de la Generalitat como en el artículo 48 de la Ley 1/2015 de 6 de febrero, LCV 2015/49 Ley de Hacienda Pública, del Sector público instrumental y de subvenciones de Comunidad Valenciana, se reconoce que tendrán la condición de ampliables los trienios y los créditos destinados al pago de personal, en cuanto precisen ser incrementados como consecuencia de elevaciones salariales dispuestas durante el ejercicio o en ejercicios anteriores, por modificación del salario mínimo interprofesional o que se deriven de la normativa vigente.* “Lo que pretende así la parte recurrente es que se recoja el contenido de una norma jurídica y como con arreglo a reiterada Jurisprudencia el contenido de tales normas no debe formar parte del relato fáctico de la Sentencia y la interpretación de las citadas normas debe recogerse en el motivo destinado a la infracción de las normas sustantivas del

apartado c) del artículo 193 LRJS, no podemos acceder a la revisión pretendida, debiendo valorarse en el segundo motivo las alegaciones realizadas por la parte recurrente interpretando la normativa citada.

**TERCERO.-** El segundo motivo de recurso lo formula la parte actora al amparo del apartado c) del artículo 193 LRJS alegando la infracción de lo previsto en el artículo 19 A.3,1 del Convenio de Exhibiciones Cinematográficas Provincia de Valencia y artículo 19 del Convenio colectivo provincial de Oficinas y Despachos de Valencia, artículo 18 de las Normas para la modificación de los presupuestos y artículo 48 de la ley 1/2015 de 6 de febrero, LCV 2015/49 Ley de Hacienda Pública del sector público instrumental y de Subvenciones de la Comunidad Valenciana, así como la Jurisprudencia sobre incremento de créditos del personal laboral de la Administración Pública.

Solicita la parte actora en la presente demanda que se declare el derecho del personal afectado por el Convenio colectivo para empresas de exhibición cinematográfica de Valencia a percibir el importe de los nuevos trienios generados que se ha dejado de abonar desde el año 2012 y que se trata de un concepto recogido en el Convenio colectivo de aplicación, y que al personal afectado por el Convenio de oficinas y despachos se les aplique el artículo 19 de dicho Convenio referido al cambio de categoría de auxiliar administrativo a oficial administrativo una vez superado el tiempo establecido para ello pues desde el año 2012 tampoco se procede a dicho cambio de categoría. La Sentencia recurrida desestima la petición contenida en la misma alegando la necesidad de contar para ello con el informe favorable de las Consellerias que tengan asignadas competencias en materia de hacienda y función pública, conforme a las sucesivas Leyes de Presupuestos y que la demandada conforme a dichas previsiones solicitó a la Conselleria correspondiente la aprobación de la masa salarial con los incrementos correspondientes incluso los ahora reclamados en este procedimiento, sin que conste respuesta alguna de la Conselleria, por lo que debe entenderse según la normativa de aplicación que tal solicitud es desfavorable. Concluye por ello señalando que la demandada ha dado cumplimiento a la normativa de aplicación sobre las masas salariales y que aunque los gastos de personal sean un crédito ampliable se trataría de una modificación presupuestaria que también ha de ser autorizada por la Conselleria correspondiente.

Desde el año 2012, las sucesivas Leyes de Presupuestos de la Generalitat Valenciana, se vienen pronunciando sobre la necesidad de contar con el preceptivo informe favorable de la Conselleria correspondiente para proceder a determinar o modificar las condiciones retributivas del personal laboral y no funcionario al servicio de la Administración de la Generalitat y sus entidades autónomas, refiriéndose también a las sociedades mercantiles y a los entes de derecho público. Concretamente, la Ley 10/2011 de 27 de diciembre de presupuestos de la Generalitat para el año 2012 señala en su artículo 31: "Requisitos para la determinación o modificación de retribuciones del personal laboral y no funcionario. 1. Durante el año 2012 será preceptivo el informe favorable de las Consellerias que tengan asignadas las competencias en materia de Hacienda y de función pública para proceder a determinar o modificar las condiciones retributivas del personal laboral y no funcionario al servicio de la Administración de la Generalitat y sus entidades autónomas. Las sociedades mercantiles y los entes de derecho público a que se refieren el artículo 5 del texto refundido de la Ley de Hacienda Pública de la Generalitat Valenciana aprobado por el Real Decreto Legislativo de 26 de Junio del Consell, recabarán el preceptivo informe favorable de la Conselleria que tenga asignadas las competencias en materia de Hacienda. 2. A los efectos de este artículo, se entenderá por determinación o modificación de condiciones retributivas del personal no funcionario las siguientes actuaciones: a) Determinación de las retribuciones para puestos de nueva creación. b) Firmas de convenios colectivos suscritos por las personas jurídicas a que se refiere el artículo 5 del texto refundido de la Ley de Hacienda Pública de la Generalitat Valenciana aprobado por Decreto

legislativo de 26 de Junio de 1991 del Consell, así como sus revisiones, adhesiones o extensiones a los mismos. c) Aplicación del vigente Convenio colectivo del personal laboral al servicio de la Administración autonómica y de los Convenios de ámbito sectorial así como sus revisiones y las adhesiones o extensiones de los mismos. d) Fijación de las retribuciones mediante contrato individual ya se trate de personal fijo o contratado por tiempo determinado, cuando no vengan reflejadas en todo o en parte mediante convenio colectivo, con excepción del personal temporal sujeto a la relación laboral especial regulada en el artículo 2 apartado 1 letra a) del Real Decreto legislativo 1/1995 de 24 de marzo por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. No obstante se deberá facilitar información de las retribuciones de este último personal a la Conselleria que tenga asignadas las competencias en el área de hacienda. e) Otorgamiento de cualquier clase de mejoras salariales de tipo unilateral, con carácter individual o colectivo, aunque deriven de la aplicación extensiva del régimen retributivo del personal al servicio del sector público valenciano sometido a régimen administrativo”.

En el presente caso no estamos en ninguno de los supuestos a que se refiere el artículo 31 citado y a los que se refieren las sucesivas leyes de presupuestos, y si bien es cierto que es sólo a partir de las leyes de presupuestos para los años 2016 y 2017 cuando se prevé por primera vez desde el año 2012 un incremento retributivo máximo del 1% respecto de la masa salarial del año anterior y que según recoge el relato fáctico y no se ha interesado revisión del mismo por la parte actora, la empresa solicitó a la Conselleria la aprobación de la masa salarial con los incrementos correspondientes incluidos los conceptos reclamados en este procedimiento y que no se ha emitido por la Generalitat informe alguno, en este caso la parte actora no solicita un incremento retributivo que supere ese límite máximo previsto y que viene condicionado por el límite máximo previsto en las Leyes de Presupuestos Generales del Estado como parece así entenderlo la Sentencia recurrida y la parte demandada al impugnar el recurso que se refiere a la solicitud de incrementos retributivos. Lo que se interesa es en aplicación de los convenios colectivos por los que resultan afectados los colectivos a los que se refiere este conflicto colectivo, que se reconozca el derecho al devengo de los nuevos trienios que se generen como consecuencia de la mayor antigüedad de los trabajadores y al reconocimiento de la categoría que ese transcurso del tiempo prevé también para los trabajadores afectados por el Convenio de oficinas y despachos. La normativa tanto estatal como autonómica citada por la Sentencia recurrida, lo que impide es el incremento retributivo de los conceptos que devengaban los trabajadores al final de cada ejercicio, pero no a la adquisición y devengo de los nuevos conceptos a los que tienen derecho en atención a los convenios colectivos de aplicación. Ni la norma estatal ni la autonómica se refieren a la limitación en el aumento de los gastos de personal que pueden producirse por las variantes de incremento de plantilla y de la antigüedad, sino a la limitación en cuanto a los incrementos en las retribuciones entendidas en términos de homogeneidad con los dos ejercicios, el anterior y el nuevo presupuestado, señalando así en este sentido el propio artículo 24 de la Ley 48/2015 de Presupuestos Generales del Estado para 2016 relativo al personal laboral del sector público estatal: *Uno. A los efectos de la presente Ley, la masa salarial del personal laboral del sector público estatal será la definida en su artículo 19. Cuatro, con el límite de las cuantías informadas favorablemente por el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas para cada ejercicio presupuestario. Dos. Con efectos de 1 de enero de 2016 la masa salarial del personal laboral del sector público estatal no podrá experimentar un crecimiento superior al 1 por ciento, sin perjuicio de lo que pudiera derivarse de la consecución de los objetivos asignados a cada Departamento ministerial, Organismo público, resto de entes públicos, sociedades mercantiles estatales, fundaciones del sector público estatal y consorcios participados mayoritariamente por las Administraciones y Organismos que integran el sector público estatal, mediante el incremento de la productividad o modificación de los sistemas de organización del trabajo o clasificación profesional, previo el informe señalado en el apartado anterior.*

*Tampoco experimentarán incremento superior al 1 por ciento las retribuciones de cualquier otro personal vinculado mediante una relación de carácter laboral no acogido a convenio con independencia de su tipología, modalidad o naturaleza, incluido el personal directivo del sector público. Tres. Durante 2016 el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas autorizará la masa salarial de los Departamentos ministeriales, Organismos, Agencias estatales, entidades públicas empresariales y demás entes públicos y sociedades mercantiles estatales, así como la de las fundaciones del sector público estatal y la de los consorcios participados mayoritariamente por las Administraciones y Organismos que integran el sector público estatal. La masa salarial autorizada se tendrá en cuenta para determinar, en términos de homogeneidad, los créditos correspondientes a las retribuciones del personal laboral afectado. La autorización de la masa salarial será requisito previo para el comienzo de las negociaciones de convenios o acuerdos colectivos que se celebren en el año 2016. Las variaciones de la masa salarial bruta se calcularán en términos anualizados y de homogeneidad para los dos períodos objeto de comparación, tanto en lo que respecta a efectivos de personal y antigüedad del mismo, como al régimen privativo de trabajo, jornada, horas extraordinarias efectuadas y otras condiciones laborales, computándose por separado las cantidades que correspondan a las variaciones en tales conceptos. En el caso de las sociedades mercantiles y las entidades públicas empresariales, para la determinación de los conceptos de retribución variable o productividad, con independencia de su concreta denominación, operará como límite máximo la cuantía autorizada, por esos mismos conceptos, en la masa salarial de 2013 incrementada en un máximo del 1 por ciento. Lo previsto en los párrafos anteriores representa el límite máximo de la masa salarial, cuya distribución y aplicación individual se producirá, en su caso, a través de la negociación colectiva. Corresponde al Ministro de Hacienda y Administraciones Públicas, a propuesta de la Secretaría de Estado de Presupuestos y Gastos, la determinación de la forma, alcance, y los efectos del procedimiento de autorización, regulado en este apartado...". De este modo con arreglo a dicho precepto y como ha señalado la SAN de 21 de febrero del 2017, "las variaciones de la masa salarial bruta se calcularán en términos anualizados y de homogeneidad para los dos períodos objeto de comparación, tanto por lo que respecta a efectivos de personal como a la antigüedad del mismo, lo que significa que, en caso de producirse variaciones en cualquiera de los elementos que se citan, no existe obstáculo alguno para aplicar los incrementos que deriven de los cambios en cualquiera de ellos, autorizando pues los aumentos retributivos que traigan causa bien de un crecimiento del número de empleados que conforman la plantilla, ya de una elevación de su antigüedad (como la que se produce cuando con el transcurso del tiempo va progresivamente creciendo el tiempo de servicios prestados y por tal circunstancia se devenga un nuevo tramo de dicho complemento personal), respecto al ejercicio previo. Y la misma conclusión procede alcanzar en relación a los derechos de progresión de niveles de salario base y complementos regulados en los artículos 61 y 62 del II convenio de CRTVE .4-Así lo ha entendido la Jurisprudencia de la Sala Tercera del TS (S 6/03/08, Rec. 4748/03 ; 20/10/05, Rec. 797/01 ; 13/10/05, Rec. 3620/02 ; 22/09/05, Recs 5298 y 3557/01 y 19/12/05, Rec. 596/00), en la que, analizando el alcance de la proscripción de incremento de las retribuciones del personal del sector público por encima de un determinado porcentaje en los mismos términos de homogeneidad para los dos períodos objeto de comparación que establece nuestra norma presupuestaria, expresa "Si la ley hubiera querido establecer un aumento de los gastos de personal máximo del 2'1%, no habría hablado de esos términos de homogeneidad, y eso se deduce además del argumento ad absurdum que alega la recurrente, pues la antigüedad por ejemplo de quienes cumplen trienios conllevaría, o bien el incumplimiento de su pago efectivo o una disminución de las retribuciones de quienes no los cumplen. Por eso la norma ha de interpretarse en el sentido de que si cambian las condiciones de antigüedad, este concepto no puede computarse dentro del límite de gasto de personal del 2'1% citado, o lo que es lo mismo, ha de entenderse que de dicho límite*

*debe excluirse el aumento derivado de la antigüedad del personal*". De este modo entendemos no nos encontramos ante un incremento retributivo que debiera ajustarse a la limitación máxima del 1% prevista para los presupuestos de los años 2016 y 2017, y que venía prohibida en los ejercicios anteriores desde el año 2012, y además el propio artículo 18 de la Ley 11/2015 de Presupuestos de la GV para el año 2016 señala que tienen la condición de ampliables entre otros los créditos por los trienios derivados del cómputo del tiempo de servicio realmente prestado en la Administración y los créditos destinados al pago del personal en cuanto precisen ser incrementados como consecuencia de elevaciones salariales dispuestas durante el ejercicio o en ejercicios anteriores por modificación del salario mínimo interprofesional o que se deriven de la normativa vigente, por lo que con independencia del procedimiento que deba seguirse para llevar a cabo la oportuna modificación presupuestaria, ello no puede impedir que a los trabajadores afectados por el conflicto colectivo se les reconozca el derecho a los trienios como al cambio de categoría interesado en la demanda. En consecuencia, estimamos el recurso formulado, y acordamos en su lugar estimar la petición contenida en la demanda instada por los trabajadores tal y como se refleja en la parte dispositiva de esta resolución.

**CUARTO-** De conformidad con lo establecido en el artículo 235 de la Ley de la Jurisdicción Social, ante la estimación del recurso no procede la imposición de costas.

Por ello; VISTOS los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

### **FALLAMOS**

Que estimando el recurso de suplicación interpuesto por el COMITÉ DE EMPRESA DE C. SA contra la Sentencia de fecha 30 de abril del Dos Mil Dieciocho dictada por el Juzgado de lo social 4 de Valencia en autos 846/2017 seguidos a instancias de la parte recurrente frente a la empresa C. SA, sobre CONFLICTO COLECTIVO, acordamos revocar la Sentencia de instancia y en su lugar declaramos el derecho de los trabajadores adscritos al Convenio colectivo del sector de Empresas de Exhibición Cinematográfica de Valencia, a generar nuevos trienios de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 19.1.3.1 de dicho Convenio colectivo y a percibir su importe, y ello desde el año 2012; y el derecho de los trabajadores adscritos al Convenio de Oficinas y Despachos de la provincia de Valencia, a que una vez cumplido el tiempo establecido para el cambio de categoría de auxiliar administrativo a Oficial de Segunda, desde el año 2012, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 19 de dicha norma convencional, siempre que exista vacante para ello, se les reconozca dicha categoría profesional superior.

Sin costas.

## 2412

**Sentencia núm. 2.578, de 13 de setembre de 2018**

**Materia: Sanción. Impugnación. Trabajadora con contrato indefinido a tiempo completo que presta sus servicios como gobernanta en empresa hostelera. A la actora le es de aplicación el convenio colectivo provincial de la hostelería. Expediente disciplinario. Sanción por falta muy grave. Revocación de sanción. Indemnización por daños y perjuicios sufridos por la trabajadora. Estimación**

**Juzgado: Estima la demanda declarando nula por vulneración del derecho fundamental de libertad sindical la sanción impuesta a la demandante, condenando a la empresa demandada a abonar a la actora determinada cantidad en concepto de daños y perjuicios como consecuencia de tal vulneración.**

**Sala: Estima parcialmente el recurso modificando el importe de la indemnización por daños y perjuicios, confirmando la sentencia de instancia respecto al resto de los pedimentos de la demanda.**

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

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** 1. El recurso interpuesto, que ha sido impugnado de contrario, se estructura en siete motivos. Los cinco primeros se formulan al amparo de lo dispuesto en el artículo 193.b) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LJS), propugnando: A) Se revise el hecho probado segundo otorgándole esta redacción: “La demandante es delegada de personal por el sindicato UGT, junto con otros dos compañeros M.F.F. y A.G.E. (no controvertido)”. B) Se adicione un nuevo ordinal al relato histórico del siguiente tenor: “HECHO PROBADO TERCERO-BIS.- “Con fecha 26 de enero de 2017 la Dirección Grupo B. Hoteles recibió escrito de la misma fecha de la empresa SERVICIOS LAVANDERÍA – L.N., S.L., por los hechos que constan en doc.nº 1 el Ramo prueba parte demandada, actual folios 44 a 45 ramo prueba documental, que se da por reproducido en su integridad, y que venía a comunicar entre otros el último incidente grave que ha tenido conocimiento la Dirección de la lavandería del siguiente tenor literal: “El último incidente grave que ha tenido conocimiento la Dirección de la lavandería ha sido el ocurrido el pasado día 20-12-2016 sobre las 14.15 h con nuestro trabajador D. P.L.. Cuando prestaba sus servicios en el Hotel, sin causa o motivo que lo justifique, recibió por parte de la Gobernanta insultos como “sinvergüenza, caradura, tonto, imbécil” y profirió frases discriminatorias como “vete a tu país” y “no tienes derecho a tu trabajo”. C) Se revise el hecho probado quinto otorgándole esta redacción: “Con fecha de 27 de febrero de 2017 por el instructor del expediente disciplinario se remitió escrito a la demandante en el que se aclaraban los hechos imputados, a la vista de las alegaciones formuladas por la actora (documento nº6 demandada), (actual folio nº 50) “En el mismo escrito de aclaración entregado, consta que se le concede un nuevo plazo de otros 10 días hábiles, para poder formular las alegaciones que en su descargo considere”. D) Se añada al final del hecho probado séptimo el particular siguiente: “La demandante doña M.Y.B. a fecha del acto del juicio, no le ha sido comunicado el cumplimiento de la sanción de empleo y sueldo de 16 días”. E) Se suprima el hecho probado décimo.

2. Las revisiones interesadas deben seguir la siguiente suerte: A) La primera y la cuarta se aceptan a efectos fundamentalmente aclaratorios como se verá, pues así se deduce directa e inmediatamente de la documental que refiere. B) Las demás no deben prosperar por las razones respectivas siguientes: a) La segunda porque ni consta la autenticidad de la comunicación en que se basa, y que como se indica al

principio de la misma y fue tenido en cuenta al tratarse de la excepción de prescripción en el fundamento de derecho segundo de la resolución recurrida, cuando señala que “...En el caso que nos ocupa, si bien por la empresa se afirma que tuvo primer conocimiento de los hechos el día 26 de enero de 2017, a través de una carta remitida por la empresa de lavandería a la misma, lo cierto es que por el testigo J.V., encargado de reparto de la empresa de lavandería, se afirma que el mismo día del incidente de la demandante con el trabajador P.L. se llamó telefónicamente a dirección de la empresa demandada para poner en conocimiento los hechos ocurridos con el trabajador. Esto viene ratificado por el propio tenor de la carta que consta en el documento nº1 de la demandada, en el que al comienzo se indica que la misma se remite "tras las conversaciones telefónicas mantenidas al respecto con la dirección de la empresa", lo que contradice lo manifestado por la demandada en su contestación referente a que la primera noticia que tuvieron de los hechos fue a través de la citada carta de queja de la empresa de lavandería, pues en la misma carta se hace referencia a previas conversaciones telefónicas con la misma...”, b) La tercera porque sería redundante con lo indicado en el propio ordinal cuya modificación se postula y que alude al escrito dirigido a la demandante “en el que se aclaraban los hechos imputados, a la vista de las alegaciones formuladas por la actora (documento nº6 demandada)”, c) La quinta porque no se deduce directa e inmediatamente de la documental que refiere, que por otra parte abona el tenor del propio hecho probado según la redacción indicada, y que procede de la testifical aludida en el propio hecho probado, cuya valoración debería prevalecer de acuerdo con el principio general contenido en el artículo 97.2 de la LJS.

**SEGUNDO.-** 1. Los dos últimos motivos de recurso se formulan al amparo del artículo 193.c) de la LJS, denunciando: A) Infracción del artículo “42 (prescripción) del Texto Articulado del V Acuerdo laboral de ámbito estatal del sector de hostelería, en relación al art.60.2 del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores”. B) Infracción del “art.40.6) del Texto Articulado del V Acuerdo laboral de ámbito estatal del sector de hostelería”. C) Infracción de los “art. 15 LOLS en relación del art.115.d) LRJS y art. 14 CE, todos ellos por su aplicación indebida, así como la jurisprudencia por todas SSTC 293/1993, de 18 de octubre, por cuanto no ha resultado de los hechos declarados probados no se acredita que la sanción de suspensión de empleo y sueldo de 16 días impuesta a la trabajadora haya tenido como móvil alguna de las causas de discriminación prevista en la Constitución, o se haya producido con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador, de la reincidencia de los actos, etc., sino todo lo contrario. Así mismo entiendo infringido el Artículo 179.3 de la LRJS por cuanto la redacción de la demanda, además de los requisitos generales establecidos en la presente Ley, deberá expresar con claridad los hechos constitutivos de la vulneración, el derecho o libertad infringidos y la cuantía de la indemnización pretendida, en su caso, con la adecuada especificación de los diversos daños y perjuicios, a los efectos de lo dispuesto en los artículos 182 y 183, y que, salvo en el caso de los daños morales unidos a la vulneración del derecho fundamental cuando resulte difícil su estimación detallada, deberá establecer las circunstancias relevantes para la determinación de la indemnización solicitada, incluyendo la gravedad, duración y consecuencias del daño, o las bases de cálculo de los perjuicios estimados para el trabajador”. D) Infracción del “art 183 de la LRJS, por cuanto la sentencia que declare la existencia de vulneración, el juez deberá pronunciarse sobre la cuantía de la indemnización que, en su caso, le corresponda a la parte demandante por haber sufrido discriminación u otra lesión de sus derechos fundamentales y libertades públicas, en función tanto del daño moral unido a la vulneración del derecho fundamental, como de los daños y perjuicios adicionales derivados. Del mismo modo, cuando se presume la existencia del daño moral y nace el derecho a la indemnización del mismo, su cuantía debe cifrarse ponderando las circunstancias concurrentes en cada caso, naturaleza de la lesión y período de tiempo que duró el comportamiento. En la STS de 22/07/1996, recurso nº 3780/1995, puntualizando las anteriores de

9/06/1993 y 8/05/1995, se señala que no basta con que quede acreditada la vulneración de la libertad sindical o la vulneración de un derecho fundamental, para que el juzgador tenga que condenar automáticamente a la persona o entidad conculcadora al pago de una indemnización, pues es obligado que el demandante alegue en su demanda las bases y elementos clave de la indemnización que reclame, que justifique que la misma corresponde ser aplicada al supuesto concreto de que se trate y las pertinentes razones que avalen y respalden dicha decisión”.

2. Argumenta en síntesis que la empresa tuvo conocimiento “objetivo” de los hechos sucedidos entre la demandante y el trabajador de la lavandería por el escrito recibido el día 26 de enero de 2017 (folios 44 y 45), por lo que desde dicho día (dies a quo del plazo prescriptivo) no había transcurrido el plazo de prescripción de 60 días cuando se incoa el expediente disciplinario, resultando procedente la sanción impuesta al haberse acreditado que la actora tuvo un grave incidente el día 21-12-2016 con el personal de reparto de la lavandería L.N., SL, “por los hechos y fundamentos que constan “en el escrito de conclusiones emitido por el Instructor, así como de la documental obrante en autos” (ramo de prueba folios 44 y 45); que no guarda conexidad la falta imputada con la declaración posterior de vulneración del derecho de libertad sindical, al resultar patente las causas por las que la empleadora procedió a la incoación de expediente disciplinario y posterior sanción, de acuerdo con la relación de hechos que efectúa, no procediendo inversión de la carga de la prueba, habiéndose infringido por aplicación indebida “el art. 96 de la LRJS, en relación a la jurisprudencia (SSTC 293/1993, de 18 de octubre), y art. 181.2 LRJS por su aplicación incorrecta por cuanto el demandado ha efectuado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad, y por tanto su carácter totalmente ajeno a todo propósito atentatorio del derecho a la libertad sindical”, incidiendo en que el Ministerio Fiscal solicitó la desestimación de la demanda en cuanto a la vulneración del derecho fundamental invocado; y que subsidiariamente, respecto de la indemnización concedida por los daños y perjuicios causados, no basta con que quede acreditada la vulneración de un derecho fundamental, sino que es necesario la alegación adecuada de las bases y elementos clave de la indemnización reclamada, que justifique suficientemente que la indemnización corresponde, dando las pertinentes razones que avalen y respalden esa decisión, y que queden acreditados indicios o puntos de apoyo suficientes en los que se pueda asentar la condena, incidiendo por último en que la sentencia tampoco razona o justifica la proporcionalidad de la indemnización si se compara su cuantía con la de la sanción impuesta (980,784€), por lo que solicitaba la revocación de la indemnización de daños y perjuicios concedida o subsidiariamente se pondere la misma proporcionalmente a la cuantía indicada de 980,784€, o a lo que en Derecho se considere corresponda.

3. Del relato histórico de la sentencia de instancia y datos de hecho contenidos en su fundamentación jurídica destacamos: A) Dña. M.Y.B.S. presta servicios para E. S.A. con una antigüedad de 21/2/1994, con la categoría de GOBERNANTA, con un salario de 1.838,97 euros/mes, con prorrata de pagas extraordinarias (60,45 euros/mes). Siendo delegada de personal por el sindicato UGT. B) En fecha de 22-2-2017 se incoó por la demandada expediente disciplinario contra la demandante por los hechos que constan en el documento nº2 de la demandada que se da por reproducido, designando como instructor del expediente a D. D.O.F. Con fecha de 24 de febrero de 2017 por la trabajadora se remitió a la empresa escrito de alegaciones y con fecha de 27 de febrero de 2017 por el instructor del expediente se remitió escrito a la demandante en el que se aclaraban los hechos imputados, a la vista de las alegaciones formuladas por la actora. Elaborándose en 27 de marzo de 2017 informe por el instructor del expediente, en el que indicaba como actuaciones instructoras realizadas la entrevista con D. J.V.S. ( encargado de repartidores de servicios de lavandería L.N. S.L.) y llamada telefónica a P.L. Ninguno de los testigos que presenciaron los hechos acaecidos (tales como F.C., I.L., y R.M.E.) fue llamado por el instructor del expediente disciplinario para investigar lo sucedido, sino únicamente a J.V., encargado de la empresa de lavandería que era un mero testigo de referencia por

lo que le había contado el trabajador de la misma P.L. y que a su vez en su declaración testifical ante la sala no manifiesta haber tenido conflicto personal con la actora. C) El día 6 de abril de 2017 se notificó a la trabajadora escrito de sanción, fechada el día 5 de abril de 2017, en la que se le impone la sanción de suspensión de empleo y sueldo de 16 días, por la comisión de una falta muy grave prevista en el art. 40.6 C. colectivo estatal en relación con el 54.2 ET, por los siguientes hechos: "PRIMERO.- La dirección de la empresa ha podido constatar que el día 20-12-2016, Ud, de forma y manera reiterada, profirió insultos e improperios tales como "sinvergüenza, caradura, imbécil, no tienes derecho a tu trabajo, vete a tu país, etc. a D. P.L., trabajador de la empresa Servicios de Lavandería L.N. S.L., cuando éste se encontraba efectuando la carga y descarga de los cambios de ropa del Hotel B.C. SEGUNDO.- Esta conducta ha sido reiterada con anterioridad con el personal de la empresa Lavandería L.N.S.L., concretamente con los trabajadores D. D.K., V.G. y J.V.S., con los mismos insultos. TERCERO.- Su conducta ha provocado que el proveedor Lavandería L.N.S.L. ejerza la consiguiente protesta y amenaza sería de dejar de prestar sus servicios para esta empresa, lo cual conlleva un grave menoscabo operativo, así como un perjuicio económico. De hecho permaneció unos días sin realizar el servicio". D) El día 20 de diciembre de 2016 no hubo ningún incidente entre la demandante y P.L., trabajador de la empresa de lavandería (declaración demandada y testificales de P.L., R.M.E. F.C.). E) El día 21 de diciembre de 2016 acudió al hotel a recoger la ropa el trabajador de la lavandería P.L., el cual procedió a contar las piezas de ropa sucia que se tenía que llevar sin estar presente personal del Hotel. Requerido por la demandante para que procediera de nuevo a contar las prendas entregadas en presencia de la misma, sacando las prendas que ya había guardado, el mismo se negó, elevando la voz a la demandante, motivo por el cual fue llamado F.C., que hace las veces de director del Hotel, por la subgobernanta I.L, a la que avisó la demandante. Ninguna de las personas presentes en el incidente manifestó haber escuchado insulto alguno dirigido por la Sra. B. al Sr. L. Lejos de ello, afirman los testigos que era el Sr. L. el que elevó la voz y el que mantenía una actitud beligerante, reconociendo el mismo que efectivamente levantó la voz, siendo incapaz en su declaración testifical de reproducir los insultos que afirma que la demandante le dirigió. El director, ante la negativa del trabajador de la lavandería, le explicó que existía un protocolo para la entrega de las prendas a lavar que obligaba a contar las mismas en presencia de un empleado de la lavandería y otro del hotel (declaración demandada, testifical de F.C., I.L., R.M.E. y P.L.). F) Conforme al protocolo de servicios de Lavandería L.N. S.L. y Hotel B.C., a la recogida de las prendas sucias como a la entrega de las limpias deberá estar presente junto al repartidor de la lavandería una persona indicada por el Hotel (documento nº8 demandante). G) El día 21 de diciembre de 2016 por el responsable de Lavandería L.N. S.L., J.V., se llamó telefónicamente a dirección de la empresa demandada para poner en conocimiento los hechos ocurridos con el trabajador P.L. (testifical de D.O., documento nº1 demandada). H) Por la empresa Lavandería L.N. S.L., no se dejó de prestar servicio ningún día de los meses de diciembre 2016 y enero 2017 (documentos 10 a 70 de la actora). I) La demandante ha participado activamente, en su condición de delegada de personal, en las reivindicaciones de las auxiliares y negociaciones de las mismas con la empresa para su calificación profesional como camareras de pisos (testificales I.L., R.M.E. y D.O). Fruto de las negociaciones en las que participó la demandante, se obtuvo un acuerdo con la empresa en la que la misma se comprometía a dicha clasificación, con la consiguiente mejora salarial, si bien diferida en el tiempo. J) El día 22 de febrero de 2017 se celebró una reunión con las auxiliares de limpieza, en la que estaba asimismo presente la demandante, en la que las mismas procedieron a firmar un anexo de su contrato, que llevaba fecha de 2 de enero de 2017, en el que llegaban a un acuerdo con la empresa respecto de la clasificación profesional de las mismas (documento nº 9 que se da por reproducido y testificales de I.L, R.M.E. y D.O.). Terminada dicha reunión se hizo entrega a la demandante el pliego de cargos del expediente disciplinario (F.C. y D.O.).

4. Con tales antecedentes se impone la desestimación de ambos motivos, salvo lo que se dirá respecto del montante indemnizatorio, pues aunque no

apreciáramos la prescripción invocada y admitida por la sentencia de instancia, prescripción, que desde luego tiene carácter sustantivo y no procesal, y que desde el punto de vista del Derecho privado sería tributaria en su caso de la existencia de la falta, es lo cierto que no se ha acreditado la existencia de incumplimiento contractual alguno por la trabajadora, por lo que atendiendo a lo declarado por ejemplo por la sentencia del Tribunal Constitucional 138/2006 de 8 de junio, a partir del panorama indiciario acreditado por el trabajador (La demandante ha participado activamente, en su condición de delegada de personal, en las reivindicaciones de las auxiliares y negociaciones de las mismas con la empresa para su calificación profesional como camareras de pisos ( testificales I.L., R.M.E. y D.O.). Fruto de las negociaciones en las que participó la demandante, se obtuvo un acuerdo con la empresa en la que la misma se comprometía a dicha clasificación, con la consiguiente mejora salarial, si bien diferida en el tiempo...El día 22 de febrero de 2017 se celebró una reunión con las auxiliares de limpieza, en la que estaba asimismo presente la demandante, en la que las mismas procedieron a firmar un anexo de su contrato, que llevaba fecha de 2 de enero de 2017, en el que llegaban a un acuerdo con la empresa respecto de la clasificación profesional de las mismas (documento nº 9 que se da por reproducido y testificales de I.L., R.M.E. y D.O.). Terminada dicha reunión se hizo entrega a la demandante el pliego de cargos del expediente disciplinario), consideramos a partir de los hechos resumidos en el apartado 3 de este fundamento jurídico, que la sanción impuesta lo fue por la actividad sindical desarrollada, por cuanto como el Tribunal Constitucional viene indicando, así en sentencia 138/2006, de 8 de junio (rec.4609/2002) "la naturaleza disciplinaria de lo imputado no neutraliza indicio alguno. Tiene sólo una dimensión normativa y apriorística, que ha de someterse a la práctica probatoria correspondiente, en la que se deduce no ya la caracterización abstracta de la causa...invocada en la carta ...sino su concreción efectiva en el caso" (STC 41/2006, de 13 de febrero, FJ 7 . Lo contrario supondría hacer depender la neutralización del indicio de prueba aportado por el trabajador simplemente de la mayor o menor habilidad para "construir" unos aparentes motivos...relevantes y proporcionados a la decisión adoptada. En la resolución judicial de instancia, el órgano judicial ha estimado que la prueba practicada resultó insuficiente para demostrar la realidad de las infracciones atribuidas al trabajador, tanto en lo que se refiere a la prueba documental aportada como a la prueba testifical. Siendo ello así, resulta irrelevante a los efectos analizados cuáles fueran las imputaciones realizadas en la carta..., pues respecto de ninguna de ellas se ha acreditado su realidad y, por lo tanto, en ningún caso pueden evidenciar conducta irregular alguna del trabajador...", de ahí que, como en el caso que dio lugar al amparo de referencia, la falta de prueba por la empresa de que su decisión respondiera a causas reales absolutamente extrañas a la vulneración de derechos fundamentales denunciada por el demandante de amparo, deba otorgarse plena operatividad a los indicios aportados para declarar la lesión del derecho fundamental.

5. Respecto de la indemnización otorgada, atendiendo a la doctrina jurisprudencial contenida en las sentencias del Tribunal Supremo de 17 de siembre de 2013 y de 5 de octubre y 29 de noviembre de 2017, en relación con las circunstancias del caso (al respecto no de un despido sino de una sanción pecuniaria que no ha sido definitivamente impuesta) consideramos prudencialmente que una indemnización de 2.000 euros es suficiente para resarcir a la víctima y para restablecer a ésta, en la medida de lo posible, en la integridad de su situación anterior a la lesión, así como para contribuir a la finalidad de prevenir el daño (arts. 179.3 y 183.2 LJS), pues la oposición a la pretensión ejercitada entendemos comprendía el quantum indemnizatorio.

**TERCERO.-** Corolario de todo lo razonado será la estimación parcial del recurso interpuesto,, y consiguiente revocación de la sentencia impugnada, exclusivamente en lo atinente al montante de la indemnización reconocida. Sin costas, dado el signo del fallo (artículo 235.1 de la LJS).

## **FALLO**

Estimamos en parte el recurso de suplicación interpuesto en nombre de E.S.A., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Benidorm el día 26 de marzo de 2018 en proceso de sanción con vulneración de derechos fundamentales, seguido a instancia de Dña. M.Y.B.S. frente a E.S.A., con intervención del Ministerio Fiscal y revocamos la expresada sentencia en el exclusivo sentido de sustituir el importe de la indemnización concedida por la cantidad de 2.000 euros, confirmándola en lo demás.

Sin costas.

## 2413

### **Sentencia núm. 2.613, de 18 de setembre de 2018**

**Materia: Reclamación de cantidad. Trabajador que presta sus servicios en UTE demandada con determinada categoría profesional. El actor es declarado afecto de una incapacidad permanente total para el ejercicio de su profesión habitual por accidente de trabajo. El actor solicita determinada cantidad en concepto de prestación indemnizatoria por aplicación de lo dispuesto en convenio colectivo. Diferenciación mejoras convenio colectivo estatal y convenio colectivo sectorial. La empresa donde presta sus servicios tiene contratada una póliza de seguro por la cantidad reclamada por muerte e invalidez permanente absoluta.**

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

**Sala: Estima el recurso condenando a las empresas codemandadas, por responsabilidad solidaria (UTE), al pago de la indemnización solicitada en la instancia. Se absuelve a la empresa aseguradora del abono de la cantidad reclamada, al no tener contratada con esta el supuesto de invalidez permanente total sino absoluta.**

**Ponente: Ilma. Sra. D<sup>a</sup>. María Isabel Sáiz Areses.**

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-** D. J.M.C.S. interpone su día demanda contra la empresa D.A. UTE, A.A. SA, C.SA, NECSO SA Y G.E. SEGUROS Y REASEGUROS en ejercicio de acción de Reclamación de cantidad, solicitando que se condene a los demandados al pago de 30.000 euros en concepto de prestación indemnizatoria por declaración de incapacidad permanente total por aplicación de lo dispuesto en el artículo 55 del Convenio colectivo estatal con la mejora prevista en el artículo 28 del Convenio colectivo provincial de Alicante.

La sentencia de instancia desestima la demanda y frente a dicho pronunciamiento se alza la parte actora interponiendo recurso de suplicación y solicitando, previa estimación del mismo que se revoque la Sentencia recurrida y se condene a la parte demandada a lo interesado en el suplico de la demanda. Las Entidades D.A. UTE y G.E. impugnaron el recurso.

**SEGUNDO.-** Para ello la parte recurrente formula un único motivo de recurso al amparo del apartado c) del artículo 193 LRJS denunciando la infracción de las normas sustantivas o de la Jurisprudencia. Se alega así por la parte actora recurrente que se ha vulnerado por la Sentencia recurrida el artículo 1091 código civil en relación con los artículos 3-1, 1288 y 1285 del mismo cuerpo legal, artículo 3-3 ET y artículos 9, 10 y 55 del V convenio colectivo Estatal de las Industrias de captación, elevación, conducción tratamiento, distribución, saneamiento y depuración de aguas potables y residuales por considerar que la interpretación que se realiza de los mismos es errónea.

Conforme al relato fáctico de la sentencia, el actor que prestaba servicios para la UTE demandada, fue declarado en situación de incapacidad permanente total para su profesión habitual derivada de accidente de trabajo, habiendo tenido lugar el mismo el 27-3-2013. El Convenio colectivo estatal de Industrias de captación, elevación, conducción, tratamiento, distribución, saneamiento y depuración de aguas potables y residuales que no se discute es de aplicación a la actividad de las empresas

demandadas, señala dentro del capítulo denominado PRESTACIONES SOCIALES y en concreto en su artículo 55, que para el personal afectado por el presente convenio colectivo de trabajo, la empresa contratará un seguro de accidentes de trabajo con las siguientes garantías y capitales asegurados: en el caso de incapacidad permanente total, incapacidad permanente absoluta, gran invalidez o fallecimiento, derivados de accidente laboral o enfermedad profesional, la indemnización será de 24.000 euros a partir de la publicación del convenio colectivo en el B.O.E. y durante toda la vigencia del convenio colectivo. En los supuestos de muerte, la indemnización establecida se abonará a los herederos/as legales del trabajador o trabajadora, salvo que existan personas beneficiarias designadas expresamente por la persona fallecida. Al amparo de tal precepto del convenio colectivo estatal la parte actora reclama la indemnización derivada de la incapacidad permanente que le ha sido reconocida si bien en el importe que se recoge en el Convenio colectivo del sector de las empresas de captación, elevación y conducción de aguas de la provincia de Alicante que en su artículo 28 referido igual que el antes artículo 55 citado, al Seguro colectivo de accidentes, establece que “se suscribirá una póliza de seguro colectivo a favor del/de la trabajador/a que garantice la cantidad de 30.000 euros en caso de muerte, incapacidad permanente absoluta, invalidez absoluta y Gran invalidez, derivadas de accidente laboral o extra laboral y enfermedad profesional”.

La Sentencia de instancia considera que como el artículo 10 del Convenio colectivo estatal establece que los convenios sectoriales podrán regular la concreción y aplicación de conceptos retributivos así como los importes de las percepciones económicas y otros conceptos sociales, y el Convenio colectivo estatal se aplicará en defecto de convenio sectorial, como en el presente caso el convenio sectorial regula expresamente el seguro colectivo de accidentes debe estarse al contenido del mismo que no prevé indemnización por la incapacidad permanente total y es por ello por lo que desestima la demanda. El artículo 9 del Convenio colectivo estatal antes referido regula la estructura de la negociación colectiva en el sector señalando que “ 1. El presente convenio colectivo ha sido negociado al amparo de lo dispuesto en el artículo 83.2 del Estatuto de los Trabajadores y articula la negociación colectiva en el sector de las industrias del ciclo integral del agua que queda estructurada de la siguiente manera: 1º.- El nivel estatal, representado por el presente convenio colectivo, que regula las condiciones de trabajo de aplicación en todo su ámbito de afectación con la vigencia que se establece en el mismo. 2º.- Los niveles territoriales de ámbito autonómico o provincial, que podrán desarrollar las materias propias de su competencia, así como aplicar, en dichos ámbitos los acuerdos sectoriales de ámbito estatal que puedan convenirse durante la vigencia del presente convenio. 3º.- Los niveles de empresa o de ámbito inferior. 2. Las relaciones entre los diferentes niveles convencionales mencionados en el apartado anterior se someterán a las reglas previstas en la normativa vigente.” Por su parte el artículo 10 recoge las reglas de articulación de materias entre los niveles de negociación de carácter sectorial señalando que “1. La articulación de competencias negociadoras entre los niveles de negociación de carácter sectorial se regirá por las reglas siguientes: A) Al convenio colectivo sectorial de ámbito estatal le corresponde regular, con criterios de exclusividad, las siguientes materias: -Estructura de la negociación colectiva en el sector. -Modalidades de contratación. -Períodos de prueba. -Sistema de clasificación profesional, sin perjuicio de su desarrollo y de las normas de adaptación que se establezcan en los niveles sectoriales inferiores. -Régimen disciplinario. -Normas mínimas en salud laboral y prevención de riesgos laborales -Orientaciones generales en materia de igualdad entre hombres y mujeres. -Criterios generales de establecimiento y aplicación de cláusulas de descuelgue. -Subrogación empresarial en el ámbito del sector. -Estructura salarial de todo el sector, sin perjuicio de su adaptación a las particularidades de cada empresa. B) Los convenios sectoriales de ámbito territorial inferior podrán regular, entre otras, las materias siguientes: -La concreción y aplicación de los conceptos retributivos, así como los importes de las percepciones económicas y de otros conceptos sociales. -Licencias, permisos y

excedencias. -Normas generales de ordenación del trabajo y productividad. - Jornada anual, vacaciones y descansos. -Compensaciones por trabajos de duración superior a la jornada, por disponibilidad y por horas extraordinarias. -Cualquier otra materia no regulada en el convenio colectivo estatal. 2. Las materias mencionadas en el apartado A) del número anterior no podrán ser objeto de negociación por los niveles sectoriales inferiores. 3. Los convenios sectoriales de ámbito territorial autonómico o provincial podrán negociar cualesquiera materias distintas de las reservadas a la exclusiva competencia del convenio estatal y, en consecuencia, dichas materias se aplicarán en sus propios términos. Respecto de la estructura salarial del sector se acuerda lo siguiente: a) Aplicar, al amparo de lo dispuesto en el artículo el artículo 83.2 del Estatuto de los Trabajadores, la estructura retributiva que se desarrolla en este convenio colectivo estatal a los nuevos convenios colectivos sectoriales de ámbito inferior, ahora inexistentes, que puedan aparecer en el futuro. b) Adaptar progresivamente la estructura salarial de los convenios colectivos sectoriales de ámbito inferior ya existentes a la estructura salarial de este convenio. 4. El presente convenio estatal se aplicará en defecto de convenio sectorial de ámbito territorial inferior, o en las materias en las que dichos convenios se remitan al mismo. Será asimismo de carácter supletorio respecto de cualesquiera otras materias en las que pudiera existir vacío de regulación.” Con arreglo a reiterada Jurisprudencia, para interpretar las estipulaciones de los convenios y acuerdos colectivos han de aplicarse de modo combinado las reglas de interpretación de las normas y las de los contratos. El criterio hermenéutico de preferente aplicación es la literalidad de las palabras o las cláusulas, y sólo cuando éstas ofrezcan dudas de comprensión, se tendrá en cuenta la intención de los contratantes manifestada tácitamente en los actos coetáneos y posteriores. En este sentido se ha pronunciado la Sala IV del Tribunal Supremo, en sentencia de 10 de noviembre de 2016 (RJ 2016, 5620) (Rec. 290/2015) -entre otras- que resume su doctrina reiterada en los siguientes términos: "hemos señalado que: a) el carácter mixto del Convenio Colectivo -norma de origen convencional/ contrato con eficacia normativa- determina que su interpretación ha de atender tanto a las reglas legales atinentes a la hermenéutica de las normas jurídicas, como a aquellas otras que disciplinan la interpretación de los contratos, esto es, los Arts. 3, 4 y 1.281 y 1.289 del CC; b) la interpretación de un Convenio Colectivo ha de combinar los criterios de orden lógico, gramatical e histórico, junto con el principal de atender a las palabras e intenciones de los contratantes; c) las normas de interpretación de los Arts. 1.282 y siguientes del CC tiene carácter de subsidiariedad en su aplicación, de forma que cuando la literalidad de las cláusulas de un contrato sean claras, no son de aplicación otras diferentes que las correspondientes al sentido gramatical; o dicho de otro modo, el Art. 1.281 del CC consta de dos párrafos, que persiguen la doble finalidad de evitar que se tergiverse lo que aparece claro, o que se admita, sin aclarar lo que se ofrezca oscuro, siendo factor decisivo de interpretación, en el primer supuesto las palabras empleadas, y en el segundo la intención evidente de los contratantes. En el mismo sentido, entre otras muchas, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de 20 de julio de 2016 (RJ 2016, 4418) (Rec.197/2015). En esta materia de interpretación de cláusulas de convenios y acuerdos colectivos, la doctrina jurisprudencial atribuye un amplio margen de apreciación a los órganos jurisdiccionales de instancia ante los que se ha desarrollado la actividad probatoria relativa a la voluntad de las partes y a los hechos concomitantes. Prevalencia interpretativa que se excluye, sin embargo, cuando la conclusión obtenida no sea racional ni lógica o cuando ponga de manifiesto la notoria infracción de alguna de las normas que regulan la exégesis contractual (entre las últimas, SSTS 11/11/10 -rco 239/09 (RJ 2010, 8833)-; 17/11/10 (RJ 2010, 9167) -rco 195/09-; 22/11/10 (RJ 2011, 1202) -rco 19/10-; 16/12/10-rco 44/10 (RJ 2011, 1595)-; y 18/01/11 -rco 83/10 (RJ 2011, 251) -); o, más concretamente, cuando no supere un «juicio de razonabilidad» (SSTS 26/04/07 (RJ 2007, 3990) -rco 62/06-; 27/06/08 - rco 107/06 (RJ 2008, 4341)-; 22/04/09 -rco 51/08-; y 05/04/10 (RJ 2010,1482) -rco 119/09-). Partiendo de tales criterios jurisprudenciales, en este caso como hemos señalado el Convenio colectivo estatal citado regula la estructura de la negociación colectiva y las reglas de

articulación de materias entre los niveles de negociación de carácter sectorial y si bien en el artículo 10 no recoge como materias de regulación exclusiva por el convenio estatal las prestaciones sociales, al recoger las materias que puede regular el convenio sectorial señala entre otras la concreción y aplicación de los conceptos retributivos, así como los importes de las percepciones económicas y de otros conceptos sociales. Y precisamente del contenido del artículo 28 del Convenio sectorial se desprende que eso es lo que hace dicho convenio, así concretar el importe de conceptos sociales que ya vienen regulados en el convenio colectivo estatal, como lo es la mejora voluntaria derivada de la incapacidad permanente. Dicho artículo recoge al igual que el convenio estatal la obligación de suscribir un seguro colectivo por la empresa, y amplía el importe a abonar a los trabajadores en las situaciones que regula, pues se fija en el convenio sectorial la suma de 30.000 euros a diferencia del convenio estatal que fija la suma de 24.000 euros. Dicho convenio sectorial al indicar los supuestos garantizados con el seguro colectivo de accidentes hace constar el caso de muerte, incapacidad permanente absoluta, invalidez absoluta y gran invalidez derivadas de accidente laboral o extra laboral y enfermedad profesional. Como indica la parte recurrente el supuesto de la incapacidad permanente absoluta y el de la invalidez absoluta a los que hace referencia dicho precepto como si se tratara de dos supuestos diferentes, se trata en realidad del mismo caso, pues no recoge la normativa de Seguridad Social un supuesto de invalidez absoluta y otro de incapacidad permanente absoluta y de hecho con arreglo a la normativa reguladora de la Seguridad Social, desde el año 1994 LGSS la denominación que debe darse a dichas situaciones es la de incapacidad y no la de invalidez. Derivado de ello y dado que precisamente el artículo 55 del convenio colectivo estatal recoge entre los supuestos afectados por el seguro colectivo de accidentes, la incapacidad permanente absoluta, la total y la Gran Invalidez, así como la muerte, debemos entender que el convenio sectorial quiso referirse a esos mismos supuestos de incapacidad permanente absoluta, total, Gran invalidez y muerte, y que lo único que hace es concretar el importe a asegurar mejorando a los trabajadores pues fija la suma de 30.000 euros. Esa es la interpretación más acorde con lo previsto en los artículos 9 y 10 del convenio estatal y conforme a los criterios teleológicos, sistemáticos y poniendo en relación las cláusulas de uno y otro convenio, siendo además de todo punto ilógico recoger como supuestos diversos, situaciones idénticas, revelando ello que se quiso mejorar a los trabajadores no sólo en los casos de incapacidad permanente absoluta sino también en el caso de incapacidad permanente total. Por ello consideramos que la interpretación literal de los preceptos de ambos convenios que realiza la Sentencia de instancia no es ajustada a derecho y que es más acorde la pretendida por el trabajador entendiéndolo que conjugando la previsión sobre mejoras voluntarias del Convenio estatal y la prevista en el convenio sectorial, tiene derecho el trabajador declarado en situación de incapacidad permanente total a la indemnización interesada de 30.000 euros prevista en el artículo 28 del convenio sectorial y como las empresas sólo han asegurado con la aseguradora demandada la contingencia de incapacidad permanente absoluta y no la total, son dichas empresas de forma solidaria al tratarse de una Unión temporal de empresas las que vienen obligadas a abonar dicha indemnización y no la empresa aseguradora a la que ninguna responsabilidad se le puede imputar en el abono de la suma reclamada. La empresa no ha asegurado como así le incumbía, las contingencias previstas en los convenios colectivos de aplicación y derivado de ello es la misma la que debe responder del incumplimiento de tal normativa convencional y a la que le corresponde por lo tanto abonar la indemnización al trabajador, procediendo en consecuencia la absolución de la entidad aseguradora demandada.

**CUARTO.-** En aplicación de lo dispuesto en el Art. 235.1 LRJS (L 36/11) (RCL 2011, 1845), no procede la condena en costas dada la estimación del recurso. Por ello;

VISTOS los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

## **FALLAMOS**

Que estimando el recurso de suplicación interpuesto por D. J.M.C.S. contra la Sentencia de fecha ocho de Junio del Dos Mil Diecisiete dictada por el Juzgado de lo Social 6 de Alicante en autos 385/2015 seguidos a instancias del recurrente frente a la entidad D.A.UTE, G.E. SA DE SEGUROS Y REASEGUROS, A.A.SA, C. SA Y NECSO. SAL sobre RECLAMACIÓN DE CANTIDAD debemos de revocar dicha Sentencia acordando en su lugar estimar la demanda condenando a las empresas demandadas de forma solidaria a abonar al actor la suma de 30.000 euros, absolviendo a la aseguradora G.E. SEGUROS Y REASEGUROS de los pedimentos de la demanda.

Sin costas.

## 2414

**Sentencia núm. 2.879, de 8 de octubre de 2018**

**Materia: Conflicto colectivo: Abono complemento salarial de antigüedad. El conflicto afecta a la totalidad de la plantilla de los trabajadores fijos discontinuos de la empresa dedicada a la actividad de limpieza. Adjudicación contrata de limpieza a favor de empresa demandada. Error en la confección de nóminas. Ventaja social. La plantilla de los trabajadores viene recibiendo esa mejora desde hace dieciocho años. Aplicación de la doctrina del TS sobre condición más beneficiosa.**

**Juzgado: Estima la demanda declarando el derecho de los trabajadores fijos discontinuos de la empresa demandada al abono del complemento salarial de antigüedad según cómputo de trienios por la totalidad del año, con independencia del trabajo efectivo por campaña (10 meses).**

**Sala: Desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia. Los trabajadores afectados tienen derecho al abono del complemento de antigüedad reconocido por la empresa durante más de dieciocho años, existiendo una voluntad de la empresa demandada de la concesión de una mejora social a favor de sus trabajadores desde hace dieciocho años. Dicha mejora no será de aplicación para las nuevas contrataciones.**

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

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Por la representación letrada de la demandada “R., SL” se formula recurso frente la sentencia de instancia, recaída en proceso de conflicto colectivo, cuyo fallo estimó la demanda formulada por el comité de empresa de dicha compañía y declaró el derecho de los trabajadores fijos discontinuos de la demandada encuadrados en el centro de trabajo “A. lote 8” al abono del complemento de antigüedad por la totalidad del año, con independencia del tiempo de trabajo efectivo por campaña.

El primer motivo del citado recurso, que se ampara en el artículo 193 “b” de la LRJS, solicita que se modifique el cuarto hecho probado, donde la sentencia refleja que desde al menos el año 2000 los trabajadores afectados por el conflicto colectivo vienen percibiendo el complemento de antigüedad del modo indicado a renglón seguido, para que en su lugar se diga que de los 108 trabajadores del centro de trabajo mencionado en el párrafo anterior solamente se acredita que una sola trabajadora habría cobrado de ese modo dicho complemento, y antes de la adjudicación de la contrata de limpieza a la hoy recurrente.

Funda su solicitud en los documentos que menciona, pero el motivo debe decaer pues aquellos ya fueron objeto de examen por la juez de instancia, y ésta adoptó la conclusión fijada en el ordinal que se quiere modificar a partir de la prueba testifical, a la que dio primacía, de ahí que no quepa alterar el hecho aludido, en cuya pretensión se realizan consideraciones de tipo jurídico que en realidad deben ser objeto de examen en los posteriores motivos.

**SEGUNDO.-** En el apartado destinado al examen del derecho aplicado, y con correcto apoyo procesal, se objeta a la sentencia la infracción del artículo 3.1 “c” del ET y la aplicación errónea de la doctrina del TS sobre la condición más beneficiosa.

A partir de las notas definitorias de dicha institución jurídico laboral, se argumenta en el recurso que no existe una voluntad inequívoca de la concesión por la empresa recurrente de dicha ventaja social, que en todo caso solo sería atribuible ad personam a una concreta trabajadora, sin saberse desde cuándo, de ahí que exista un error detectado desde el momento en que la compañía recurrente se adjudica en julio de 2016 la contrata de limpieza, y al hilo de ello, decide abonar el complemento de antigüedad del personal fijo discontinuo conforme dispone el convenio de aplicación.

Precisamente, y por lo que se acaba de señalar, es conveniente que este motivo se examine conjuntamente con el siguiente, en el que se censura la aplicación errónea de los artículos 34 y 35 del Convenio Colectivo de limpieza de edificios y locales de la provincia de Alicante.

Respecto el debate jurídico, centrado en la disonancia entre lo que regula el convenio de aplicación en orden al abono del complemento de antigüedad, en concreto su artículo 34, que señala que se percibirán (los salarios, complementos y demás conceptos económicos) en proporción a la jornada de trabajo que tenga establecida cada trabajador, y lo que se decide en la sentencia objeto de recurso respecto dicha forma de abono, que otorga primacía a la circunstancia de que, al menos desde el año 2000, los trabajadores afectados por el conflicto lo perciben por años naturales, es decir, con independencia del tiempo de trabajo efectivo, es necesario aplicar la doctrina mantenida en un caso semejante por la sentencia de esta propia Sala de 22 de mayo de 2015, también recaída en proceso sobre conflicto colectivo, pero entre otras partes, en el recurso de suplicación 867/ 2015.

En aquél caso, e igualmente respecto el mismo convenio colectivo que aquí, la empresa allí demandada, también concesionaria del servicio de limpieza en centros educativos y dependencias del Ayuntamiento de B., entendió que el hecho de que desde hacía unos treinta años se abonaban los trienios al personal fijo discontinuo tomando como base para el cómputo la totalidad del año se debía a un error, modificando el cómputo del citado complemento, entendiéndolo tanto el juzgado como la sala que confirmó dicha sentencia, que existía una condición más beneficiosa, particularmente dado el dilatado transcurso del tiempo en que se venía realizando el pago del complemento debatido, lo cual denotaba una voluntad inequívoca del empresario de conceder y consolidar un beneficio que indudablemente supera el régimen convencional.

Por ello es evidente que se debe seguir el mismo criterio en el caso sometido a nuestra consideración, a cuyos razonamientos precedentes nos remitimos expresamente, pues también el hecho de que a los trabajadores afectados por el presente conflicto se les computaba desde hace unos dieciocho años la totalidad del año a la hora de determinar el complemento de antigüedad, al subrogarse la empresa actual en la contrata debe mantener la situación que ya procedía de las empresas anteriores, y aunque el mero transcurso del tiempo no sea por si solo suficiente para consolidar una condición más beneficiosa, esta figura, que halla su encaje en el artículo 3.1 “c” del ET, precisa, de acuerdo con una reiteradísima doctrina jurisprudencial, acreditar la existencia de una voluntad de la empresa de conceder un beneficio que supere la regulación legal o convencional en la materia, así como la efectiva concesión de aquél, y como quiera que en ese amplio periodo de tiempo de dieciocho años, en base a los inalterados hechos probados de la sentencia aquí recurrida, se computó la antigüedad del modo que ahora la mercantil recurrente pretende desconocer de un modo unilateral, y que dicho proceder no se puede entender, precisamente por ese largo periodo, como derivado de un mero error, la conducta de la empresa, como sostiene la sentencia recurrida, se ha incorporado al vínculo contractual que mantiene con los afectados por el presente conflicto, obviamente excluyendo a los trabajadores que se incorporen ex novo en esta contrata,

lo que en definitiva implica que dicha resolución judicial no vulnera las normas señaladas en el recurso, comportando su desestimación y la confirmación de la decisión recurrida.

### **FALLO**

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por R. SL contra la Sentencia n.º 138 de 25 de abril de 2018 del Juzgado de lo Social n.º 7 de los de Alicante (autos 405/2017) y, en consecuencia, confirmamos la sentencia impugnada.

Se decreta la pérdida del depósito constituido para recurrir y se condena a la recurrente al abono de los honorarios del letrado impugnante, en la cuantía de 200 euros.

## 2415

**Sentencia núm. 2.961, de 17 de octubre de 2018**

**Materia: Conflicto colectivo. Empresa que presta sus servicios para mercantil dedicada al servicio de la automoción. A la empresa le es de aplicación el convenio colectivo del sector de la industria, tecnología y servicios del sector del metal. Cálculo cómputo jornada de trabajo: legalidad del calendario laboral. Adaptación del calendario laboral al acuerdo en materia de jornada de trabajo adoptado de aplicación a la empresa.**

**Juzgado: Estima la demanda declarando nulo y sin efecto el calendario laboral adoptado por la empresa demandada.**

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

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

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Recurre en suplicación la representación letrada de la empresa demandada M.S.S. SAU, la sentencia que ha estimado la demanda de conflicto colectivo instada por la Confederación Sindical de Comisiones Obreras del País Valenciano (en adelante CCOO PV) declarando nulo y sin efecto el calendario laboral para el año 2018 adoptado el 26-3-2018.

El recurso, que se impugna de contrario, se estructura en cuatro motivos. En el primero, por el apartado b) del art. 193 de la LRJS, solicita en cuatro apartados la modificación del relato probado según se pasa a exponer:

- I) Propone en primer lugar la modificación del hecho quinto, introduciendo matizaciones con el texto literal alternativo que consta en el escrito de interposición y que reproducimos en esta sentencia. Se apoya en los documentos nº 5 y 3 de su prueba que son el Acta de 28 de octubre de 2014 y la carta por la que se comunica a los representantes de los trabajadores el calendario laboral para 2018. La modificación va a ser rechazada al ser las matizaciones propuestas reiteraciones de datos que aparecen en la sentencia, como que el calendario laboral impugnado se estructura en tres turnos o que establece las pausas a que ya se refiere el hecho segundo y que no se discuten.
- II) A continuación se solicita que se añada a la sentencia un nuevo hecho, el octavo, que exprese que los calendarios laborales anteriores, 2014, 2015, 2016 y 2017 no han computado como tiempo efectivo de trabajo los 5 minutos de las reuniones Top 5, ni los 15 minutos mensuales de las reuniones GM. El texto es el que figura en el escrito de interposición del recurso, y se basa otra vez en el Acta del 2014 y en los referidos calendarios laborales. Tampoco procede acoger esta modificación por irrelevante para resolver el debate, ya que se está impugnando el calendario de 2018 y no los anteriores. Tal y como argumenta la parte recurrida el Acuerdo de 2014 al que la sala puede acudir en toda su extensión, al reproducirlo la sentencia, incluye dentro de la jornada diaria de trabajo efectivo los 5 minutos destinados a las reuniones previas al inicio de la jornada, así como los 15 minutos mensuales de las reuniones GM.
- III) Seguidamente el recurso interesa que se añada otro hecho nuevo, el noveno, con el texto alternativo que ofrece y figura en el recurso, para que conste en la sentencia que el calendario de 2017 fue acordado con la empresa y firmado por todos los representantes de CCOO PV menos uno,

lo que rechazamos ya que en el procedimiento estamos analizando la legalidad del calendario de 2018.

- IV) Por último se solicita el añadido de otro hecho, el décimo, para que la sentencia exprese parte del Acta de 28 de octubre de 2014 donde se especifican sus objetivos. Ya se ha dicho que la sala puede acudir en toda su extensión al referido Acuerdo, y es innecesario que conste literal en la sentencia recurrida que lo reproduce.

**SEGUNDO.-** A la censura jurídica de la sentencia dedica el recurso los restantes motivos, para denunciar:

1.- En el segundo motivo la infracción de los arts 1281, 1282 y 1285 del Código Civil, que señalan los criterios de interpretación de los contratos, mencionando la STS de 17 de octubre de 2017 en apoyo de su tesis, señalando que no ha de estarse a la interpretación literal, cuando esta no es clara, sirviendo los actos coetáneos y posteriores debiendo evitarse el espiguelo normativo, realizando toda una exposición para tratar de convencer a la sala de que la intención de las partes a suscribir el Acuerdo fue la de que ni los 5 minutos de las reuniones Top 5 ni las reuniones mensuales de 15 minutos GM fueran de trabajo efectivo a cambio de las dos pausas de 10 minutos que se consideran de trabajo efectivo, lo que ha venido plasmándose en los sucesivos calendarios laborales desde entonces.

2.- En el tercer motivo, la infracción de la doctrina de los actos propios y de la jurisprudencia que lo aplica, aduciendo que los representantes de los trabajadores que firmaron el calendario de 2017 estarían yendo contra sus propios actos, señalando las STS de 30-9-2013 rec. 97/2012; 25-7-2013 rec. 100/2012 y 26-12-2013 rec. 291/2011, con especial mención de la STS de 11 de junio de 2014.

3.- Por último, en el cuarto motivo, denuncia el recurso la infracción del art. 34.5 del Estatuto de los Trabajadores y de la jurisprudencia y doctrina judicial sobre el computo del tiempo de trabajo desde el momento en que el trabajador se encuentra en su puesto y en disposición de prestar servicios (sic), y de las STS de 12-12-1994 y 27-5-2013 y otras de TSJ.

La cuestión suscitada en el presente conflicto colectivo, es la de analizar la legalidad del calendario de 2018 impuesto en la empresa tras celebrar sin éxito consultas con la representación legal de los trabajadores. Para ello hay que partir de los datos que constan en los hechos probados de la sentencia que son vinculantes a la hora de dictar la sentencia de suplicación, en los que aparece que la empresa tiene un único cliente (F.E. SL) y se rige por el convenio colectivo del sector de la industria, la tecnología y los servicios del sector metal (BOP de 6-3-2018), en cuyo art. 40 se establece que la jornada de trabajo anual será de 1.752 horas, teniendo en cuenta que los tiempos de descanso durante la jornada de trabajo no tendrán la consideración de trabajo efectivo, añadiendo que los trabajadores dispondrán de 8 horas de libre disposición para asuntos propios, por lo que su utilización supondrá que su jornada individual de trabajo efectivo será de 1.744 horas. En el centro de trabajo ha venido rigiendo un acuerdo en materia de jornada de trabajo adoptado el 28-10-2014, en el que se establece que “en tanto no cambien las circunstancias que han motivado este pacto, se acuerda que la jornada de trabajo efectivo será de siete horas y cuarenta y cinco minutos... Dentro de la jornada diaria de trabajo efectivo queda incluido el tiempo dedicado a las siguientes reuniones: - Los cinco minutos diarios destinados a las reuniones Top 5 que se realizan con carácter previo al inicio de la jornada de trabajo. - El tiempo dedicado a las reuniones GM que se realizan con carácter mensual. ...Durante la jornada de trabajo diaria se llevarán a cabo tres descansos o pausas, dos de 10 minutos y uno de 15 minutos... De los 35 minutos establecidos como de descanso durante la jornada, se acuerda que tan solo 15 minutos no tendrán la consideración de jornada efectiva de trabajo. La distribución concreta de los descansos durante la

jornada se establecerá anualmente en el correspondiente calendario laboral". En el centro de trabajo de la empresa demandada, el calendario y la jornada de trabajo se adapta a los que rigen en la factoría de la empresa cliente, en la que se realizan una jornada anual de 1705 horas. El calendario laboral para 2018, se contemplan un total de 220 días de trabajo efectivo, con la realización del trabajo a turnos en jornada diaria de 7 horas y 45 minutos de trabajo efectivo, de 6.00 a 14.00 horas, de 14.00 a 22.00 horas y de 22.00 a 6.00 horas. Asimismo se establece la compensación de una bolsa de horas en la realización de actividades formativas y otras actividades de un total 27 horas. Además del horario de trabajo incorporado al calendario adoptado, los trabajadores deben incorporarse a su respectivo turno de trabajo con cinco minutos de antelación (Top 5), y tienen que asistir a una reunión mensual de 15 minutos (GM).

Con estos datos, la sentencia recurrida anula el calendario porque no se adapta al Acuerdo en materia de jornada de trabajo adoptado el 28-10-2014, que es de aplicación a la empresa, porque no contempla los 5 minutos previos que debe realizar cada trabajador al principio de su jornada ni los 15 minutos mensuales GM que según el Acuerdo son de trabajo efectivo de modo que de acuerdo con los cálculos que realiza, que consideramos acertados, las bolsas de horas de trabajo a compensar resultan excesivas.

La STS de 28 de septiembre de 2017 (rcud. 228/2016) "A la hora de interpretar las previsiones del convenio colectivo aplicado en la empresa interesa recordar nuestra consolidada doctrina. Aparece resumida en SSTS 15 septiembre 2009 (rec. 78/200), 5 junio 2012 (rec. 71/2011) o 9 febrero 2015 (rec. 836/2014):

Dado su carácter mixto -norma de origen convencional/contrato con eficacia normativa- su interpretación ha de atender tanto a las reglas legales atinentes a la hermenéutica de las normas jurídicas como a aquéllas otras que disciplinan la interpretación de los contratos, esto es: los arts. 3, 4 y 1281 a 1289 CC, junto con el principal de atender a las palabras e intención de los contratantes, pues no hay que olvidar que el primer canon hermenéutico en la exégesis de los contratos -naturaleza atribuible al convenio colectivo- es «el sentido propio de sus palabras» [art. 3.1 CC], el «sentido literal de sus cláusulas» [art. 1281 CC] (STS 25/01/05 -rec. 24/03-), que constituyen «la principal norma hermenéutica -palabras e intención de los contratantes-» (STS 01/07/94 -rec. 3394/93-), de forma que cuando los términos de un contrato son claros y terminantes, no dejando lugar a dudas sobre la intención de los contratantes, debe estarse al sentido literal de sus cláusulas, sin necesidad de acudir a ninguna otra regla de interpretación (SSTS -próximas- de 13/03/07 -rcud 93/06-; 03/04/07 -rcud 716106-; 16/01/08 -rco 59/07-; 27/05/08 -rcud 4775/06-; y 27/06/08 -rco 107/06-).

Las normas de interpretación de los arts. 1282 y siguientes del CC tienen carácter de subsidiariedad en su aplicación [STS de 01/02/07 -rcud 2046/05-], de forma que cuando la literalidad de las cláusulas de un contrato sean claras, no son de aplicar otras diferentes que las correspondientes al sentido gramatical, o dicho de otro modo, el art. 1281 CC consta de dos párrafos, que persiguen la doble finalidad de evitar que se tergiverse lo que aparece claro, o que se admita, sin aclarar lo que se ofrezca oscuro, siendo factor decisivo de interpretación, en el primer supuesto las palabras empleadas, y en el segundo la intención evidente de los contratantes (así, entre otras, SSTS 13/03/07 -rcud 93/06-; 03/04/07 -rcud 716/06-; 16/01/08 -rco 59/07-; 27/05/08 -rcud 4775/06-; y, 24/06/08 -rcud 2897/07-).

En materia de interpretación de cláusulas de convenios y acuerdos colectivos, en cuyo esclarecimiento se combinan las reglas de interpretación de las normas con las de la interpretación de los contratos, debe atribuirse un amplio margen de apreciación a los Órganos jurisdiccionales de instancia, ante los que se ha desarrollado la actividad probatoria relativa a la voluntad de las partes y a los hechos comitentes.

La interpretación de los contratos y demás negocios jurídicos (y el convenio colectivo participa de tal naturaleza) es facultad privativa de los Tribunales de instancia, cuyo criterio, como más objetivo, ha de prevalecer sobre el del recurrente, salvo que aquella interpretación no sea racional ni lógica, o ponga de manifiesto la notoria infracción de alguna de las normas que regulan la exégesis contractual.

Como acaba de recordarse, nuestra jurisprudencia viene asignando un valor presuntivamente acertado a la interpretación que los órganos de instancia hayan asumido respecto del alcance del convenio colectivo. La inmediatez y valoración conjunta de la prueba con que se dicta la sentencia por parte del iudex a quo se encuentran en la base de tal criterio. Las apreciaciones sobre el sentido y contenido de los pactos colectivos que efectúan los tribunales de instancia han de ser mantenidas salvo que resulten manifiestamente erróneas o contrarias a las disposiciones legales de los artículos 1281 y siguientes del Código Civil.

No se trata de obtener mediante el recurso de casación -que no es una tercera instancia- un pronunciamiento que opte por la mejor de las interpretaciones posibles, considerando que no es tal la seguida por la sentencia impugnada, sino de corregir aquélla que constituya una clara vulneración del ordenamiento jurídico.”

Pues bien, dada la claridad del texto literal del Acuerdo de 2014, que incluye dentro de la jornada diaria de trabajo efectivo “...el tiempo dedicado a las siguientes reuniones: - Los cinco minutos diarios destinados a las reuniones Top 5 que se realizan con carácter previo al inicio de la jornada de trabajo. - El tiempo dedicado a las reuniones GM que se realizan con carácter mensual.”, y atendiendo a que el calendario cuestionado no prevé en la jornada el tiempo dedicado a estas reuniones de realización obligatoria, no cabe sino confirmar la sentencia recurrida, que interpreta acertadamente el Acuerdo, sin que pueda aplicarse aquí la doctrina de los actos propios ni de la jurisprudencia que los interpreta, porque no lo es la falta de impugnación de anteriores calendarios laborales, en relación con este del 2018 que no logró acuerdo con los representantes de los trabajadores, por el hecho de que no se exigiera en aquellos la aplicación de los Acuerdos del 2014. Como señala la STS de 19 de diciembre de 2006 rcud 26 59/2005”... *la conducta vinculante que ha de expresarse en actos concluyentes e indubitados que causen estado -definiendo inalterablemente la situación jurídica- por su carácter trascendental, por constituir convención o por ir encaminados a crear, modificar o extinguir algún derecho, de manera que el principio de que nadie puede ir válidamente contra sus propios actos sólo tiene aplicación cuando lo realizado se oponga a los actos que previamente hubiesen creado una relación o situación de derecho que no podía ser alterada unilateralmente por quien se hallaba obligado a respetarla (SSTS -Civil- de 16/06/84, 05/10/84, 22/06/87, 25/09/87, 05/10/87 y 25/01/89 y 04/05/89; y -Social- de 23/03/94 -rec. 4043/92-, 24/02/05 -rec. 46/04- y 23/05/06 -cas. 8/05-).*” Tampoco, se puede aplicar aquí lo establecido en el art. 34.5 del Estatuto de los Trabajadores que ha mejorado el tan referido Acuerdo que rige en la empresa. Y se desestimará el recurso.

## FALLO

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de M.S.S. SAU contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 2 de los de Valencia de fecha 30 de mayo de 2018; y en consecuencia confirmamos la sentencia recurrida.

## 2416

**Sentencia núm. 2.977, de 23 de octubre de 2018**

**Materia: Procedimiento de oficio. Declaración relación laboral. Trabajadores que prestan sus servicios como técnicos al servicio de corporación local. Naturaleza relación laboral. Contratación laboral o contratación administrativa.**

**Juzgado: Estima la demanda declarando la naturaleza laboral de la declaración existente entre los técnicos municipales y la entidad local demandada.**

**Sala: Estima el recurso y revoca la sentencia de instancia, declarando que la prestación de los servicios analizados se encuadra en los contratos de consultoría y servicios descritos en la antigua ley de contratos de las administraciones públicas.**

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

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Se recurre por el letrado representante del Ayuntamiento de V.M. la sentencia de instancia que estimó la demanda planteada por TGSS y declaró que la prestación de trabajo de los tres codemandados fue de carácter laboral, recurso que se plantea al amparo del apartado c) del art. 193 de la LRJS. También presenta recurso el codemandado Sr. C.G. en base al apartado citado, y aunque determinados argumentos discrepan, dada la similitud de propósito de la censura jurídica contenida en los mismos, es decir, la exclusión de la laboralidad de la relación inter partes, trataremos de forma unitaria los recursos planteados. Y así el Ayuntamiento citado denuncia la infracción de los arts. 1, 8 y 9 del ET, exponiendo asimismo la evolución normativa en materia de contratación administrativa, indicando que en la fecha en que se concertó el contrato de los distintos técnicos la regulación de la materia venía recogida por la Ley 30/2007 de 30 de octubre que distingue entre contratos de consultoría y asistencia y los de servicios, así como determinadas sentencias, concluyendo que dada la escasa dedicación temporal de la prestación de servicios de los técnicos y el resto de circunstancias concurrentes, en particular el marco normativo dispuesto por las partes y expresado en el convenio suscrito entre la Diputación de Valencia y los respectivos colegios profesionales, la prestación de servicios analizada puede encuadrarse entre los contratos de consultoría y servicios. Para la defensa del Sr. C., que entiende infringidos los arts. 1 y 8 del ET y sentencias que cita (alguna de este Tribunal Superior como la de 22-06-2017), indicando que se trataría más bien de un arrendamiento de servicios por las razones que explicita en su recurso y que damos por reproducidas, quedando excluida en todo caso la laboralidad del vínculo.

**SEGUNDO.-** Pues bien, esta Sala, en su sentencia nº 164-18 de 23-01-2018 y en la nº 1507-18 de 08-05-2018, ha resuelto casos con identidad de razón, por lo que razones de coherencia imponen estar a lo en ellas decidido. En la primera de las citadas se hizo constar lo que a continuación transcribimos. "Por esta Sala, entre otras en la STSJCV de 12/01/2010, se ha planteado la cuestión semejante a la que nos ocupa desde la perspectiva de la evolución normativa en la materia, incidiendo en la idea de la dificultad en la distinción entre el contrato administrativo y el de trabajo y subrayado que el criterio delimitador de la naturaleza de ambas relaciones jurídicas debe ser la voluntad de las partes, siendo lo fundamental para determinar la adscripción al área de la contratación administrativa, con exclusión de la laboral, no la naturaleza del servicio prestado, sino la existencia de una normativa con rango de ley que la autorice y su sometimiento a la misma, lo que significa que, en ocasiones, sólo

el bloque normativo regulador del contrato por libre decisión de quienes lo conciertan, de acuerdo con las leyes, es capaz de diferenciar una y otra modalidad.”

Por su parte la Sala IV ha mantenido entre otras en su STS de 25/10/2016, recurso 1884/2015 que: *...”la Constitución establece un modelo bipolar -funcionarios y trabajadores laborales- del personal al servicio de las Administraciones Públicas, que siempre ha permitido algunas excepciones de contratos administrativos de prestación de servicios personales, pero que como tales excepciones no sólo deben ser interpretadas restrictivamente, sino que siempre se han autorizado sobre la base de alguna razón justificadora, porque «... desde el punto de vista material, la prestación de servicios profesionales en régimen de ajenidad y dependencia es de naturaleza jurídico-laboral y ...solamente es posible calificarla como contrato administrativo porque una ley expresamente permita esa exclusión que, por ello mismo, tiene naturaleza constitutiva y no meramente declarativa...» (SSTS 21/07/11 -rcud 2883/10-; ... 27/04/15 -rcud 1237/14-; 23/06/15 -rcud 2360/14-; 22/09/15 -rcud 2229/14-; y 13/05/16 -rcud 2228/14-) y que la delimitación del ámbito laboral y el administrativo se mueve en zonas muy imprecisas, ante la idéntica alineación de las facultades para el trabajo, lo que llevó al legislador laboral, - artículo. 3.a) ET - y a la doctrina jurisprudencial a señalar como criterio diferenciador «el ámbito normativo regulador, y no la naturaleza del servicio prestado, en forma tal que ese bloque normativo al que voluntariamente se acogen las partes es el que destruye -o confirma, añadimos ahora- la presunción de laboralidad establecida en el art. 8.1, lo que significa la necesidad de que el contrato incorpore expresamente esa remisión excluyente del orden social»*

**TERCERO.-** La aplicación de la doctrina expuesta al supuesto enjuiciado, nos conduce a la revocación de la sentencia recurrida, que entendió que se debía calificar como laboral la relación que mantuvo el Ayuntamiento con los técnicos codemandados, de acuerdo, además, con la doctrina que ha mantenido esta Sala de lo Social en supuestos semejantes como, por ejemplo, en las sentencias de 17 de febrero de 2005 (recurso 3417/2004, 18 de abril de 2008 (recurso 2411/2008) y 7 de mayo de 2009 (recurso 519/2009); y más recientemente en su sentencia nº 164-18 de 23-01-2018 y en la nº 1507-18 de 08-05-2018. Señaladamente en la primera de las sentencias citadas se niega el carácter laboral de la relación que mantenía un arquitecto con una corporación municipal en base a las siguientes razones: a) porque no había una dedicación completa del arquitecto a la Corporación municipal, como también ocurre en el presente caso en que la prestación de servicios sólo se desarrollaba durante dos horas a la semana; b) porque no había exclusividad en la prestación de servicios, como tampoco la hay en el presente supuesto pues los técnicos realizan como tales otros servicios para el Ayuntamiento; c) porque si bien los codemandados percibían una cantidad fija, esta se facturaba como una retribución mercantil. Además, en el supuesto que ahora se examina son tres las entidades que intervienen en el abono de la retribución de los técnicos (el Ayuntamiento, la Diputación provincial y el Colegio Oficial), lo que, “podría desvirtuar el concepto de ajenidad propio de toda relación laboral, salvo que se imputara a esos tres organismos la condición de empleadores, lo que no es el caso pues la demanda de oficio sólo se dirigió frente a uno de ellos;” (sentencia dictada por esta Sala en el recurso 924/2017).

De lo declarado probado y de lo actuado (recordemos que por plantearse en el fondo una cuestión de orden jurisdiccional competente podemos examinar el conjunto de los autos y de lo actuado) debemos destacar asimismo que en nuestro caso, el Ayuntamiento de V.M. se adhirió al Convenio que la Diputación Provincial de Valencia y los Colegios Oficiales correspondientes suscribieron, cuyo objeto era la subvención de la contratación de personal técnicos para la prestación de servicios por los Ayuntamientos de municipios de la provincia de menos de un cierto número de habitantes (municipios pequeños que no pueden atender por sí solos determinados servicios). El Convenio determina los trabajos que a indicación del Ayuntamiento

realizarán los técnicos y entre ellos están los de asesoramiento y emisión de informes, licencias de obras, solicitud de particulares y demás que constan.

Y así las cosas, entendemos que las funciones que definen la prestación de servicios no constituyen órdenes dentro de una organización jerarquizada; no son instrucciones concretas, pues los profesionales elaboraban los informes con autonomía e independencia técnica sin recibir instrucciones, directrices o supervisión de la Corporación local, más allá de criterios organizativos o marco existentes en todo tipo de relación de quien presta un servicio, y en la que hay un objeto contratado. Nótese que era el Convenio el que regulaba las condiciones de prestación de servicios de los profesionales, sin tener el Ayuntamiento participación en su redacción (lo que hizo fue adherirse), convenio que regula los trabajos a realizar o el importe a abonar al profesional, en nuestro caso una cantidad fija mensual, facturando periódicamente. Dado que en el Convenio suscrito se establecía un precio por hora trabajada al amparo del mismo, en buena lógica, si el horario que se realiza semana a semana o mes a mes era el mismo, la percepción también sería la misma. En cuanto a la dedicación horaria de nuestro supuesto litigioso era: de 12 a 14 h los jueves en el caso de V.J.C.; los viernes de 10 a 12 horas para A.P.M. y de 12 a 14 horas para M.G.L. Respecto de los citados horarios no se fichaba ni nadie controlaba la permanencia, eran flexibles, pudiendo establecerse otro si quería, y modificar las citas con ciudadanos, comunicándolo al Ayuntamiento (lo cual es lógico en evitación de desplazamientos inútiles de los ciudadanos) contando los técnicos con una mesa, silla y un ordenador, en la Sala de Juntas, a modo de despacho polivalente que se utiliza según las necesidades del momento; no consta un mail asignado. Téngase en cuenta que también se prestaban servicios en los despachos profesionales de los codemandados, incluso se facturaban al Ayuntamiento trabajos distintos a los del Acuerdo Marco. Por otra parte, no hay ningún indicio de que los demandantes realizaran su actividad bajo las directrices de la Corporación Municipal, o que quedaran sometidos a los criterios organizativos que el Ayuntamiento tenía fijados para el resto del personal que presta servicios por cuenta y dependencia de él. No estaban sometidos los técnicos codemandados al régimen de la corporación en cuanto a permisos, licencias y vacaciones (más allá en estas últimas de una comunicación y una cierta coordinación por motivos operativos para que coincidieran en agosto o fiestas patronales, fechas en las que es natural que no acudiera el público a efectuar consultas y trámites) y tampoco tenemos datos que nos acrediten que estaban sometidos al régimen disciplinario del Ayuntamiento.

En definitiva, es cierto que los codemandados prestaban un servicio al Ayuntamiento de V.M., pero dada la corta dedicación temporal, la falta de exclusividad y el resto de las circunstancias concurrentes, en particular el marco normativo dispuesto por las partes y expresado en el convenio suscrito entre la Diputación provincial y los Colegios Oficiales respectivos, cabe concluir que la prestación de servicios analizada puede encuadrarse entre los contratos de consultoría y servicios descritos en el apartado 2 del artículo 196 de la antigua Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio -vigente al tiempo de suscribirse el convenio-), que considera como tales: "Cualesquiera otras prestaciones directa o indirectamente relacionadas con las anteriores y en las que también predominen las de carácter intelectual, en particular los contratos que la Administración celebre con profesionales, en función de su titulación académica, así como los contratos para el desarrollo de actividades de formación del personal de las Administraciones públicas" modalidad contractual que está expresamente prevista en el texto actual del artículo 10, y en la categoría 12 anexo II de la Ley 3/2011 de 14 de noviembre, que era la norma vigente al cese de la relación. A ello no obsta el que las partes suscribieran contratos de arrendamiento de servicios, ya que las relaciones jurídicas son las que su contenido, características y alcance determinan, con independencia de la nomenclatura que se les otorgue.

Por todo lo expuesto el recurso debe ser estimado y la sentencia de instancia revocada.

## **FALLO**

Que estimando los recursos de suplicación respectivamente interpuestos por el Ayuntamiento de V.M y por Don V.C.G. contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 11 de Valencia de 12-05-2017 y con revocación de la misma, desestimamos la demanda de oficio interpuesta en su día por la TGSS y absolvemos a la parte demandada de las pretensiones en su contra formuladas.

Sin costas.

## 2417

**Sentencia núm. 3.081, de 30 de octubre de 2018**

**Materia:** Declaración de invalidez. Trabajadora afiliada al RGSS y con profesión habitual de camarera. La actora presenta dolencias en pie izquierdo de grado leve a moderado que le impiden el ejercicio de su profesión habitual. Solicitud de declaración incapacidad permanente total para ejercicio de profesión habitual derivada de enfermedad común. Limitaciones funcionales: estimación.

**Juzgado:** Desestima la demanda, absolviendo a los demandados de las pretensiones deducidas en su contra en el presente procedimiento. Las lesiones que padece la actora no le incapacitan para realizar su actividad de camarera.

**Sala:** Estima parcialmente el recurso reconociendo a la actora afecta de una situación de incapacidad permanente parcial para el ejercicio de su profesión habitual. Se reconoce a la actora el derecho a percibir de la entidad gestora una indemnización a tanto alzado de 24 mensualidades de la base reguladora mensual que se determine en ejecución de Sentencia. La presencia de dificultades para la marcha rápida y la imposibilidad de la carrera pueden significar una mayor penosidad en el ejercicio de su profesión habitual, considerando ajustada a derecho la declaración de incapacidad permanente parcial.

**Ponente:** Ilma. Sra. D<sup>a</sup>. María Isabel Sáiz Areses.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** D<sup>a</sup>. L.R.A. interpone en su día demanda contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL solicitando que se le declare afecta de una incapacidad permanente Total para su profesión habitual de camarero.

La sentencia de instancia desestima la demanda y frente a dicho pronunciamiento se alza la parte actora recurriéndolo en suplicación y solicitando que, con estimación del recurso, se revoque la sentencia de instancia y en su lugar se reconozca a la demandante la prestación de incapacidad permanente total para su profesión habitual y con efectos económicos del 12/07/2016.

**SEGUNDO.-** Para ello la parte recurrente formula un primer motivo de recurso al amparo del apartado b) del artículo 193 LRJS interesando la revisión de los hechos probados, y en concreto del hecho probado quinto, señalando que se debe adicionar a dicho hecho, debe rectificarse y quedar redactado con el siguiente texto alternativo, de manera que no indica claramente si debe sustituirse en su integridad dicho hecho probado por el nuevo redactado o si debe adicionarse el texto que consta en el escrito de recurso. En todo caso el texto que se trata de adicionar a la vista de los documentos 32 y 33 de las actuaciones es el siguiente: *“No le permite realizar las tareas laborales y habituales de camarera o ayudante de cocina. Que debido a la progresión de la enfermedad y lo patente e invalidante de los síntomas está invalidada para la realización de las tareas habituales de su profesión y se encuentra afecta de una incapacidad permanente total, siendo difícilmente posible pensar que pueda realizar la profesión dado el cuadro clínico y limitaciones que padece la demandante. “Los documentos en los que se funda la parte recurrente, así el documento 32 y el 33 se refieren el documento 32 al informe médico forense que precisamente es el que se viene a reproducir en el hecho probado quinto y el*

documento 33 se refiere a un informe del servicio de reumatología de 17-2-2017 que indica que el actor presenta osteoartrosis localizada secundaria tobillo y pie y fibromialgia, dolor crónico musculoesquelético y en ningún caso recoge el texto que la parte actora trata de incorporar al relato fáctico. En todo caso el texto que pretende adicionar la parte actora contiene conceptos jurídicos y predeterminantes del fallo pues trata de hacer constar que la actora no puede realizar su trabajo habitual y que está afectada de una incapacidad permanente total cuando ello es lo que debe decidirse en este procedimiento a la vista de los hechos probados y la adecuada fundamentación. Además para que proceda la revisión de los hechos probados, debe desprenderse de forma clara y patente de los documentos citados el error cometido por el Juzgador a quo al consignar el relato fáctico y ello sin acudir a argumentos, hipótesis y conjeturas, sino de forma clara y directa de tales documentos y como ello no se desprende desde luego de tales documentos, sin la argumentación jurídica que realiza el recurrente para llegar a la apreciación subjetiva de que está afectado de una incapacidad permanente total, no podemos acceder a la revisión interesada.

**TERCERO.-** Formula el recurrente un segundo motivo de recurso al amparo del apartado c) del artículo 193 LRJS denunciando la infracción por violación del artículo 136, 137, 194, 195, 196, 197, 198, 199, y 200 Rdlleg 8/2015 de 30 de octubre, en relación con la Orden de 15 de abril de 1969 y con el artículo 140 LRJS y los artículos 14 y 24 CE, considerando que la demandante no puede desarrollar las tareas fundamentales de su profesión habitual de camarera y que por ello debe estimarse su demanda.

Al respecto señalar que de conformidad con lo previsto en el artículo 137 de la Ley General de la Seguridad Social de 1994, a cuya definición de incapacidad permanente se remite la DT 26 del Rdlleg 8/2015, es invalidez permanente la situación del trabajador que presenta reducciones anatómicas o funcionales graves, susceptibles de determinación objetiva y previsiblemente definitiva que disminuyan o anulen su capacidad laboral, alcanzando el grado de incapacidad permanente total, cuando el trabajador quede inhabilitado para la realización de todas o de las fundamentales tareas de su profesión habitual, siempre que pueda dedicarse a otra distinta. Con arreglo a la Jurisprudencia, a la hora de calificar la situación del trabajador, lo que interesa es la valoración de la capacidad laboral residual que las dolencias tenidas por definitivas, permite al afectado, entendido ello como la posibilidad real de poder desarrollar su actividad profesional en unas condiciones normales de habitualidad, con el rendimiento suficiente y esfuerzo normal, sin exigencia de un esfuerzo superior o especial, prestada la actividad con la necesaria profesionalidad y conforme a las exigencias mínimas de continuidad, dedicación y eficacia exigibles en todo trabajo. En cuanto a la profesión habitual tal y como viene señalando la Jurisprudencia, no cabe entender las concretas tareas que se pudieran llevar a cabo cuando se actualiza el hecho causante de la incapacidad permanente, sino que se ha de partir del oficio que define el convenio colectivo, o lo que es igual, la profesión habitual no es coincidente con la labor que se realice en un determinado puesto de trabajo, sino aquella que el trabajador está cualificado para realizar y a la que la empresa le haya destinado o pueda destinarle en movilidad funcional. El artículo 137.1 a) incluye entre los grados de la incapacidad permanente el de la incapacidad permanente parcial para la profesión habitual, que es definido diciendo 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». En consecuencia, puesto que se trata de un grado de incapacidad profesional, para su declaración es preciso realizar un riguroso análisis comparativo de dos términos fácticos: el de las limitaciones funcionales y orgánicas que producen al trabajador las lesiones que padece y el de los requerimientos físico-psíquicos de su profesión habitual. De este modo, en el ámbito de la evaluación y declaración de los grados de incapacidad permanente total y parcial, las tareas fundamentales de una profesión deben determinarse con criterio

cuantitativo más que con criterio cuantitativo, de manera que las tareas que resulten impedidas (incapacidad permanente total), o dificultada en su realización en el treinta y tres por ciento o más de su rendimiento (incapacidad permanente parcial), sean las más relevantes, no tanto desde el punto de vista de su duración a lo largo de la jornada, sino por constituir la esencia o núcleo de su prestación laboral. También viene señalando la Jurisprudencia que la incapacidad permanente total y la parcial se predicen de la profesión habitual y no del puesto de trabajo concreto que se desempeñe en una empresa.

En el presente caso, para determinar si la demandante reúne la situación de incapacidad permanente alegada en la demanda y escrito de recurso, debemos partir de las dolencias y limitaciones funcionales que recoge el relato fáctico, sin poder tener en cuenta las dolencias que refiere la demandante en su recurso y que no se recogen en los hechos probados. Así la Sentencia recurrida se remite en cuanto a las dolencias padecidas por la actora al informe emitido por el médico forense el 4-4-2017, que aprecia como tales, el dolor de grado leve a moderado en antepié izquierdo, fijándose en cuanto a las limitaciones las derivadas del componente doloroso propio del cuadro degenerativo y que en el momento actual es leve, indicando que en el momento del reconocimiento y para la edad de la paciente la funcionalidad de las estructuras óseas comprometidas por la degeneración se encuentra bastante conservadas, dependiendo en gran medida del cuadro algico que manifiesta o pueda manifestar la paciente. Además, se indica que en el momento actual la paciente refiere dolor de grado moderado en antepié izquierdo con el segundo tiempo de la marcha, que le permite realizar los movimientos considerados normales de la práctica diaria habitual, pero que le dificultan e incluso impiden otros en los que exista una clara exigencia de utilización de la marcha rápida o la carrera, señalando que desde el punto de vista médico se recomienda en estas patologías evitar las sobrecargas mecánicas. A la vista de tales secuelas y limitaciones dado que en el momento de reconocimiento por el médico forense el cuadro de dolor que presenta la actora es leve y la funcionalidad de sus miembros inferiores está bastante conservada, consideramos que puede realizar las tareas fundamentales o al menos la mayoría de las tareas propias de la profesión habitual de la actora de camarera pues incluso el dolor que manifiesta es con el segundo tiempo de la marcha y puede realizar los movimientos normales de la práctica diaria habitual. Sin embargo, como se refiere por el Médico Forense la presencia de dificultades para la marcha rápida y la imposibilidad de la carrera y se desaconsejan las sobrecargas mecánicas, tales padecimientos a la vista de su profesión que si bien no exige de forma continuada la marcha rápida sí puede requerirla en ocasiones y además implica la bipedestación y deambulación continuada con la utilización así del miembro inferior afectado, pueden tener un negativo reflejo en la realización de tal profesión y le pueden suponer una mayor penosidad y sufrimiento en su desempeño que sí justifica el reconocimiento de la incapacidad permanente en grado de parcial que aun no habiendo sido solicitada de forma expresa en la demanda, no es ello impedimento para que la Sala pueda reconocerle tal grado inferior de incapacidad. Si bien no se instaba tal grado de incapacidad ni en la demanda ni en el recurso, dado que no se excluía directamente el mismo, no existe impedimento alguno para reconocer el referido grado inferior tal y como así lo viene señalando la Jurisprudencia. Así señala la STS de 24-11-03 (RCUD 661/2003) : *"Hemos venido proclamando es que, salvo en supuestos posibles en los que el demandante, en el libre ejercicio de su derecho de disposición, haya excluido el reconocimiento de un grado de incapacidad diferente al pretendido en la demanda, cerrando la posibilidad del debate en torno este grado de invalidez, ha de entenderse, cuando en la instancia se haya debatido en plenitud la incidencia que las reducciones anatómicas o funcionales que aqueja el demandante puedan tener sobre su capacidad residual de trabajo, el reconocimiento de un grado de invalidez inferior al expresamente solicitado, no vulnere el principio de congruencia de la sentencia, pues tal principio no se conculca si se concede menos de lo pedido, siempre que lo otorgado pueda quedar subsumido en lo más que se pidiere. Por*

*tanto, ha de admitirse, en términos generales, que el reconocimiento de un grado de invalidez permanente inferior al postulado en la demanda, en tanto no esté expresamente excluido del petitum de la demanda, no debe dar lugar al vicio de incongruencia procesal”.*

Se estima así en parte el recurso formulado reconociendo a la actora el derecho a percibir con cargo a la entidad Gestora una indemnización a tanto alzado de 24 mensualidades de la base reguladora mensual que se determine en ejecución de Sentencia.

**CUARTO.-**De conformidad con lo previsto en el artículo 235 LRJS dada la condición del actor de beneficiario del derecho a la asistencia jurídica gratuita, no procede la imposición de costas.

Por ello;

VISTOS los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

#### **FALLAMOS**

Que estimando en parte el recurso de suplicación interpuesto por D<sup>a</sup> L.R.A. contra la sentencia de fecha nueve de mayo del Dos Mil Diecisiete, dictada por el Juzgado de lo Social número 1 de los de Benidorm en autos 844/2016 seguidos a instancias de la recurrente frente al INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL sobre INCAPACIDAD PERMANENTE, debemos de revocar la Sentencia de instancia y en su lugar estimar en parte la demanda y reconocer a la demandante la situación de incapacidad permanente parcial para su profesión habitual derivada de enfermedad común y con derecho a percibir con cargo a la Entidad Gestora una indemnización a tanto alzado equivalente a 24 mensualidades de la base reguladora que se determine en ejecución de Sentencia.

Sin costas.

## 2418

**Sentencia núm. 3.276, de 6 de novembre de 2018**

**Materia: Prestación no contributiva de jubilación. Superación del límite de ingresos del titular y unidad económica de convivencia. El actor es perceptor de una pensión contributiva de jubilación que se encuentra rehabilitada tras una suspensión previa por no estar al corriente de sus obligaciones con la seguridad social. Incompatibilidad de prestaciones.**

**Juzgado: Estima la demanda declarando el derecho del actor al reconocimiento y abono de la prestación no contributiva de jubilación.**

**Sala: Estima el recurso y revoca la sentencia de instancia. El actor es beneficiario de una pensión contributiva por lo que no puede acceder a una pensión no contributiva de jubilación. Se absuelve al organismo demandado de los pedimentos de la demanda.**

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

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Dictada sentencia por el Juzgado de lo Social número 10 de Valencia por la que se estimaba la demanda interpuesta por D. J.N.B., recurre en suplicación la Conselleria de Igualdad y Políticas Inclusivas de la Generalitat Valenciana, al no mostrarse conforme con el fallo de la recurrida, que reconocía el derecho del actor a percibir la pensión de jubilación no contributiva que le había sido denegada por la demandada.

**SEGUNDO.-** El recurso se articula a través de un único motivo, redactado al amparo del apartado c) del art. 193 LRJS, y en él se denuncia la infracción del art. 363.1.d) LGSS, con cita asimismo de los arts. 47.3 LGSS y del art. 28.2 RD 2530/1970.

Sostiene la recurrente que el Juez de instancia yerra al reconocer el derecho del actor a percibir la pensión no contributiva que reclama, pues el mismo es perceptor de una pensión contributiva de jubilación que se encuentra rehabilitada tras una previa suspensión.

Argumenta que el hecho de que el importe de dicha prestación sea deducido íntegramente para aplicar el mismo a satisfacer una deuda que el actor ostenta con la Seguridad Social, no implica que la misma no se perciba, y que, por ende, reúna los requisitos para ser tributario de una jubilación no contributiva. Solicita por ende sea estimado el recurso y en consecuencia, se revoque la sentencia de instancia.

Conforme a lo previsto en el art. 369.1 LGSS, tendrán derecho a la pensión de jubilación en su modalidad no contributiva las personas que habiendo cumplido sesenta y cinco años de edad, carezcan de rentas o ingresos suficientes en cuantía superior a los límites establecidos en el art. 363, residan legalmente en territorio español y lo hayan hecho durante diez años entre la edad de dieciséis años y la edad de devengo de la pensión, de los cuales dos deberán ser consecutivos e inmediatamente anteriores a la solicitud de la prestación.

Por su parte, el art. 363 LGSS dispone que se entenderá que existen rentas o ingresos insuficientes cuando la suma en cómputo anual de los mismos sea inferior al importe, también en cómputo anual, de la prestación a que se refiere el apartado 1 del art. 364.

Asimismo, el Real Decreto 357/1991, de 15 de marzo, que desarrolla en materia de pensiones no contributivas la Ley 26/1990, de 20 de diciembre, por la que se establecen en la Seguridad Social prestaciones no contributivas, en su art. 11 dispone que se considerará que existen rentas o ingresos insuficientes, cuando los que disponga o se prevea va a disponer el interesado, en cómputo anual, de enero a diciembre, sean inferiores a la cuantía, también en cómputo anual, de las pensiones no contributivas de la Seguridad Social que se fije en la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado.

Conforme a los hechos declarados probados, el actor presentó solicitud de jubilación no contributiva el 14-9-16 con indicación de los miembros de la unidad económica de convivencia (3) y declaración de IRPF. Le fue denegada por superar dicha unidad el requisito de carencia de rentas o ingresos.

El actor tiene rehabilitada una prestación contributiva de jubilación, que le fue previamente suspendida por no estar al corriente de sus obligaciones de SS, percibe 189,68 euros mensuales de pensión más 367,90 de complemento a mínimos, lo que suma un total de 557,58 euros al mes. Dicha cantidad se deduce íntegramente para satisfacer deuda con la SS por importe de 16.453,26 euros.

Se indica en la resolución denegatoria que los ingresos del interesado y de su unidad económica de convivencia son de 7.806 euros anuales, superando los ingresos del actor el límite legal, al ascender a 4.378,01 euros.

El Juez de instancia entendió que dado que los ingresos correspondientes a la prestación contributiva no se recibían efectivamente por el demandante, siendo necesario que quedasen integrados en su patrimonio para efectuar el cómputo de rentas percibidas, concluyó que aquél cumplía los presupuestos exigidos para ser perceptor de la jubilación no contributiva, al no superar el límite de ingresos exigidos.

Sin embargo, esta Sala no está conforme con dicha conclusión. Decimos esto por cuanto que no es cierto que el demandante no incorpore en su patrimonio el importe de la pensión de jubilación contributiva. La misma efectivamente se abona y pasa a formar parte del haber del Sr. N.

Cuestión distinta es que, por la previa existencia de deuda con la Seguridad Social, sea detráido su importe para satisfacer esta última. Es decir, que dicha deducción no desvirtúa el carácter de beneficiario de la prestación contributiva que ostenta, ni el efectivo abono que se realiza por el sistema público de pensiones.

Admitir la tesis del Juez de instancia, supondría reconocer la doble condición de beneficiario del demandante de dos prestaciones diametralmente distintas y opuestas en su finalidad: una pensión contributiva de jubilación, y una no contributiva de la misma clase. Ambas incompatibles por su propia naturaleza y cuya concurrencia en un mismo perceptor sería imposible.

Por todo ello, con estimación del recurso interpuesto, procede revocar la sentencia de instancia, y con desestimación de la demanda interpuesta, absolver al Organismo demandado de los pedimentos de la demanda.

**TERCERO.-** No procede la imposición de costas, al estimarse el recurso interpuesto (art. 235.1 LRJS).

En virtud de lo expuesto,

### **FALLAMOS**

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de la CONSELLERÍA DE IGUALDAD Y POLITICAS INCLUSIVAS DE LA GENERALITAT VALENCIANA frente a la sentencia dictada el 29 de junio de 2017 por el Juzgado de lo Social número 10 de Valencia, en autos número 1038/2016 seguidos a instancia de D. J.N.B. frente a la precitada recurrente; y en consecuencia, con revocación de la precitada resolución, y desestimación de la demanda en la instancia, procede absolver a la Conselleria de todos los pedimentos deducidos contra ella. Sin imposición de costas.

## 2419

**Sentencia núm. 3.417, de 20 de novembre de 2018**

**Materia: Reclamación de cantidad. Solicitud prestación al Fondo de Garantía Salarial. Trabajador que presta servicios como conductor para determinado empresario individual. Extinción de la relación laboral por despido objetivo. Declaración de despido improcedente. En el procedimiento de ejecución contra el empresario individual se decreta la insolvencia del empresario. Solicitud de prestaciones al FOGASA. Reconocimiento de las prestaciones de garantía salarial solicitadas al haber transcurrido el plazo de tres meses sin haberse dictado resolución expresa en el procedimiento. Silencio administrativo. Prescripción.**

**Juzgado: Estima la demanda revocando la resolución de la Secretaría de Estado en la que se reconoce al demandado determinada cantidad en concepto de indemnización y salarios, obligando a este a reintegrar dicha cantidad al organismo demandante.**

**Sala: Estima el recurso y confirma la resolución administrativa de instancia reconociendo al actor determinada cantidad en concepto de indemnización por despido improcedente y salarios, condenando al FOGASA a su abono.**

**Ponente: Ilmo. Sr. D. Luis Enrique Nores Torres.**

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.**-Se recurre en suplicación por la representación letrada designada por D. J.R.S. la sentencia de 20 de septiembre de 2017, dictada por el Juzgado de lo Social nº 14 de los de Valencia, que estimó la demanda interpuesta por el FOGASA contra el hoy recurrente en materia de revisión de actos declarativos derechos en perjuicio de los particulares, dejando sin efecto la Resolución de la Secretaría de Estado de Empleo de 6 de octubre de 2015 que, sobre la base de haber transcurrido desde la solicitud del particular los tres meses previstos en la normativa aplicable para entender estimada la petición por silencio administrativo, había reconocido el derecho de D. J. a percibir las cantidades salariales e indemnizatorias reclamadas, no sin antes advertir que el reconocimiento se efectuaba sin perjuicio de instar posteriormente la revisión del acto con el fin de comprobar que se reunían los requisitos legales de acceso para ser beneficiario de las prestaciones, con expresa mención a la prescripción del derecho al haber transcurrido más de un año desde el nacimiento del derecho a instar la responsabilidad del FGS y su efectiva reclamación. El recurso, que ha sido impugnado por el FOGASA, se interpone por la vía de lo prevenido en la letra c) del art. 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (en adelante, LRJS), planteando la infracción de las normas sustantivas y jurisprudencia aplicable al caso, en concreto, el art. 33.7 del Estatuto de los Trabajadores (ET) y el art. 21 RD 505/1985, de 6 de marzo.

Al respecto, la parte recurrente entiende que la resolución impugnada, al estimar la demanda revisora instada por el FOGASA y considerar que, en efecto, el derecho a percibir las prestaciones de garantía del mencionado organismo había prescrito, ya que había transcurrido más de un año desde la firmeza del decreto que declaró al empresario en situación de insolvencia, vulnera los preceptos reseñados. A su juicio, la solución ofrecida en la sentencia de instancia merece ser revocada. Esta pretensión la funda, en esencia, sobre la base de que, en este caso, no podía acogerse la revisión del acto administrativo objeto del procedimiento porque la prescripción no es un requisito legal para la adquisición de un derecho, sino una excepción que debe

oponerse por aquel a quien beneficia, algo que el FOGASA no habría hecho, según el recurrente, ni durante el período de tres meses con que contaba para emitir una resolución expresa, ni en la resolución extemporánea de 6 de octubre de 2015. Por su parte, el escrito de impugnación formulado por la representación del FOGASA niega que se haya producido vulneración alguna de los preceptos indicados, pues, efectivamente, habría transcurrido el plazo de un año previsto en la normativa de referencia, por lo que procedería la revisión del acto administrativo por la vía instada (esto es, la del art. 146 LRJS) y en el sentido resuelto por la sentencia de instancia, sin que sea cierto que no se hubiese opuesto prescripción en la resolución extemporánea, ya que en la misma había una mención expresa a dicha circunstancia. Así las cosas, el debate queda circunscrito a determinar si una vez reconocido un derecho prestacional a cargo del FOGASA por aplicación del silencio administrativo, cabe que dicho organismo plantee a posteriori la prescripción de su responsabilidad.

El punto de partida que hemos de tomar para resolver esta cuestión es el relativo a que, según jurisprudencia consolidada (SsTS de 16 de marzo de 2015, rec. 802/2014 y 20 de abril de 2017, recs. 669/2016 y 771/2016, seguidas por otras muchas, como las SsTS de 23 de noviembre de 2017, rec. 4049/2016, de 12 de diciembre de 2017, rec. 4045/2016, de 20 de diciembre de 2017, recs. 3663/2016, 3998/2016, 623/2017 y 2364/2017, de 12 de junio de 2018, recs. 2592/2017 y 1731/2017, de 19 de junio de 2018, recs. 2871/2017 y 1950/2017, de 26 de junio de 2018, rec. 2502/2017, de 29 de junio de 2018, rec. 2889/2017, de 3 de julio de 2018, rec. 1623/2017, de 17 de julio de 2018, recs. 2468/2017 y 1715/2017, de 12 de septiembre de 2018, recs. 1404/2017, 2077/2017 y 711/2017 o de 18 de septiembre de 2018, recs. 1983/2017, 2646/2017 y 2650/2017), en los casos de estimación por silencio administrativo de un determinado derecho prestacional con cargo al FOGASA, la resolución expresa posterior a la producción del acto ha de ser necesariamente confirmatoria. Ahora bien, según esta misma jurisprudencia, ello no impide que ésta no pueda dejarse sin efecto, eso sí, siempre que tal operación se efectúe a través de los cauces revisorios previstos en las normas legales. En este sentido, el art. 47.1.f) Ley de Procedimiento Administrativo Común vigente (LPAC) anuda la nulidad de pleno derecho a los actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren derechos o facultades cuando se carezcan de los requisitos esenciales para su adquisición, pudiéndose iniciar en tales casos el procedimiento regulado en el art. 146 LRJS para que las entidades gestoras o el FOGASA soliciten la revisión de sus actos declarativos de derechos en perjuicio de los particulares.

Con todo, esta posibilidad de recurrir a la vía del art. 146 LRJS en los supuestos de estimación de una prestación por silencio administrativo no es ilimitada. En este sentido, la jurisprudencia antes mencionada parece vincular el cauce que propone (esto es, el del art. 146 LRJS) a los supuestos de nulidad de pleno derecho contemplados en el art. 47.1.f) LPAC, que anuda tal efecto a los actos expresos o presuntos por los que se adquieren derechos o facultades careciendo de los requisitos esenciales para ello. Así pues, en estos casos, el mecanismo revisor de la resolución, presunta o expresa y extemporánea, quedaría circunscrito a los supuestos en los que el particular hubiese adquirido el derecho sin reunir los requisitos necesarios para ello. Pues bien, a partir de ahí, la solución que quepa dar al recurso pasa por determinar si la prescripción constituye uno de esos requisitos esenciales a los que alude el precepto citado. Y la respuesta debe ser negativa: tal y como indica el recurrente, la prescripción no es un requisito de acceso a la prestación, sino una excepción que debió ser opuesta por el FOGASA en el plazo de tres meses con que contaba para resolver el expediente. Ello lo corrobora la propia normativa reguladora de la responsabilidad del FOGASA, tanto legal como reglamentaria, ya que dispensa a la prescripción en un tratamiento diferenciado y al margen de los requisitos de acceso. En este sentido, de entrada, nótese como el art. 33 ET regula en apartados diversos la delimitación de las obligaciones de garantía que asume el organismo público y sus requisitos de acceso, la determinación de los aspectos procedimentales y los plazos.

Esta idea, por otro lado, resulta aún más evidente en el RD 505/1985, de 6 marzo, pues la delimitación de las obligaciones de garantía, el régimen de las prestaciones y los requisitos de acceso, aparecen en la sección segunda del capítulo segundo (arts. 13 a 19), mientras que lo relativo al plazo de prescripción se contempla en el capítulo III sobre procedimiento, en concreto, en el art. 21. Todo ello refuerza la tesis del recurrente relativa a que la prescripción no se mueve en el plano de los requisitos de acceso a la prestación de garantía, sino que se trata una excepción que debió ser opuesta por el FOGASA en el plazo de tres meses con que contaba para resolver el expediente. En fin, por lo demás, implícitamente las resoluciones del TS mencionadas en el apartado anterior parecen moverse en esta línea, ya que adoptan como presupuesto que el silencio administrativo no puede conducir a la obtención de prestaciones del FOGASA “superiores o no previstas en la normativa vigente”; y es en ese contexto en el que alude a la posibilidad de acudir al art. 146 LRJS para instar la revisión. Ello significaría, en consecuencia, que solo sería procedente para aquellos casos en los que la solicitud estimada por silencio administrativo, por ejemplo, recogiera cuantías superiores a las previstas legalmente, o respecto conceptos no protegidos o que obrasen en títulos inhábiles, pero no para casos como el aquí planteado. Así pues, por todo ello, procede estimar el motivo planteado y con ello el recurso.

**SEGUNDO.-** De conformidad con lo establecido en el art. 235.1 LRJS, no procede la imposición de costas.

## FALLO

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de D. J.R.S. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 14 de VALENCIA de fecha 20 de septiembre de 2017, en virtud de demanda presentada a instancia del FOGASA que revocó la Resolución de la Secretaría de Estado de Empleo de 6 de octubre de 2015 y, en consecuencia, confirmamos la mencionada resolución administrativa que reconoció el derecho del actor a percibir la cantidad de 7011,23 euros, condenando al FOGASA a estar y pasar por esta declaración.

Sin costas.

## 2420

**Sentencia núm. 3.462, de 27 de novembre de 2018**

**Materia:** Despido. Trabajador afiliado al RGSS que presta servicios para determinada fundación con la categoría profesional de educador y de auxiliar educativo y con contratos de duración determinada y a tiempo completo. El actor solicita excedencias para cuidado de hijos las cuales son concedidas. Se contrata a otro trabajador para ocupar su plaza mediante contrato de interinidad. El demandante solicita reincorporación anticipada la cual es desestimada inicialmente procediendo más tarde a su reincorporación. Pliego de cargos contra el trabajador por falta leve (falta de asistencia sin justificar) y falta muy grave (Trasgresión buena fe). **Sanción:** Despido disciplinario. **Procedencia:** Incongruencia del juzgador de instancia: Error en la valoración de la prueba.

**Juzgado:** Desestima íntegramente la demanda declarando la inexistencia de despido, con la consiguiente absolució de las partes.

**Sala:** Estima el recurso declarando la nulidad de la sentencia de instancia por ser esta incongruente. El tribunal ha resuelto algo distinto a lo que se le ha planteado en la demanda. Se declara la nulidad de la sentencia, teniendo que dictar el Magistrado a quo una nueva en la que, ha de resolver la pretensión ejercitada por el trabajador en su demanda, relativa a la declaración de nulidad y, subsidiariamente, de improcedencia del acto empresarial impugnado.

**Ponente:** Ilmo. Sr. D. Luis Enrique Nores Torres.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.**-Se recurre por el Letrado de D. J.M.T. la sentencia de 17 de septiembre de 2017, dictada por el Juzgado de lo Social nº 3 de los de Alicante, que desestimó la demanda interpuesta por el mencionado trabajador en materia de despido contra la FUNDACIÓN D.I.P. y FOGASA, y que declaró la inexistencia de despido con efectos del 18 de agosto, absolviendo a las partes demandadas. El recurso, que ha sido impugnado de contrario, se articula sobre la base de dos motivos, proponiendo el recurrente en el primero de ellos, a través del cauce habilitado por la letra b) del art. 193 Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS), la revisión de hasta cuatro de los hechos declarados probados en la sentencia de instancia, mientras que en el segundo, bajo una finalidad genérica encaminada a “examinar las infracciones de normas sustantivas o de jurisprudencia”, lo que tendría acomodo, en principio, en la letra c) del art. 193 LRJS, desarrolla hasta tres “submotivos” diversos por los que, a su juicio, la resolución impugnada debería ser revocada.

**SEGUNDO.**-Así las cosas, con carácter previo, interesa destacar que en el segundo de los “teóricos” motivos de censura jurídica, el recurrente plantea que el magistrado de instancia en su sentencia, en lugar de resolver la impugnación del despido producido el 18 de septiembre de 2014, que es lo que se solicitaba en la demanda, reconduce el debate procesal a valorar si la decisión empresarial adoptada el 23 de julio de 2014, por la que se denegó al mismo trabajador el reingreso anticipado que había solicitado mientras estaba aún vigente una excedencia que venía disfrutando, debe ser considerada como un despido y, en su caso, si éste debe ser calificado como procedente, improcedente o nulo, configurando este “defecto” en el que habría incurrido la sentencia recurrida como un “error en la valoración de la prueba”, según se lee en su escrito de interposición, y pidiendo que se entre a valorar el despido realmente impugnado, esto es, el de 18 de septiembre.

La incongruencia en la que ha incurrido el juzgador de instancia resulta manifiesta. Así, ya en el primer fundamento de derecho, la sentencia indica que *“el objeto de la controversia [que] finalmente se centra en determinar, exclusivamente, si la denegación inicial de la Fundación para con la solicitud de reincorporación anticipada del demandante procedente de una excedencia para cuidado de un hijo aún no vencida a esa fecha... puede o no considerarse un despido”*. En el mismo sentido, en el párrafo 20 del fundamento de derecho segundo, se insiste en ello, al afirmar expresamente que *“no constituye el objeto del presente procedimiento la impugnación del despido disciplinario con efectos del 18 de septiembre de 2014, pues el ordinal segundo de la demanda deja bien claro que lo impugnado es el hipotético despido por denegar al trabajador su reincorporación anticipada”*. Y se vuelve a remarcar tal cuestión en el último párrafo del fundamento de derecho segundo, cuando se afirma *“siendo el objeto de la demanda exclusivamente los posibles efectos de dicha denegación”*. Sin embargo, la lectura de la demanda evidencia justamente lo contrario, esto es, que lo impugnado era el despido adoptado el 18 de septiembre de 2014, pues es a éste al que se hace referencia en el citado ordinal segundo de la demanda, en unos términos que no ofrecen duda alguna sobre la intención del demandante: *“que por parte de la empresa se ha procedido a la extinción laboral con el suscribiente con fecha dieciocho de septiembre de 2014”*. A ello se debe añadir, según expresa el recurrente, que la negativa a la incorporación anticipada instada el 23 de julio de 2014 con efectos 18 de agosto ya había sido recurrida ante la jurisdicción social en otro procedimiento que, precisamente, recayó en el mismo juzgado. Del mismo parecer es la empresa recurrida, pues en su escrito de impugnación expresamente señala que la vía que debería haber seguido la parte para poner de manifiesto la falta denunciada debería haber sido la prevista en la letra a) del art. 193 LRJS por incongruencia de la sentencia, si bien añade, con cita en diferentes sentencias dictadas en suplicación, que la sala no puede apreciar infracción alguna que no le haya sido debidamente alegada por el recurrente cumpliendo los requisitos necesarios, aludiendo, también, a la doctrina constitucional en la materia, por lo que interesa la desestimación del recurso.

No obstante, esta sala entiende que, en este supuesto, no existe obstáculo que le impida apreciar el manifiesto vicio de incongruencia en que ha incurrido la sentencia impugnada y declarar su nulidad. Ciertamente el Tribunal Constitucional ha destacado que es necesario observar los presupuestos necesarios para cumplir los requisitos de acceso al recurso de suplicación, dado su carácter de recurso extraordinario (STC 230/2001, de 26 de noviembre), correspondiendo a las partes cumplir con tales exigencias. En este sentido, el Alto Tribunal ha validado que no se entre en el fondo del asunto planteado en un recurso extraordinario cuando no se ha indicado expresamente en el mismo el motivo en el que se funda ni concretado la norma o jurisprudencia que se considera infringida (STC 71/2002, de 8 de abril). Ahora bien, no es menos cierto que el propio Tribunal Constitucional también ha afirmado que los requisitos formales no son valores autónomos con sustantividad propia sino que únicamente sirven en la medida en que son instrumentos para conseguir una finalidad legítima (SsTC 36/1986, de 12 de marzo, 134/1989, de 19 de julio, 92/1990, de 23 de mayo o 130/1998, de 16 de junio, entre otras), por lo que, como ha reconocido la jurisprudencia *“el órgano judicial, según una interpretación flexibilizadora y finalista de las normas disciplinadoras del recurso, no debe rechazar ad limine el examen de una pretensión por defectos formales o deficiencias técnicas cuando el escrito correspondiente suministra datos suficientes para conocer precisa y realmente la argumentación de la parte, que debiera ser analizada para su estimación o desestimación por motivos materiales”* (STS, u.d., de 6 de febrero de 2008, rec. 4175/2006).

Pues bien, de la lectura del escrito de formalización del recurso, se deduce que la parte pretende plantear la nulidad de la sentencia por ser ésta incongruente, a

pesar de que no lo haya manifestado con la claridad que sería deseable. En efecto, aunque inserte la referencia a que el tribunal ha resuelto algo distinto a lo que se le ha planteado en la demanda en un epígrafe del escrito de formalización que titula “*examinar las infracciones de normas o de jurisprudencia*”, y que después parezca reconducirlo al cauce de la “revisión fáctica” al desarrollar el motivo, el propósito realmente perseguido es evidente. Así, de entrada, el recurrente pone de manifiesto la existencia de la equivocación en la que ha incurrido el juzgador consistente en modificar el objeto de debate, algo que achaca a la posible existencia de un error en los autos o en el procedimiento, pues había otro pleito sobre la denegación de reincorporación anticipada pendiente en el mismo juzgado; a continuación, procede a recordar cuál era el verdadero motivo de su demanda, la impugnación del despido producido el 18 de septiembre de 2014, justificándolo mediante la referencia a cuál era el contenido y objeto de su demanda y a todas las actuaciones realizadas, las cuales estaban vinculadas a dicha causa; finalmente, de manera expresa solicita que se valore el despido impugnado (esto es, el de 18 de septiembre). En definitiva, a pesar de la defectuosa redacción del motivo, no cabe duda de cuál es su objetivo y este no es otro que dejar de manifiesto que el juzgador ha resuelto algo diverso a lo que se le había planteado. Y en eso precisamente consiste la incongruencia que, según anunciábamos y justificábamos en el segundo párrafo de este fundamento, concurre en este supuesto, lo que conduce a la estimación del motivo y del recurso.

A partir de ahí, de conformidad con el art. 202.2 LRJS, al tratarse de una infracción relacionada con las normas reguladoras de la sentencia, la estimación debería conducir a que la sala resolviese lo que corresponda, dentro de los términos en que aparezca planteado el debate, lo que llevaría a que debiésemos pronunciarnos sobre la procedencia, improcedencia o nulidad del despido de 18 de septiembre de 2018. No obstante, el propio precepto exceptúa de esta consecuencia los supuestos en los que el relato de hechos resulta insuficiente. Y precisamente, esto es lo que sucede en este asunto. Y es que la declaración de hechos probados de la sentencia recurrida no recoge algunos de los aspectos que por aplicación del art. 107 LRJS deben constar en toda sentencia de despido. En este sentido, de entrada, no aparece recogido el salario más que por referencia al convenio. En segundo lugar, en relación con las circunstancias en las que se produjo el despido y las causas invocadas, no constan los hechos acreditados en relación con los mismos, ni otras circunstancias que pudieran incidir en una eventual nulidad. Así, si el despido obedece a las faltas de asistencia, resulta preciso determinar si la reconsideración empresarial sobre su decisión inicial de no reincorporar al trabajador llegó a su destinatario o no, pues en el hecho probado quinto es un aspecto que no se deja claro; y tampoco aporta toda la luz necesaria sobre este particular el antepenúltimo párrafo del fundamento de derecho segundo, al empezar la redacción con la frase “la fundación sostuvo”, con lo cual se desconoce si lo que se recoge tiene valor de hecho probado o, por el contrario, es mera reproducción de unas alegaciones. Todo ello, al margen de las conexiones que podría tener el asunto con el pleito cuyo objeto sí que es la valoración de la inicial decisión de la empresa denegatoria de la reincorporación anticipada, por la repercusión que pueda tener en la valoración de la eventual conducta empresarial. Igualmente, para valorar la hipotética conducta del trabajador sería preciso conocer el número de faltas cometidas. En fin, también resultaría preciso, de cara a una eventual nulidad del despido, tener conocimiento de otros datos relevantes. Y no ya por el hecho de que el despido pudiera aparecer como una represalia por el ejercicio de acciones judiciales, como se desliza en algún momento, sino sobre todo, porque si el trabajador estaba en situación de excedencia todavía y ésta era por cuidado de familiares (aspecto sobre el que la sentencia no es tampoco todo lo clara que sería deseable, pues en algún caso omite el dato; otras veces, en la fundamentación jurídica, lo afirma expresamente, pero también es cierto que gran parte de la argumentación que se desarrolla se relaciona con la de excedencia voluntaria “ordinaria”), el despido, si no se declarase procedente, sería nulo, en atención a lo prevenido en el art. 108.2 LRJS.

**CUARTO.**-De conformidad con lo dispuesto en el artículo 235.1 LRJS no procede la imposición de costas.

### **FALLO**

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de D. J.M.T. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 3 de los de Alicante de fecha 17 de septiembre de 2017, en virtud de demanda presentada a instancia del recurrente contra FUNDACIÓN D.I.P. y, en consecuencia, declaramos la nulidad de la referida sentencia, teniendo que dictar el Magistrado a quo una nueva en la que, tras completar el relato fáctico con libertad de criterio a fin de consignar todas las circunstancias que puedan incidir en el enjuiciamiento del despido producido el 18 de septiembre de 2014, resuelva la pretensión ejercitada por el trabajador en su demanda, relativa a la declaración de nulidad y, subsidiariamente, de improcedencia del acto empresarial impugnado, con las condenas correspondientes en caso de estimarse la demanda.

Sin costas.

## 2421

**Sentencia núm. 3.537, de 27 de novembre de 2018**

**Materia: Reconocimiento de derecho: Declaración de la relación laboral de la trabajadora en la empresa demandada como personal laboral indefinido. Trabajadora con distintos contratos de obra o servicio determinado. Existencia de fraude de ley en la contratación temporal. Infracción de los arts. 15.1 a y 15.3 del ET. Superación límites temporales previstos en el art. 15.5 del ET. Estimación.**

**Juzgado: Desestima la demanda absolviendo a la empresa demandada de las pretensiones contenidas en la demanda.**

**Sala: Desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia. No se ha producido fraude de ley en la contratación.**

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

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Frente a la sentencia dictada el 13 de noviembre de 2017 por el Juzgado de lo Social número 10 de Valencia, que desestimaba la demanda interpuesta por Doña M.J.C.P. frente a la Agencia Estatal Consejo Superior de Investigaciones Científicas (en adelante CSIC), se interpone recurso de suplicación por la demandante, impugnando el mismo la Abogacía del Estado.

**SEGUNDO.-** Los motivos primero a tercero, redactados todos ellos al amparo del apartado b) del art. 193 LRJS, persiguen la revisión de los hechos declarados probados en la resolución de instancia, realizándose las siguientes peticiones:

1º.- Al motivo primero, se solicita la adición de un nuevo hecho probado, ordinal quinto, en el que se reproduzca parte del contenido del informe emitido por Doña D.V. responsable del grupo de Elementos de Traza del Instituto de Agroquímica y Tecnología de los Alimentos, científico titular del CSIC en el que en esencia se consignan la actividad desarrollada por la demandante y los trabajos que se desempeñan en el grupo de Elementos de Traza.

La adición interesada no puede ser estimada, pues dicho documento lo que contiene es una testifical documentada, prueba que la Sala no estima hábil a los efectos pretendidos, por lo que la petición está abocada al fracaso.

2º.- En el motivo segundo, se solicita la adición de un nuevo hecho probado séptimo, en el que se diga que “la actora es contratada como personal de apoyo, realizando las tareas generales del laboratorio” conforme al contenido del documento número 10 del ramo de prueba de la parte actora.

Tampoco es posible acceder a esta petición, pues lo que se dice en este documento es que el contrato al que se encontraba vinculada la actora con fecha de finalización 28 de marzo de 2012 tuvo que ser objeto de una adenda firmada entre ambas partes, para continuar el trabajo de investigación. Aun cuando en dicho documento se indica que “es necesario seguir contando con el personal de apoyo”, ello no puede trasladarse a la definición de la contratación de la actora. Y aun cuando fuera posible, tampoco sería relevante a efectos de modificación del fallo, pues lo que es destacable es que el contrato anteriormente suscrito, fue prorrogado.

Por otro lado, la mención de realización de “tareas generales de laboratorio” no se desprende del documento indicado, por lo que se desestima en su totalidad la petición examinada.

3º.- En el motivo tercero, se solicita la adición de un hecho probado octavo, que damos por reproducido dada su extensión, en el que se haga constar que la actora ha realizado tareas de recepción de muestras y seguimiento de muestras en al menos, los convenios, proyectos y contratos que se enumeran, conforme al contenido del documento número 9 (certificado de funciones) y 11 (listado de análisis) del ramo de prueba de la demandante.

Se ha de rechazar también esta adición, pues como dijimos el documento 9 contiene una testifical documentada, y el 11 consiste en unos listados de proyectos de los que no se infiere que la actora hubiera participado en los mismos.

**TERCERO.-** Y en términos de revisión jurídica, ex art. 193 c) LRJS, se denuncia en el motivo cuarto la infracción de los arts. 15.1.a) y 15.3 ET, arts. 2.1 y 2 y 9.3 RD 2720/98 en relación con el art. 30 de la Ley 14/2011 de la Ciencia, así como arts. 2.2 y 3, 3 y 6.4 CC y jurisprudencia interpretativa de los mismos.

En esencia, lo que se sostiene en este motivo de recurso es que el objeto de los contratos suscritos entre la demandante y el CSIC fueron ampliamente superados, pues la actora, contratada para un proyecto y tareas específicos, realizaba otras muchas diferenciadas para el laboratorio en el que prestaba sus servicios y cuantos proyectos se llevaban a cabo en él.

Añade que puede afirmarse que la Sra. C. llevaba a término la actividad normal y habitual de la unidad a la que se encontraba adscrita, por lo que su contratación debe entenderse formalizada en fraude de ley, con la consecuencia prevista en el art. 15.3 ET.

En apoyo de su petición, cita distintas sentencias dictadas por la Sala de lo Social del TSJ de Madrid, que no constituyen jurisprudencia a efectos de suplicación, ex art. 1.6 CC.

Conforme a lo dispuesto en el art. 2 del RD 2720/98: “1. *El contrato para obra o servicio determinado es el que se concierta para la realización de una obra o la prestación de un servicio determinados, con autonomía y sustantividad propia dentro de la actividad de la empresa y cuya ejecución, aunque limitada en el tiempo, es en principio de duración incierta. Cuando el convenio colectivo que resulte de aplicación haya identificado los trabajos o tareas con sustantividad propia dentro de la actividad normal de la empresa que puedan cubrirse con esta modalidad contractual, se estará a lo establecido en el mismo a efectos de su utilización.*

*2. El contrato para obra o servicio determinados tendrá el siguiente régimen jurídico:*

*a) El contrato deberá especificar e identificar suficientemente, con precisión y claridad, la obra o el servicio que constituya su objeto.*

*b) La duración del contrato será la del tiempo exigido para la realización de la obra o servicio.*

*Si el contrato fijara una duración o un término, éstos deberán considerarse de carácter orientativo en función de lo establecido en el párrafo anterior.*

En interpretación de dicho precepto y de lo previsto en el art. 15 ET, la Sala Cuarta ha manifestado en Sentencia de 5-7-2016, Rcd. 3887/2014 que “la jurisprudencia de esta Sala ha reiterado el carácter causal de la contratación temporal, por lo que los contratos temporales, en concreto los de obra o servicio determinado, sin causa o con

causa ilícita ( artículos 1261 , 1274 a 1277 Código Civil ) los ha considerado celebrados en fraude de ley, con la consecuencia de presumirlos celebrados por tiempo indefinido (artículo 15.3 ET), y para la determinación de la legalidad de la causa contractual ha tenido esencialmente en cuenta los términos en que aparece redactada la cláusula de temporalidad, para ponerla en contraste con la actividad realmente desempeñada en la empresa por el trabajador y con el cumplimiento de la finalidad a la que responde esta concreta modalidad de contratación temporal, debiendo quedar plenamente identificada y acreditada la causa legitimadora de la temporalidad”.

Atendiendo a los hechos declarados probados, la demandante ha venido prestando servicios para el CSIC en virtud de la concatenación de los siguientes contratos temporales:

1º.- 5 de mayo de 2011: Proyecto de investigación “estudio de arsénico inorgánico, mercurio y metimercurio en muestras de alimentos pertenecientes al estudio de dieta total de la comunidad valenciana y la evaluación de riesgos asociados a su consumo”. La duración era hasta la finalización del proyecto.

2º.- 1 de junio de 2011 a 30 de julio de 2011: Permiso de estancia en centros del CSIC, que fue prorrogado al no ser posible la finalización del análisis de las muestras durante el permiso de estancia debido a problemas con el funcionamiento de los equipos. Se renovó desde el 1 de agosto de 2011 hasta el 30 de septiembre de 2011. Objeto del permiso: Análisis del metomercurio en producto de la pesca.

3º.- Contrato de trabajo para obra o servicio suscrito el 12 de septiembre de 2011 en el marco del proyecto de investigación “evaluación de riesgo de exposición de arsénico a través del estudio del perfil de excreción urinaria de especies arsenicales tóxicas.

4º.- Contrato de trabajo temporal dentro del subprograma personal técnico de apoyo del Ministerio de Economía y Competitividad (de duración determinada), de duración 3 años (1-10-13 al 30-9-2016) para desarrollar el proyecto “Cuantificación de elementos de traza y sus especies químicas en alimentos y biomarcadores, así como la estimación de la bioaccesibilidad de los mismos desde matrices alimentarias”.

La demandante ha ocupado durante toda su relación con el CSIC el cargo de Técnico Superior de Actividades Técnicas y Profesionales Grupo III, Departamento de Conservación y calidad de los alimentos, Grupo elementos de Traza.

Deben destacarse dos hechos que a juicio de esta Sala son relevantes a la hora de dictarse la resolución que nos ocupa:

1.- El primero, que tras la primera contratación por obra o servicio determinado, la actora no estuvo vinculada al CSIC mediante contrato laboral alguno, sino a través de la suscripción de lo que se denomina “permiso de estancia” que abarcó desde el 1 de junio de 2011 al 11 de septiembre del mismo año.

2.- Y que tras ese permiso de estancia volvió de nuevo a ser contratada la demandante en virtud de contrato por obra o servicio determinado para la realización de un proyecto de investigación, bajo cuya vigencia temporal entró en vigor la Ley 14/2011, de 1 de Junio de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación (1 de enero de 2012). El contenido de esta última disposición, resulta relevante a los efectos de resolución del recurso, como después se verá.

La razón por la que se dice por la recurrente que se incurrió en fraude de ley en la contratación temporal es porque según su entender, se realizaban funciones que excedían del objeto de cada uno de los contratos de investigación a los que quedó adscrita. Sin embargo, tal circunstancia no ha resultado acreditada.

La Juez de instancia, valora expresamente tal hecho, y a sus consideraciones debemos estar dado el carácter extraordinario del presente recurso, pues en definitiva lo que se dice por aquélla es que la demandante nunca desempeñó labores ajenas a las previstas en los proyectos de investigación que tenía encomendados.

Se declara en hechos probados que ocupando el puesto de Técnico Superior de Actividades Técnicas y Profesionales Grupo III, realizaba entre otras la preparación del material de laboratorio, reactivos, disoluciones y patrones de calibración, trituración, liofilización y determinación de la humedad por muestras de alimentos, aplicación de procesos de digestión por vía seca o húmeda para la destrucción de materia orgánica, aplicación de metodologías, utilización de técnicas teóricas para la cuantificación de los elementos de traza y recepción de muestras para su análisis.

Ninguna de dichas funciones aparece desvinculadas de los proyectos que tenía encomendados y a mayor abundamiento, el certificado emitido por el Secretario General del CSIC que se aportó a las actuaciones, constató que nunca se autorizó a los investigadores principales de los proyectos en los que desarrollaba sus funciones la actora, ni a ningún otro funcionario, encomendar a dicha trabajadora tareas distintas a las expresamente relacionadas con los contratos suscritos con el Organismo.

A ello no obsta que la testifical practicada en juicio demostrase que la demandante prestaba sus funciones junto con el resto de personal, siendo aquéllas las encomendadas por el jefe de laboratorio, pues el hecho de que la actividad desempeñada pueda vincularse con la normal y cotidiana del centro de investigación, no excluye que las específicas actividades realizadas por la demandante se sujetasen única y exclusivamente a cada uno de los proyectos para los que fue contratada.

Por ello, debe rechazarse la existencia de fraude en la contratación, por ejercicio de funciones distintas a las encomendadas por contrato y habituales en la actividad del CSIC, desestimándose por ende el presente motivo.

**CUARTO.-** Los motivos quinto, sexto y séptimo, redactados todos ellos al amparo del apartado c) del art. 193 LRJS, pueden ser examinados conjuntamente por esta Sala, en aras a la brevedad de la presente resolución. Se realizan en ellos las siguientes consideraciones:

1.- En el motivo quinto, se denuncia por la recurrente la infracción del art. 15.5 ET en relación con los arts. 3.1 y 5 del mismo Texto Legal y art. 2.3 CC.

Se sostiene por la recurrente que aun no considerando el uso fraudulento de los contratos por obra o servicio determinado que se predicó en el motivo anterior, la trabajadora adquirió la condición de personal laboral indefinida de la Agencia Estatal demandada al superarse los límites temporales de contratación previstos en el art. 15.5 ET.

Entiende, al contrario de lo expuesto por la Juez a quo, que dicha limitación temporal es plenamente aplicable a la contratación de la demandante, y que por ello, dado que su vinculación con la demandada, bajo la modalidad de contrato de duración determinada superó el lapso de 24 meses en un periodo de 30, debe accederse a lo solicitado, en cuanto a la declaración de indefinición de la relación laboral.

2.- En el motivo sexto (que por error se denomina séptimo), se enlaza con el argumento anterior, y se expone a la Sala que el periodo en el que la recurrente prestó servicios bajo la modalidad de “permiso de estancia en centros del CSIC” debe tenerse en cuenta a efectos de fijar el periodo temporal en que la trabajadora quedó vinculada a la demandada, pues prestó los mismos servicios, acudiendo al centro de trabajo y

desarrollando actividades de apoyo al grupo de investigación, pudiendo calificarse dicho periodo como de “laboral”.

3.- Y al motivo séptimo (por error, denominado sexto), se denuncia la infracción de los arts. 3.5 y 15.5 ET, y doctrina sobre la “unidad esencial del vínculo”.

Se afirma en este caso por la Sra. C. que el lapso temporal en el que la demandante disfrutó del permiso de estancia no supuso una ruptura del vínculo laboral que le unía con la demandada, debiendo retrotraerse la fecha de antigüedad de la trabajadora a la primera de las contrataciones, sita el 5 de mayo de 2011.

La primera de las cuestiones se circunscribe a determinar si la limitación temporal prevista en el art. 15.5 ET, operaría en los contratos de duración determinada suscritos entre la demandante y la demandada.

Dicho precepto, en la redacción vigente al momento de la contratación, disponía que sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados 1.a), 2 y 3 del precepto, los trabajadores que en un periodo de treinta meses hubieran estado contratados durante un plazo superior a veinticuatro meses, con o sin solución de continuidad, para el mismo o diferente puesto de trabajo con la misma empresa o grupo de empresas, mediante dos o más contratos temporales, sea directamente o a través de su puesta a disposición por empresas de trabajo temporal, con las mismas o diferentes modalidades contractuales de duración determinada, adquirirán la condición de trabajadores fijos.

La Juez de instancia rechazó dicha posibilidad argumentando que la DA 15ª del Estatuto de los Trabajadores no permitía dicha posibilidad, al suscribirse dichos contratos en el ámbito de la investigación. Y esta Sala ha de mostrarse conforme con dicha conclusión, por las siguientes razones.

Como ya apuntábamos anteriormente, el primero de los contratos suscritos entre las partes, para obra o servicio determinado, lo fue en fecha 5 de mayo de 2011. Tras él, le sucedió un “permiso de estancia en centros del CSIC”, que abarcó desde el 1 de junio hasta el 30 de julio de 2011, prorrogado hasta el 30 de septiembre de 2011. Tras ello, se firmó de nuevo contrato por obra o servicio determinado de fecha 12 de septiembre de 2011, en el marco de un proyecto de investigación de evaluación de riesgo de exposición de arsénico, con duración hasta fin de la obra; y por último, el 1 de octubre de 2013 se suscribió contrato de trabajo de duración determinada para desarrollar el proyecto “cuantificación de elementos de traza y sus especies químicas en alimentos y biomarcadores, así como la estimación de la bioaccesibilidad de los mismos desde matrices alimentarias”. La duración de este último contrato era de tres años.

Es durante la vigencia del tercero de los contratos suscritos cuando comienza a aplicarse la Ley 14/2011 de 1 de junio de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación. El art. 20 de dicha Ley prevé las modalidades contractuales específicas para el personal investigador, añadiendo su apartado segundo que las entidades previstas en la norma, podrán también contratar personal a través de las modalidades de contrato de trabajo establecidas por el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

Y conforme a la Disposición Adicional 23ª de dicha norma: *“De acuerdo con lo señalado en el apartado 2 de la disposición adicional decimoquinta del Estatuto de los Trabajadores, no se aplicará lo dispuesto en el artículo 15.1.a) del mismo en materia de duración máxima del contrato por obra o servicio a los contratos para la realización de proyectos específicos de investigación científica y técnica a que se*

*refieren los artículos, 20.2, 26.7 y 30 y el apartado 2 de la disposición adicional decimocuarta de esta ley.*

*Tampoco les resultará de aplicación lo dispuesto en los párrafos primero y segundo del artículo 15.5 del Estatuto de los Trabajadores, de acuerdo con lo previsto en el apartado 3 de la disposición adicional decimoquinta del Estatuto de los Trabajadores.*

*La excepción expresada en esta disposición se aplicará únicamente a las Administraciones públicas, organismos públicos, universidades públicas y otras entidades del sector público consideradas agentes de ejecución del Sistema Español de Ciencia, Tecnología e Innovación de acuerdo con el artículo 3.4 de esta ley, que formalicen contratos temporales para la realización de proyectos específicos de investigación científica y técnica”.*

Si ello es así, el motivo como ya adelantamos ha de ser desestimado. Ello por cuanto que entendemos no puede tomarse en consideración una única cadena contractual para obra o servicio determinado, máxime cuando la misma quedó interrumpida con la firma de un permiso de estancia en el mes de junio de 2011.

Si por tanto tomamos en consideración únicamente los dos últimos contratos suscritos, debe señalarse que, a la firma del último de ellos, la Ley de Ciencia descartaba la posibilidad de aplicar las previsiones contenidas en el art. 15.5 ET, por lo que la argumentación del recurrente, en línea con lo expresado por la Juez de instancia, ha de ser rechazada.

Y todo ello en consonancia con lo dispuesto en el art. 5 del RD Ley 10/2011, de 26 de agosto, de medidas urgentes para la promoción del empleo de los jóvenes, el fomento de la estabilidad en el empleo y el mantenimiento del programa de recualificación profesional de las personas que agoten su protección por desempleo, que suspendió durante dos años la vigencia de lo previsto en el art. 15.5 ET desde la entrada en vigor de la citada norma reglamentaria (31-8-2011). Disposición por tanto ya aplicable, a la contratación iniciada el 12 de septiembre de 2011.

Por todo ello, descartada la existencia de fraude, la toma en consideración del permiso de estancia como vinculación laboral con la demandada, y la aplicación de los límites previstos en el art. 15.5 ET para declarar la relación de la demandante indefinida no fija, procede desestimar íntegramente el recurso, pues la argumentación sobre la unidad esencial del vínculo sólo procedería si se hubiera advertido la presencia de fraude en la contratación, lo que no ha ocurrido.

**SEXTO.-** No procede la imposición de costas, al gozar la recurrente del beneficio de justicia gratuita (art. 235.1 LRJS).

En virtud de lo expuesto,

### **FALLAMOS**

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de DOÑA M.J.C.P. frente a la sentencia dictada el 13 de noviembre de 2017 por el Juzgado de lo Social número 10 de Valencia, en autos número 646/2015 seguidos a instancia de la precitada recurrente frente a AGENCIA ESTATAL (CSIC); y en consecuencia, confirmamos íntegramente la resolución recurrida.

Sin imposición de costas.

## 2422

### **Sentencia núm. 3.608, de 4 de diciembre de 2018**

**Materia:** Despido. Trabajadora con contrato indefinido a tiempo completo que presta sus servicios con la categoría profesional de jefe de sección de tiendas en empresa grandes almacenes. Emisión carta de despido disciplinario al observarse continuadas mermas de los productos en cámaras frigoríficas, siendo la trabajadora responsable de su conservación y control. Excepción de caducidad de la acción de despido.

**Juzgado:** Estima la demanda declarando improcedente el despido de la trabajadora, condenando a la demandada a la readmisión de la actora o al abono de la indemnización correspondiente, sin perjuicio de las responsabilidades legales del FOGASA en caso de insolvencia.

**Sala:** Estima el recurso y revoca la sentencia de instancia. La sala aprecia la excepción de caducidad de la acción de despido, revocando la sentencia en tal sentido.

**Ponente:** Ilma. Sra. D<sup>a</sup>. María Isabel Sáiz Areses.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-** D<sup>a</sup>. M.N. interpuso en su día demanda de despido frente a la empresa S.S. SL y FOGASA solicitando se declarara la improcedencia del despido de fecha 7 de Julio del Dos Mil Diecisiete.

La sentencia de instancia estimó la demanda y declaró la improcedencia del despido con fecha de efectos del 7 de Julio del 2017 y frente a dicho pronunciamiento se alza la parte demandada recurriéndolo en suplicación e interesando que, tras estimarse el recurso, se revoque la Sentencia de instancia y se aprecie la excepción de caducidad de la acción de despido y en consecuencia desestime la demanda o subsidiariamente se declare la procedencia del despido. La parte actora impugnó el despido.

**SEGUNDO.-** Para ello la parte demandada formula dos primeros motivos al amparo del apartado b) del artículo 193 LRJS interesando la revisión de los hechos probados y otros dos motivos al amparo del apartado c) de dicho precepto denunciando la infracción de las normas jurídicas o sustantivas y de la Jurisprudencia.

En el primero de los motivos formulados al amparo del apartado c) del artículo 193 LRJS la empresa denuncia la infracción del artículo 59-3 ET y artículo 43-4 y 65-3 LRJS y de la Jurisprudencia concordante, alegando que la acción de despido ejercitada por la actora se encontraba caducada por haber transcurrido más de veinte días hábiles desde el despido e indicando que dicha excepción debió ser examinada y apreciada de oficio por el Juzgador sin necesidad de alegación por las partes al tratarse de una cuestión de orden público no sujeta al principio de justicia rogada. Como la apreciación de la referida excepción impediría entrar a conocer del fondo del asunto y así de los demás motivos de recurso formulados, debemos comenzar analizando este motivo de recurso. La parte actora al impugnar el recurso no discute que la empresa pueda alegar por primera vez tal excepción en este trámite de recurso, pasando a analizar la misma entendiendo que la demanda se ejercitó dentro del plazo de veinte días hábiles, pero en todo caso en relación al planteamiento de tal excepción ex novo en el trámite del recurso de suplicación, debemos citar la Sentencia del Tribunal Supremo de 25/05/2015 (RCUD 2150/2014) que se pronuncia en los siguientes términos: *“La censura jurídica se centra, sin mencionar expresamente el precepto, en la interpretación que haya de darse al art. 59.3 del Estatuto de los Trabajadores (ET),*

en orden a si el tribunal de suplicación puede o no apreciar de oficio la excepción de caducidad de 20 días para impugnar los despidos, cuando tal excepción no fue alegada en la instancia y sí lo es por primera vez en el recurso de suplicación. La sentencia recurrida rechaza entrar de oficio en tal cuestión, razonando que "...no procede la admisión de la excepción de caducidad ya que como ha mantenido el Tribunal Supremo,... ni siquiera puede admitirse como cuestión nueva, porque según la doctrina de la Sala (SSTS 14/03/78; 05/11/84; 21/12/84; 25/11/85 su "admisión en un recurso extraordinario vulneraría el derecho de defensa de la otra parte, que se vería así privada de los medios normales de oposición frente a esta alegación extemporánea" (STS 14/07/86. y no puede apreciarse en trámite extraordinario de casación, pues el derecho fundamental a la defensa debe primar sobre la posibilidad de apreciación de oficio de la caducidad (STS 13/12/89, con cita de las SSTS 4/07/86; 14/03/78; 05/11/84; 21/12/84; 25/11/85; 30/01/90, con cita de STS 24/11/88, 03/03/87 y 23/12/87)."

La doctrina de esta Sala del Tribunal Supremo que menciona la sentencia recurrida viene matizada actualmente por la propia Sala en la reciente sentencia de 26 de noviembre de 2012 (Rcud. 3772/11) - señalada para contraste - que, reiterando doctrina de la anterior de 4 de octubre de 2007 (Rcud. 5405/05), resume así la doctrina jurisprudencial a seguir en este caso:

"1.- La muy consolidada doctrina jurisprudencial que sienta el criterio de que en todo recurso no pueden plantearse válidamente cuestiones que no se hayan planteado en la instancia, de forma que tales cuestiones nuevas tienen que ser necesariamente rechazadas en ese recurso, tiene su base, fundamento y justificación en el principio dispositivo o de justicia rogada que rige el proceso judicial español. Se recuerda que el epígrafe VI de la LEC precisa que "la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil sigue inspirándose en el principio de justicia rogada o principio dispositivo, del que se extraen todas sus razonables consecuencias con la vista puesta, ... en que, como regla, los procesos civiles persiguen la tutela de derechos e intereses legítimos de determinados sujetos jurídicos, a los que corresponde la iniciativa procesal y la configuración del objeto del proceso"; y el art. 216 de este mismo cuerpo legal, que se intitula "principio de justicia rogada", dispone que "los Tribunales civiles decidirán los asuntos en virtud de las aportaciones de hechos, pruebas y pretensiones de las partes, excepto cuando la ley disponga otra cosa en casos especiales".

Así pues, la doctrina jurisprudencial que establece el decaimiento de las "cuestiones nuevas" planteadas en los recursos, se basa en el principio procesal que se acaba de mencionar y es consecuencia del mismo, pues si, en virtud de tal principio, el Juez y Tribunal sólo puede conocer de las pretensiones y cuestiones que las partes hayan planteado en el proceso, esta regla se ha de aplicar desde los momentos iniciales del mismo, en los que tales pretensiones y cuestiones han de quedar ya configuradas y delimitadas, sin posibilidad de modificarlas sustancialmente ni de añadir ninguna otra cuestión distinta. Por tanto, fuera de esos momentos iniciales en donde ha de quedar delimitado el objeto del proceso, tanto en la que atañe a la pretensión del demandante, como a la "contraprestación" o "resistencia" del demandado, no es posible suscitar nuevos problemas o cuestiones; lo que pone en evidencia que estas nuevas cuestiones no se pueden alegar válidamente por vez primera en vía de recurso.

2.- Sin embargo, hay determinado tipo de materias respecto a las que no es aplicable el principio de justicia rogada, las cuales constituyen verdaderas excepciones al mismo, pues el Juez o Tribunal puede y debe proceder de oficio a su análisis y resolución, sin necesidad que hayan sido alegadas previamente por alguna de las partes. Obviamente se trata de materias de derecho necesario que afectan de forma especialmente relevante al orden público del proceso, lo que obliga al Juez o Tribunal a velar específicamente por la observancia y cumplimiento del mismo. La más clásica y significativa de estas materias, en las que el Tribunal ha de

*entrar a resolver, aunque las partes no hayan formulado alegación alguna al respecto, es la relativa a la propia competencia jurisdiccional del mismo (sea por razón de la materia, sea objetiva, sea funcional). Pero también en relación con otros temas o instituciones existen excepciones al comentado principio dispositivo, debiendo los Tribunales examinarlos de oficio. Uno de estos temas es, precisamente, el instituto de la caducidad que ahora se analiza. Desde mucho tiempo atrás, tanto la doctrina jurisprudencial como la científica mantienen que el instituto de la caducidad puede y debe ser apreciado de oficio por los Tribunales.*

*3.- Ahora bien, parece lógico entender que en aquellos temas o cuestiones que pueden ser apreciados de oficio por los Tribunales, difícilmente puede ser tomada en consideración la interdicción de la alegación de cuestiones nuevas en el recurso o recursos, salvo supuestos muy determinados y específicos ajenos al caso de que se trata en esta litis. Este criterio se basa en las siguientes razones:*

*a).- Como se ha dicho poco más arriba, el rechazo de la formulación de cuestiones nuevas en el recurso, se funda en el principio de justicia rogada que conforma el proceso judicial español. Ahora bien, si un determinado tema puede ser examinado por los Tribunales, de oficio, con respecto a él no rige este principio, pues se trata de una excepción al mismo; y si en relación con ese tema no se aplica este principio procesal, falta el fundamento esencial para poder apreciar la existencia de cuestión nueva.*

*b).- Si la cuestión podía ser examinada de oficio por el Juez de instancia, ello significa que el mismo debía haber procedido a su examen; con lo cual, no parece lógico sostener que la alegación de ese tema en el recurso constituya una cuestión nueva, cuando el mismo se encontraba dentro del espacio sobre el que había tenido que incidir la decisión del Juez."*

*Y a continuación matiza los supuestos en que debe aplicarse esta doctrina, del siguiente modo:*

*"a).- Para que el Juez o Tribunal pueda declarar de oficio la caducidad de la acción de despido, es de todo punto obligado que en el proceso hayan quedado probados con claridad y certeza los hechos base de la misma, de forma tal que no exista duda alguna de que tal acción ha caducado por concurrir los requisitos necesarios para la apreciación de dicha caducidad. Si esos hechos, datos o elementos no han quedado debidamente acreditados o es dudosa su existencia, el Juez o Tribunal no puede apreciar de oficio tal caducidad, pues no existe base para ello, y por consiguiente si lo hace se arriesga a adoptar una decisión equivocada y contraria a derecho, con manifiesta indefensión del trabajador demandante.*

*Y este criterio es totalmente aplicable a aquellos casos en que, como aquí acontece, la empresa demandada alega la excepción de caducidad por vez primera en el recurso de suplicación; y así resulta que sólo puede formular válida y eficazmente tal alegación en el recurso, cuando en la sentencia de instancia hayan quedado plenamente acreditados los hechos sobre los que se funda dicha caducidad. Si no aparece claramente esa constancia fáctica, tal alegación carece totalmente de efectividad y el Tribunal está obligado a desestimar tal pretensión impugnatoria de la sentencia de instancia".*

A la vista de dicha doctrina, la excepción de caducidad de la acción de despido puede alegarse y apreciarse por primera vez en este trámite de recurso de suplicación pero para ello es necesario que los hechos en los que se funda resulten indiscutibles y claros, y en este caso a la vista de la demanda, hechos probados de la sentencia, y el propio escrito de impugnación, tales hechos resultan claros y a partir de los mismos es necesario apreciar conforme a la petición de la recurrente la excepción de caducidad de la acción de despido. Como la propia parte actora señala en su escrito de impugnación, se desprende del hecho probado segundo de la Sentencia que fija como fecha del despido la del 07/07/2017 sin hacer alguna otra precisión sobre una fecha posterior en la que hubiera sido notificada la carta, de manera que resultaría en

todo caso innecesaria la revisión solicitada en el primer motivo de recurso para hacer constar que se hizo entrega a la actora de la carta de despido el día 7 de Julio del 2017 ya que tal extremo no resulta controvertido, el día a quo para el cómputo de los veinte días hábiles previstos legalmente para poder accionar por despido, es el referido día 07/07/2017. Del hecho probado sexto de la Sentencia se desprende que la papeleta de conciliación por despido se presenta el día 14 de Julio del 2017 y que el acto de conciliación no se celebra hasta el 28 de agosto del 2017, presentándose la demanda el día 14 de septiembre del 2017. Siendo tales hechos claros e indiscutidos pues de hecho así lo afirma la parte actora al impugnar el recurso, al folio 2 de su escrito de impugnación, y poniendo en relación los mismos con lo que se recoge en el artículo 65 LRJS, debemos dar la razón a la empresa cuando afirma que cuando se presenta la demanda de despido la acción ya estaba caducada. Desde el día 7 de Julio al 14 de Julio y sin contar ninguno de estos dos días, debemos computar cuatro días hábiles. Desde el día 14 de Julio y hasta que transcurren 15 días hábiles desde esa fecha, el plazo de caducidad permanece suspendido conforme al referido artículo 65 LRJS, de manera que permanece suspendido hasta el día 4 de agosto. A partir de esa fecha y conforme al apartado 1 del artículo 65 LRJS se reanuda el plazo de caducidad de la acción de despido y como desde el 4 de agosto y sin contar dicha fecha y hasta el día 14 de septiembre en que se presenta la demanda transcurren 27 días hábiles que deben sumarse a los 4 días que ya habían transcurrido a fecha de presentación de la papeleta de conciliación, es claro que en dicha fecha del 14 de septiembre del 2017 la acción estaba caducada y así debió apreciarlo de oficio la Magistrada de Instancia y al no hacerlo procedemos a hacerlo en esta Sentencia, revocando la Sentencia y acordando en su lugar tras apreciar dicha excepción absolver en la instancia a la empresa sin entrar a conocer de la acción de despido ejercitada y sin necesidad por ello de entrar a conocer de los demás motivos de recurso formulados. Las previsiones legales en orden al ejercicio de la acción de despido, recogen que tal acción debe ser ejercitada en el breve plazo de caducidad de 20 días hábiles que establecen el art. 59.3 del Estatuto de los Trabajadores, tanto del aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995 de 24 de marzo (RCL 1995, 997) como del que resulta del TR de octubre del 2015, que dispone que " El ejercicio de la acción contra el despido o resolución de contratos temporales caducará a los veinte días siguientes de aquel en que se hubiera producido. Los días serán hábiles y el plazo de caducidad a todos los efectos. El plazo de caducidad quedará interrumpido por la presentación de la solicitud de conciliación ante el órgano público de mediación, arbitraje y conciliación competente" y el art. 103.1 de la Ley 36/2011 de 10 de octubre (RCL 2011, 1845) reguladora de la Jurisdicción social que dispone que "1. El trabajador podrá reclamar contra el despido, dentro de los veinte días hábiles siguientes a aquél en que se hubiera producido. Dicho plazo será de caducidad a todos los efectos y no se computarán los sábados, domingos y los festivos en la sede del órgano jurisdiccional.". Conforme a reiterada doctrina judicial debe ser analizada la caducidad de la acción de despido, bien por excepción que oponga la parte demandada, y aún de oficio dado su carácter y naturaleza absoluta, como institución de orden público y de observancia inexcusable que opera de modo fatal, ope legis, automático y sustraída a la voluntad de las partes e incluso del Tribunal, siendo apreciable incluso de oficio, pues el plazo de caducidad supone el plazo de vida misma del derecho a cuyo término queda extinguido el mismo, sin necesidad de alegación de parte. Este carácter lo declara la doctrina judicial al afirmar que "la caducidad, a diferencia de la prescripción, no es propiamente una excepción, sino un elemento consustancial del derecho, lo que permite su apreciación de oficio, ello porque al fijar el legislador un plazo de caducidad para el ejercicio de un derecho lo que está haciendo es limitando la vida o vigencia de este, de tal modo que transcurrido el plazo marcado para su ejercicio sin hacerlo, automáticamente muere, de forma similar a como un medicamento caducado pierde toda su virtualidad o eficacia; todo derecho subjetivo solo es tal cuando tiene la posibilidad de ser jurídicamente protegido, pues si pierde tal protección -conseguida a través de la oportuna acción procesal- se desnaturaliza hasta el extremo de no existir como tal derecho; los derechos sujeto a acción de caducidad llevan en su entraña a

modo de una bomba de relojería con día y hora marcada para explotar, en forma tal que, si no es desactivada mediante su ejercicio procesal, estalla destruyéndolo, por lo cual llegado tal momento sin ejercitar, el derecho mismo deja de existir sin necesidad de que la parte originariamente obligada a su cumplimiento precise alegar nada en su favor, porque siendo ya inexistente el derecho ninguna consecuencia jurídica puede derivarse de él. De ello se deriva el carácter sustancial y no meramente procesal de la caducidad y la razón o fundamento de que pueda ser apreciada de oficio". Por otra parte, el [art. 182.1](#) de la [Ley Orgánica del Poder Judicial \(RCL 1985, 1578 y 2635\)](#) 6/1985 de 1 julio 1985 dispone que "son inhábiles a efectos procesales los sábados y domingos, los días 24 y 31 de diciembre, los días de fiesta nacional y los festivos a efectos laborales en la respectiva Comunidad Autónoma o localidad". Además, el artículo 43 LRJS indica que "los días del mes de agosto serán inhábiles salvo en las modalidades procesales de despido, extinción del contrato de trabajo de los artículos 50,51,52 del TR de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, movilidad geográfica, modificación sustancial de las condiciones de trabajo, suspensión del contrato y reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción o derivadas de fuerza mayor, derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral del artículo 139, impugnación de altas médicas, vacaciones, materia electoral, conflictos colectivos, impugnación de convenios colectivos y tutela de derechos fundamentales y libertades públicas, tanto en el proceso declarativo como en trámite de recurso o de ejecución." Y por último debe tenerse en cuenta que el [art. 45.1](#) de la [Ley 36/2011 de 10 de octubre \(RCL 2011, 1845\)](#) reguladora de la Jurisdicción social dispone que "Cuando la presentación de un escrito esté sujeta a plazo, podrá efectuarse hasta las quince horas del día hábil siguiente al del vencimiento del plazo en el servicio común procesal creado a tal efecto o, de no existir éste, en la sede del órgano judicial". En cuanto a los efectos suspensivos de la papeleta de conciliación establece el [art. 65.1](#) de la [Ley 36/2011 de 10 de octubre \(RCL 2011, 1845\)](#) reguladora de la Jurisdicción social que "La presentación de la solicitud de conciliación o de mediación suspenderá los plazos de caducidad e interrumpirá los de prescripción. El cómputo de la caducidad se reanuda al día siguiente de intentada la conciliación o mediación o transcurridos quince días hábiles, excluyendo del cómputo los sábados, desde su presentación sin que se haya celebrado". A este respecto la STS 27-10-16 (913/16) señala: *"Tal como hemos reseñado en sentencias anteriores (SSTS de 3 de junio de 2013, rec. 2301/2012; de 26 de mayo de 2015, rec. 1784/2014 y de 26 de enero de 2016, rec. 2227/2014) «la conciliación previa ante los servicios que están encargados de tramitar ese requisito previo al proceso no es realmente un procedimiento administrativo incrustado en el laboral, o una especie de reclamación planteada ante un órgano administrativo, de perfiles y características típicamente administrativas en el sentido previsto en aquella norma, la Ley 30/1992, y desde luego tampoco es algo en cierto modo independiente, como hemos dicho, del proceso laboral, sino que realmente se trata de una actuación exigible para acceder a la jurisdicción, un trámite profundamente impregnado de principios y valores procesales de características propias. De hecho, el Órgano de conciliación que lleva a cabo esos actos de evitación del proceso, no actúa en ellos de manera típica o característica de las Administraciones Públicas, puesto que no puede producir resoluciones autónomas o tomar decisiones propias distintas de las que se derivan de su función, regulada y encaminada a la evitación del proceso laboral, o en caso de no avenencia, abrir la puerta al proceso una vez cumplido el trámite. Partiendo entonces de las premisas anteriores podemos afirmar, como acertadamente hace la sentencia de contraste, que el plazo de caducidad previsto en el artículo 59.3 ET para el ejercicio de la acción de despido queda gráficamente "congelado" durante la sustanciación de la conciliación, esto es, desde el día en que se interpone la papeleta de conciliación.»* Ocurre, sin embargo, que por ministerio de la ley la suspensión del cómputo de la caducidad tiene una duración limitada en el tiempo, sometida a dos diferentes parámetros, de tal manera que se tomará como referencia el que primero acontezca de los dos. Así, de acuerdo con el [art. 65.1 LRJS](#), el cómputo de la caducidad se reanuda bien al día siguiente de intentada la

*conciliación, bien transcurridos quince días hábiles -concretamente, al día siguiente hábil de esos quince días hábiles- desde la presentación de la solicitud de conciliación si ésta no se hubiera intentado con anterioridad. El primero constituye un plazo indeterminado, en la medida en que no es posible conocer a priori el día en que la conciliación será intentada, mientras que el segundo es un plazo absoluto e inamovible, pues este plazo de quince días no se ampliará ni siquiera en el caso de que la solicitud de conciliación requiera de subsanación, para lo que se le habrá concedido un plazo al solicitante que, de esta manera, se solapa con el de la suspensión de la caducidad de la acción. En ambos casos, no habrá de computarse en el plazo el mismo día de la presentación de la demanda. Este plazo de quince días hábiles desde la presentación de la papeleta de conciliación, sin que ésta se haya celebrado, implica que el cómputo de la caducidad se reanuda a partir del siguiente día sin esperar a que se celebre el acto conciliatorio y sin que una celebración posterior de éste implique la suspensión retroactiva del plazo que ya se reanudó".* Conforme a la doctrina expuesta y teniendo en cuenta los hechos incontrovertidos de fecha del despido, presentación de la papeleta de conciliación y demanda antes indicados, la acción de despido debe considerarse caducada pues con independencia de la fecha en la que se celebrara el acto de conciliación, el plazo de caducidad se reanudaba a los quince días hábiles de la presentación de la papeleta de conciliación, plazo que es independiente del de 30 días a que se refiere el artículo 65-2 LRJS para considerar terminado el trámite de la conciliación previa. Por ello no podemos acoger la argumentación de la parte actora para entender que la acción no está caducada y como antes hemos indicados debemos apreciar la excepción alegada y declarar caducada la acción de despido, revocando la Sentencia en tal sentido.

**TERCERO.-** De conformidad con lo dispuesto en el artículo 235 LRJS al haberse estimado el recurso, no procede la imposición de costas.

Por ello; VISTOS los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

### **FALLAMOS**

Que estimando el recurso de suplicación interpuesto por la empresa S.S. SL contra la sentencia de fecha diecisiete de Mayo del Dos Mil Dieciocho dictada por el Juzgado de lo Social Número Dos de Alicante, en autos número 606/2017 seguidos a instancias de D<sup>a</sup> M.N. contra la empresa recurrente sobre DESPIDO, debemos revocar dicha Sentencia y acordar en su lugar apreciando la excepción de caducidad de la acción de despido instada por la trabajadora, desestimar la demanda formulada por la trabajadora frente a la empresa, absolviendo en la instancia a dicha Entidad sin entrar a conocer del fondo de la acción de despido ejercitada.

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

## 2423

**Sentencia núm. 3.750, de 18 de diciembre de 2018**

**Materia:** Prestación por desempleo. Solicitud sucesivas prestaciones por agotamiento de la prestación contributiva, al continuar en situación de desempleo y tener cargas familiares. La demandada ha comunicado en varias ocasiones la incorporación del marido al trabajo, perdiendo el subsidio y debiendo reintegrar determinadas cantidades. Tras petición de una nueva solicitud se le comunica propuesta de extinción de prestaciones y percepción indebida, debiendo reingresar determinada cantidad. Reconocimiento subsidio para mayores de 45 años. Prescripción acción de reintegro de prestaciones indebidas. Reintegro totalidad de prestaciones.

**Juzgado:** Estima parcialmente la demanda del organismo demandante condenando a la demandada al reintegro parcial de determinada cantidad en concepto de cantidades indebidamente percibidas por la demandada.

**Sala:** Estima el recurso rechazando el plazo de prescripción de tres meses y se condena a la demandada al abono total de las cantidades indebidamente percibidas.

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

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Frente a la sentencia del Juzgado de lo Social nº Quince de los de Valencia que estima parcialmente la demanda interpuesta por el SPEE y condena a la demandada a reintegrar la cantidad de 1.820 € interpone recurso de suplicación la Entidad Gestora que articula a través de dos motivos, habiendo sido el recurso impugnado de contrario, conforme se refirió en los antecedentes de hecho.

El primero de los motivos que tiene por objeto la revisión de los hechos declarados probados se introduce por el apartado b del art. 193 de la Ley de la Jurisdicción Social (LJS). Son dos las modificaciones solicitadas.

La primera de ellas afecta al hecho probado tercero para el que propone el siguiente tenor:

"Que tras cesar su cónyuge el 30-6-2013, la Sra. S. reanudó el subsidio de desempleo con fecha de efectos 15-7-2013, percibiéndolo hasta el 23-3-2014, al comunicar el 23-4-2014 que su cónyuge nuevamente comenzaba a trabajar el 24-3-2014 en la Conselleria de Educación, declarándose por resolución de 13-5-2014 el cobro indebido de 99,40 euros del periodo 24-3-2014 a 30-3-2014, cantidad que fue reintegrada.

Mientras, su cónyuge reanudó la prestación por desempleo de nivel contributivo con fecha de efectos 15-7-2013, percibiéndola hasta el 23-3-2014, abonándosele en tal concepto los siguientes importes:

Recibo correspondiente a julio de 2013: 579,84 euros brutos.

Recibos comprendidos entre agosto de 2013 a febrero de 2014 (ambos inclusive): 1.087,20 euros mensuales brutos.

Recibo correspondiente a marzo de 2014: 833,52 euros brutos".

Con la modificación solicitada se introduce la percepción de la prestación por desempleo por el esposo de la demandada tras la prestación de servicios para la Conselleria de Educación y se sustenta en el folio 14 (Resolución de reconocimiento de reanudación del subsidio de desempleo a la demandada), en los folios 15 a 24

(recibos abonados a la demandada en concepto de subsidio de desempleo, en el folio 25 (comunicación de la demandada de colocación de su cónyuge), en el folio 26 (copia de la solicitud de reanudación de la prestación de desempleo de nivel contributivo del esposo de la demandada) y en los folios 46 a 54 (copia de los recibos abonados al cónyuge de la demandada en concepto de prestación de desempleo correspondientes al período 15-7-2013 a 23-3-2014). Al desprenderse la nueva redacción de los documentos en los que se sustenta y ofrecer información imprescindible sobre los ingresos del cónyuge de la demandada en el período en el que la misma percibió la prestación por desempleo para mayores de 45 años con cargas familiares se ha de acoger.

La segunda modificación concierne al hecho probado cuarto para el que se insta la siguiente redacción:

"Que tras cesar su cónyuge en la Conselleria de Educación el 30-6-2014, la Sra. S. vuelve a solicitar la reanudación del subsidio, que se reconoce en fecha 14-7-2014, con 278 días consumidos, y fecha de efectos 10-7-2014, y percibiéndolo hasta el 30-3-2015.

Mientras, a su cónyuge le fue reconocida la reanudación de la prestación por desempleo con fecha de efectos 10-7-2014, y percibiéndola hasta el 10-5-2015, percibiendo el concepto de prestación por desempleo las siguientes cantidades:

Recibo de julio de 2014: 761,04 euros brutos.

Recibos comprendidos entre agosto de 2014 a abril de 2015 (ambos inclusive): 1.087,20 euros mensuales brutos".

La nueva redacción ofrece de nuevo información sobre la percepción de la prestación de desempleo de nivel contributivo percibida por el esposo de la demandada durante el período en que la misma percibió el subsidio por desempleo y se sustenta en el folio 28 (copia de la solicitud de reanudación del subsidio de desempleo presentada por la demandada el 17-7-2014), en los folios 30 a 38 (copia de los recibos percibidos por la demandada en concepto de subsidio de desempleo en el período de 10-7-2014 al 30-3-2015), en el folio 39 (copia de la solicitud de reanudación de la prestación por desempleo del cónyuge de la demandada), en el folio 40 (Resolución de reconocimiento de la reanudación de la prestación por desempleo al esposo de la demandada) y en los folios 55 a 64 (copia de los recibos abonados al cónyuge de la demandada en concepto de prestación por desempleo del período de 10-7-2014 al 30-4-2015) y también ha de ser acogida al desprenderse de los documentos reseñados y aportar datos imprescindibles sobre los ingresos percibidos por el esposo de la demandada durante el tiempo en que la misma percibió el subsidio de desempleo por cargas familiares.

**SEGUNDO.-** En el siguiente motivo de recurso que se fundamenta en el apartado c del art. 193 de la LJS se denuncia la infracción del art. 43 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, y asimismo la infracción, por no aplicación del art. 45.3 del citado texto legal y la doctrina jurisprudencial que lo interpreta y que se contiene, entre otras, en las sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 14-6-2001 (rec. 3614/2000), 7-11-2001 (rec. 1533/2001), 12-11-2002 (rec. 888/2002), 7-11-2005 (rec. 2215/2004), 22-12-2008 (rec. 508/2012), 14-12-2012 (rec. 588/2012) y 16-2-2016 (rec.2938/2014).

Aduce la Entidad Gestora que no cabe aplicar la prescripción corta en el reintegro de las cantidades indebidamente percibidas por la demandada, esto es, el plazo de tres meses contemplado en el art. 43 del TRLGSS ni siquiera aunque concurra buena fe en el beneficiario y una visible tardanza por parte del Ente Gestor en detectar y reclamar la devolución de lo indebidamente percibido ya que a raíz de la fecha de 1-1-1998 en que entró en vigor la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, rige el plazo de 4 años sin excepción, lo que supone la privación de todo margen de

discrecionalidad a los órganos judiciales, a diferencia de lo que ocurría con anterioridad.

La censura jurídica expuesta ha de prosperar ya que el art. 45.3 LGSS en el que se regula el "Reintegro de prestaciones indebidas" dispone que "La obligación de reintegro del importe de las prestaciones indebidamente percibidas prescribirá a los cuatro años, contados a partir de la fecha de su cobro, o desde que fue posible ejercitar la acción para exigir su devolución, con independencia de la causa que originó la percepción indebida, incluidos los supuestos de revisión de las prestaciones por error imputable a la Entidad Gestora".

Y como indica la sentencia del Tribunal Supremo de 16-2-2016, rcud. 2938/2014 citada por la Entidad Gestora recurrente "3.- *En interpretación de la referida regla de prescripción tratándose de prestaciones de pago periódico, -- puesto que en las de pago único la regla es clara, en cuanto el día inicial es el de la fecha de su cobro --, y en cuanto ahora más directamente afecta, esta Sala de casación, -- en especial con anterioridad a la adición de dicho nº 3 al citado art. 45 LGSS operada por Ley 66/1997, de 30 de diciembre (de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social), que impide la flexibilidad jurisprudencial que hasta entonces se aplicaba al prescribir que dicho plazo debía aplicarse "* con independencia de la causa que originó la percepción indebida, incluidos los supuestos de revisión de las prestaciones por error imputable a la Entidad Gestora " --, había venido declarando:

- a) *En una ya clásica sentencia dictada en Pleno, -- aun dictada cuando el plazo de prescripción era de cinco años y se interrelacionaba jurisprudencialmente con la buena fe para reducirlo a tres meses --, se afirmó, con carácter general, que " La clave para coordinar y precisar estas líneas interpretativas divergentes en esta Sala General viene dada, como señala la sentencia de 14 de mayo de 1996 , por la referencia que la propia sentencia de 17 de octubre de 1994 realiza a la necesaria exclusión de los supuestos en que la aplicación del límite de los cinco años llevaría a resultados contrarios a la equidad. Este criterio enlaza con las previsiones del artículo 106 de la Ley Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Común -antes artículo 112 de la Ley de Procedimiento Administrativo -, a tenor del cual "las facultades de revisión no podrán ser ejercitadas cuando por prescripción de acciones, por el tiempo transcurrido o por otras circunstancias su ejercicio resulte contrario a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares o las leyes". Este precepto contiene una regla específica para resolver la oposición entre los principios de legalidad y seguridad jurídica, que rige para todos los supuestos de anulación o revocación. Esta regla puede aplicarse también para establecer los límites de los efectos temporales de la revisión de los actos declarativos de derechos, y para ello es de interés la referencia que se incorpora, dentro del marco de la habilitación del artículo 3.2 Código Civil, a la equidad, que, en su función correctora, permite moderar los efectos temporales de la revisión mediante la consideración de un conjunto abierto de factores. La norma permite además relacionar uno de esos factores de ponderación (el tiempo transcurrido) con la buena fe, estableciendo así una vía para la aplicación del principio de la protección de la confianza legítima. Por ello, si sobre la base de la buena fe del beneficiario y de la presunción de legalidad del acto administrativo, el transcurso del tiempo -en especial, cuando éste se produce por una demora de la gestora- crea una situación de legítima confianza, la revisión, aunque sea procedente por operar en el marco de la regulación del artículo 145 de la Ley de Procedimiento Laboral en relación con los artículos 102, 103 y concordantes de la Ley Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Común, deberá ponderarse en sus efectos temporales para que éstos no*

*produzcan perjuicios difícilmente reparables en la esfera del beneficiario y que hubieran sido fácilmente superables si desde el principio el organismo gestor hubiera actuado de acuerdo con la información disponible o la que pudo obtener utilizando los elementos normales de gestión ... " y que " Las consideraciones anteriores permiten establecer algunas conclusiones generales sobre el alcance de la segunda excepción a la regla general que establece en cinco años el tiempo de la obligación de reintegro ... hay que precisar que la demora es un dato objetivo que surge por el transcurso del tiempo a partir del momento en que la entidad gestora contaba con los datos necesarios para regularizar la situación. Se trata, por tanto, de un retraso comprobado, manifiesto y significativo, que hay que valorar en el marco de una gestión social, que afecta a prestaciones destinadas a la cobertura de situaciones de necesidad " (STS/IV 24-septiembre-1996 -rcud 4065/1995);*

- b) *Aun interrelacionándolo con el antiguo criterio de la buena fe para aplicar el plazo corto de prescripción de tres meses y en un supuesto de retraso manifiesto de la Entidad gestora en la reclamación del reintegro de las prestaciones indebidamente percibidas, se razonaba que " Es cierto entonces que ... una deficiente información de la Entidad Gestora no puede dispensar a nadie de la aplicación de la norma, pero también lo es el que ese factor en este caso, junto con los que se han descrito, conduce a la convicción de que el beneficiario obró de buena fe. Junto con ello, existe también una clara inacción por parte del Instituto demandante, que teniendo todos los datos relativos a la indebida concesión de la prestación -en abril de 1.991-- actúa frente al beneficiario reclamando lo indebidamente percibido cinco años después, por importe de 2.148.210 ptas ." y " Por tanto, se dan los requisitos exigidos en la doctrina de esta Sala - inequívoca buena fe por parte del beneficiario receptor de lo indebido y un retraso comprobado manifiesto y significativo en la actividad reguladora de la situación de abono indebido por parte de la Entidad Gestora- ... para establecer el plazo de retroacción de lo indebidamente abonado a los tres meses anteriores al 26 de abril de 1.995, fecha de la resolución administrativa en la que se procede a la revisión de la concesión de las Prestaciones Familiares por hijo a cargo " ( STS/IV 22-mayo-2000 -rcud 3718/1998 );*

c) *En un supuesto en el que no había existido demora significativa por parte de la Gestora en formular demanda se revisión, el plazo de prescripción se computaba a partir de la fecha de la inicial resolución administrativa judicialmente anulada, razonándose que " una vez iniciada la actuación administrativa tendente al reintegro aunque lo sea de manera formalmente incorrecta y conocidos tales actos o requerimientos por el beneficiario receptor de la prestación que luego sea declarada indebida, cabe interpretar que, salvo que incida de nuevo la Entidad Gestora en posible inactividad trascendente, a partir de aquel momento cesa la demora administrativa en la regulación de la situación, pues no es dable seguir imputándole "un retraso comprobado, manifiesto y significativo" "y que " La conclusión, por lo expuesto, debe ser análoga a la efectuada en la STS/IV 29-V-1997 (recurso 4434/1996 )... siendo esta tesis interpretativa compartida en otras sentencias de esta Sala deliberadas en la misma fecha (SSTS/IV 28-IX-1999 -recurso 4995/1998 y 28-IX-1999 -recurso 4997/1998 ). Así, en el caso de autos, la concurrencia de ambos requisitos a efectos de la aplicación del plazo breve de la obligación de reintegro ha de aceptarse por lo menos hasta el 27-X- 1995, como admite la propia Gestora y, el retraso de ésta última sólo fue manifiesto y significativo desde que se otorgan las pensiones (en el año 1991) hasta la fecha (el día 27-X-1995) en que la Entidad Gestora dicta la primera resolución reduciendo las pensiones y reclamando las cantidades indebidamente percibidas, resolución que si no tuvo efectividad fue por los largos*

*trámites judiciales impugnatorios antes expuestos, durante los cuales la Entidad Gestora estuvo activa. En su consecuencia el plazo de tres meses, en el especial supuesto de la sentencia recurrida debe computarse no a partir de la demanda origen de los presentes autos sino a partir del 27-X-1995 "( STS/IV 28-septiembre-1999 -rcud 4896/1998 );*

**TERCERO.-** *1.- Mas ahora, la Sala entiende, que la doctrina jurisprudencial sobre las dilaciones mayores o menores, justificadas o injustificadas, de la Entidad Gestora en orden a la reclamación del reintegro de las prestaciones de pago periódico indebidamente percibidas, -- las que tenían un significado cuando, con criterio flexible, a efectos de determinar un plazo de prescripción tres meses ("inequívoca buena fe por parte del beneficiario perceptor de lo indebido y un retraso comprobado manifiesto y significativo en la actividad reguladora de la situación de abono indebido por parte de la Entidad Gestora- ... para establecer el plazo de retroacción de lo indebidamente abonado a los tres meses ") --, ya no es aplicable tras la citada adición del apartado 3 del art. 45 LGSS por la Ley 66/1997, puesto que ya desde entonces y con independencia de la buena de del beneficiario o de la conducta de la gestora ("... con independencia de la causa que originó la percepción indebida, incluidos los supuestos de revisión de las prestaciones por error imputable a la Entidad Gestora ") debe aplicarse siempre el plazo de prescripción de cuatro años (antes de cinco años, hasta la reforma efectuada por Ley 55/1999, de 29 de diciembre)."*

Rechazado, pues, el plazo de prescripción de tres meses para el reintegro del subsidio de desempleo indebidamente percibido por la demandada, en contra de lo apreciado por la sentencia de instancia, la misma se ha de revocar con la consiguiente estimación de la demanda, condenando a la demandada al reintegro del total de la cantidad indebidamente percibida y que asciende a 7.242 € correspondiente al período que va de 15-7-2013 al 30-3-2015, sin que quepa descontar de dicho reintegro la cantidad que en su caso hubiera percibido la demandada si se le hubiera reconocido el derecho al subsidio para mayores de 45 años sin cargas familiares tras agotar una prestación de desempleo de al menos 180 días, porque en primer lugar dicho subsidio no fue solicitado por la demandada y, por lo tanto, no se le pudo reconocer y en segundo lugar, porque el subsidio de desempleo que le correspondía a la misma es el que solicitó y le fue reconocido por la Entidad Gestora, esto es, el subsidio de desempleo para mayores de 45 años tras agotar una prestación contributiva de al menos 120 días y tener responsabilidades familiares (art. 215.1.a LGSS) ya que la demandada tenía responsabilidades familiares cuando comenzó a percibir el subsidio de desempleo el 17-12-2012, si bien al colocarse al poco tiempo el marido de la demandada, en fecha 16-1-2013, dejase de tener ya responsabilidades familiares al percibir el mismo salarios cuando prestaba servicios para la Conselleria de Educación y prestación contributiva de desempleo cuando cesaba en su trabajo.

## FALLO

Estimamos el Recurso de Suplicación interpuesto en nombre del Servicio Público de Empleo Estatal, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº. Quince de los de Valencia y su provincia, de fecha 23 de junio de 2017, en virtud de demanda presentada a su instancia contra D.ª M.S.U. y revocamos dicha sentencia estimando la demanda y condenando a D.ª M.S.U. a que reintegre a la Entidad Gestora la cantidad de 7.242. € indebidamente percibida por el período que va del 15-7-2013 al 30-3-2015.

## 2424

**Sentencia núm. 103, de 15 de enero de 2019**

**Materia: Declaración de Invalidez: Incapacidad permanente total para ejercicio de profesión habitual. Trabajador que ha prestado sus servicios como peón especialista en fábrica de muebles. El trabajador presenta lesiones que le incapacitan para el desarrollo normal de su profesión habitual. Aplicación artículos 136 y 137.4 de la LGSS: Concepto invalidez permanente.**

**Juzgado: Desestima la demanda absolviendo al instituto demandado de las pretensiones deducidas de contrario. No procede la declaración de invalidez solicitada por el trabajador en la instancia.**

**Sala: Estima el recurso y revoca la sentencia de instancia. Declara al trabajador afecto de una incapacidad permanente total para el ejercicio de su profesión habitual derivada de enfermedad común. Se condena al instituto demandado a abonar una pensión vitalicia en cuantía del 55% de la base mensual reguladora.**

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

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Se recurre por el letrado designado por don RV.M.C., la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 14 de Valencia que desestimó su demanda por la que se impugnaba la resolución del Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) de 8 de septiembre de 2015, confirmada por la de 11 de noviembre del mismo año, que rechazó su solicitud de ser declarado afecto de incapacidad permanente en el grado de total para su profesión habitual de peón especialista en fábrica de muebles.

**SEGUNDO.- 1.** En el primer motivo del recurso se solicita al amparo del apartado b) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS) que se añade al hecho probado cuarto el siguiente párrafo:

*“El actor padece atrofia muscular de gemelos severa, más acusada en pierna derecha, claudicación a la marcha importante, marcha en equino y claudicante, metatarsalgia anterior por sobrecarga. La atrofia muscular en los miembros inferiores y la inestabilidad a la marcha con necesidad de apoyo izquierdo resultan de la etiología infecciosa de la poliomiéлитis, de naturaleza degenerativa, agravadas con el paso del tiempo”.*

Esta petición se basa en el informe del Servicio de Traumatología del Hospital L.A. de X. y en el informe pericial de parte.

**2.** La petición se rechaza por las siguientes razones: i) Porque al informe del Hospital L.A. de X. ya se refiere la sentencia en su fundamentación jurídica, por lo que puede ser examinado por esta Sala en su integridad sin necesidad de que se reproduzcan todos o alguno de sus extremos. ii) Porque el texto propuesto no añade ningún elemento relevante en cuanto a la determinación e identificación de las secuelas que padece el Sr. M., pues en la sentencia ya consta que presenta las secuelas de poliomiéлитis en los miembros inferiores, dorsolumbalgia crónica y discopatía degenerativa lumbar, que le ocasiona limitación para la marcha y bipedestación prolongada con necesidad de apoyo en el miembro superior izquierdo por secuelas de polio. Por tanto, lo único que queda por decidir es tales dolencias y limitaciones funcionales le hacen tributario de una incapacidad permanente en el grado de total

para su profesión habitual, tal y como solicita en el motivo segundo del recurso que pasamos a examinar.

**TERCERO.- 1.** En efecto, en este segundo motivo y al amparo de la letra c) del artículo 193 de la LRJS, se denuncia la infracción por la sentencia recurrida de lo dispuesto en los artículos 136 y 137 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, que se corresponde con los artículos 193 y 194 del texto refundido de Ley General de la Seguridad Social aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre (en adelante LGSS) –en adelante, LGSS-.

Se sostiene en síntesis por el recurrente, que las dolencias que padece y las secuelas que de ellas derivan le incapacitan para el ejercicio de su profesión habitual de peón especialista en fábrica de muebles dada la limitación funcional que presenta en su columna y en los miembros inferiores, pues tal profesión requiere el manejo manual de cargas, levantar piezas pesadas, realizar tareas de soldadura, etc.

**2.** 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 y en la indicada redacción, 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”.

**3.** A la vista de la declaración de hechos probados que contiene la sentencia de instancia, entendemos que el motivo debe ser estimado aun cuando no hayamos admitido la modificación de los hechos propuesta por el recurrente.

En efecto, según el propio dictamen del Equipo de Valoración de Incapacidades, el Sr. M.C. presenta dolencias más significativas las secuelas de poliomielitis en los miembros inferiores, dorsolumbalgia crónica y discopatía degenerativa lumbar. Todo ello le ocasiona limitación para la marcha y bipedestación prolongada con necesidad de apoyo en el miembro superior izquierdo por secuelas de polio.

Pues bien, no cabe duda de que la profesión habitual de peón especialista en fábrica de muebles para la que se solicita la declaración de incapacidad permanente, comporta de manera habitual y generalizada tales requerimientos físicos, pues muchas de las actividades que se deben realizar a lo largo de la jornada laboral exigen la adopción de posturas forzadas y la bipedestación prolongada. Como hemos venido señalando al analizar este tipo de pretensiones, la aptitud para el desempeño de la actividad laboral habitual de un trabajador implica la posibilidad de llevar a cabo todas o las fundamentales tareas de la misma, con profesionalidad y con unas exigencias mínimas de continuidad, dedicación, rendimiento y eficacia, sin que el desempeño de las mismas genere “riesgos adicionales o superpuestos” a los normales de un oficio, o comporte el sometimiento a “una continuación de sufrimiento” en el trabajo cotidiano. También hemos señalado, que no es obstáculo a la declaración de tal grado de incapacidad el que el trabajador pueda realizar otras actividades distintas, más livianas y sedentarias, o incluso pueda desempeñar tareas “menos importantes o secundarias” de su propia profesión habitual o cometidos secundarios o complementarios de ésta, siempre que exista una imposibilidad de continuar trabajando en dicha actividad y conserve una aptitud residual que “tenga relevancia

suficiente y trascendencia tal que no le impida al trabajador concretar relación de trabajo futuro".

A la vista de estos criterios y teniendo en cuenta que el Sr. M. se ve obligado a apoyarse en una muleta y no puede permanecer de pie de manera continuada a lo largo de una jornada laboral ordinaria, consideramos que todo ello merma de modo permanente e importante su capacidad laboral para desarrollar una profesión físicamente exigente como es la de peón especialista en fábrica de muebles, por lo que procede revocar el pronunciamiento de la sentencia recurrida y estimar su demanda en los términos que se expresan en la parte dispositiva de esta resolución, al no haberse cuestionado los datos referidos a la base reguladora y a la fecha de efectos de la prestación reseñados en el hecho probado quinto de la sentencia recurrida.

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

### **FALLO**

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de DON R.V.M.C. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 14 de Valencia de fecha 7 de junio de 2017 (autos 1132/2015), en virtud de demanda presentada a su instancia contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL; y, en consecuencia, revocamos la sentencia recurrida y declaramos que el demandante se encuentra afecto de incapacidad permanente en grado de total para su profesión habitual de peón especialista en fábrica de muebles con origen en enfermedad común; y condenamos al Instituto Nacional de la Seguridad Social a estar y pasar por esta declaración y a abonarle una pensión vitalicia en la cuantía del 55 por 100 de la base reguladora mensual de 1.113,39 euros, más las revalorizaciones, con efectos económicos desde el 25 de agosto de 2015.

Sin costas.

## 2425

**Sentencia núm. 137, de 17 de enero de 2019**

**Materia: Solicitud pensión no contributiva. Recursos económicos de la unidad de convivencia. La actora de nacionalidad rumana convive con su cónyuge, percibiendo esta una pensión mensual de Rumanía y la percepción del RAI. Juzgado. Desestima la demanda, absolviendo a la Conselleria demandada de los pedimentos de la demanda.**

**Sala: Estima el recurso y revoca la sentencia de instancia Los ingresos de la unidad familiar no superan el límite establecido para obtener la prestación demandada. Además, a la fecha del reconocimiento de la prestación la actora demandante no cuenta con el ingreso de la renta activa de inserción.**

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

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Recurre en suplicación la actora la sentencia que ha desestimado su demanda sobre pensión de jubilación no contributiva, denegada en la vía administrativa por superar los recursos económicos de la Unidad Económica de Convivencia de la que forma parte, el límite establecido en el art. 363 de la LGSS, que para el caso supone 8.756,02 €.

El recurso se articula en dos motivos. En el primero, por el apartado b) del art. 193 de la LRJS, se propone la modificación del hecho segundo para que se corrija el error relativo a que las rentas que percibe la actora como pensión de Rumanía de 1522,32 € son anuales y no mensuales, como dice la sentencia, lo que se desprende del documento que obra al folio 11 a que se remite el hecho probado, y se estima.

**SEGUNDO.-** En censura jurídica, por la letra c) del art. 193 de la LRJS, denuncia el segundo motivo, la incorrecta interpretación y aplicación de los arts. 167 y 144 de la LGSS, en relación con los arts 2 y 3 de la orden PRE/3113/2009 de 13 de noviembre que dicta normas de aplicación y desarrollo del Real Decreto 357/1991 de 15 de marzo, que desarrolla en materia de pensiones no contributivas la Ley 26/1990 de 20 de diciembre, e inaplicación de lo establecido en el art. 5 del Real Decreto 1369/2006 de 24 de noviembre que regula el programa de renta activa de inserción para desempleados con especiales dificultades económicas y dificultad para encontrar empleo. Considera la recurrente que no debieron computarse las cotizaciones que efectúa el Servicio Público de Empleo al marido de la demandante al ser beneficiario del subsidio por desempleo para mayores de 55 años, porque no son ingresos, y que aun computándolas, tampoco se deben sumar los ingresos que la actora obtenía por la RAI hasta el 27-2-2016 (809,41€), porque no sigue percibiendo dichos ingresos al haber transcurrido los 11 meses de prestación (art. 5.1 del RD 1369/2006), pues la norma (art. 2 de la orden PRE 3113/2009) se refiere a los ingresos que se prevea va a percibir el solicitante.

Los hechos probados de la sentencia, con la rectificación a que se ha dado lugar dan cuenta del supuesto a enjuiciar. Dice la sentencia que la actora presentó solicitud de pensión no contributiva, dictando el ente gestor resolución denegatoria de fecha 28-06-2016 por superar los recursos económicos de la Unidad de Convivencia de la que la actora forma parte. La actora convive con su cónyuge D. N.N. y cuenta con ingresos propios en el año 2016 consistentes en la pensión anual que percibe de Rumanía por importe de 1.522,32 euros y con 809,41 euros de percepción de la RAI

hasta el 27-02-2016. Su cónyuge percibió en 2016 un total de 7.188,72 euros por subsidio de desempleo para mayores de 55 años, incluyendo las cotizaciones a la Seguridad Social. Todo ello arroja un importe total de 9.520,45 euros. El límite máximo de ingresos de la Unidad Familiar para acceder a pensión no contributiva no debe superar los 8.756,02 euros anuales.

Pues bien con estos datos, hay que dar la razón a la recurrente, pues si bien deben computarse los ingresos brutos que percibe su marido, incluyendo las cotizaciones que por el realiza el Servicio Público de Empleo, no hay que tener en cuenta la RAI que se ha extinguido en febrero de 2016 y por tanto la actora a la fecha del reconocimiento no cuenta con ese ingreso, con lo que la suma se eleva a 8.711,04 € y no se supera el límite de rentas previsto para el caso de 8.756,02 €.

Es esclarecedor el párrafo segundo del art. 363.1 de la LGSS cuando expresa *“Los beneficiarios de la pensión de invalidez no contributiva que sean contratados por cuenta ajena, se establezcan por cuenta propia o se acojan a los programas de renta activa de inserción para trabajadores desempleados de larga duración mayores de cuarenta y cinco años recuperarán automáticamente, en su caso, el derecho a dicha pensión cuando, respectivamente, se les extinga su contrato, dejen de desarrollar su actividad laboral o cesen en el programa de renta activa de inserción, a cuyo efecto, no obstante lo previsto en el apartado 5, no se tendrán en cuenta, en el cómputo anual de sus rentas, las que hubieran percibido en virtud de su actividad laboral por cuenta ajena, propia o por su integración en el programa de renta activa de inserción en el ejercicio económico en que se produzca la extinción del contrato, el cese en la actividad laboral o en el citado programa.”*. Y es que, en definitiva, no se tienen que tener en cuenta con carácter general las rentas que, aunque se hubieran percibido en el ejercicio, se han extinguido antes del reconocimiento de la prestación.

En consecuencia, procede estimar el recurso y la demanda con la consiguiente revocación de la sentencia.

## FALLO

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de doña M.C. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº2 de los de Castellón de fecha 28 de septiembre de 2017; y en consecuencia revocamos la sentencia recurrida, y estimamos la demanda de la recurrente contra la Generalidad Valenciana (Conselleria de Igualdad y Políticas Inclusivas), declarando el derecho de la actora a percibir la pensión no contributiva de jubilación en la cuantía legalmente prevista y con efectos desde la solicitud, a cuyo pago condenamos a la demandada.

Sin costas.

## 2426

**Sentencia núm. 231, de 29 de enero de 2019**

**Materia: Prestación de minusvalía. Demandante con trastorno esquizoafectivo. Trastorno psicótico de características paranoides. Proceso crónico y sin posibilidad de curación. Reconocimiento grado de discapacidad.**

**Juzgado: Estima en parte la demanda declarando a la demandante afecta de un grado de discapacidad del 56%.**

**Sala: Estima el recurso declarando a la actora afecta de un grado de discapacidad del 65%. El juzgador de instancia ha partido de un criterio de valoración erróneo, debiendo asignarle un nuevo porcentaje de discapacidad, quedando constatada la cronicidad de su situación e imposibilidad de curación.**

**Ponente: Ilma. Sra. D<sup>a</sup>. María Isabel Sáiz Areses.**

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** D<sup>a</sup>. M.F.F.L. interpone en su día demanda contra la CONSELLERIA DE BIENESTAR SOCIAL DE LA GENERALITAT VALENCIANA, solicitando se le reconozca un grado total de discapacidad del 65%.

La sentencia de instancia estima en parte la demanda reconociendo a la actora un grado de discapacidad del 56%. Frente a dicha resolución la parte actora formula recurso de suplicación solicitando la revocación de la Sentencia recurrida y que se declare el derecho de la actora a estar afecta de un grado de minusvalía del 65%.

**SEGUNDO.-** Para ello, la parte recurrente formula un primer motivo de recurso al amparo del apartado b) del artículo 193 LRJS interesando la adición de un nuevo hecho probado quinto para el que propone el siguiente texto:

*“QUINTO.- Que por la psiquiatra de la Conselleria de Sanidad, se califica EEAG50, escala de evaluación de la actividad global emitida por la Universidad Complutense de Madrid de apoyo de evaluación psicológica clínica, se puntúa 50, por síntomas graves (eje. Ideación suicida, rituales obsesivos graves, robos en tiendas) o cualquier alteración grave en la actividad social, laboral o escolar (p.ej. sin amigos, incapaz de mantener un empleo).*

*Padece esquizofrenia paranoide. Además de presentar delirios y alucinaciones que le producen restricción importante en las ABVD, necesitada de supervisión y tutela, en relación con las capacidades cognitivas necesarias para una vida de relación, no pudiendo mantener concentración y coherencia necesarias para que pueda efectuar actividad laboral con regularidad.”*

Argumenta el recurrente que tal revisión se apoya por un lado en el documento 1 aportado al acto de juicio, así el primer apartado del hecho probado propuesto, fundándose el segundo apartado en el informe pericial aportado como documento 6 de su ramo de prueba. En cuanto al primer apartado referido al contenido del informe de la Conselleria aportado como documento 1, y a la referencia en el mismo a “EEAG 50, como la Sentencia de instancia precisamente hace referencia a ese informe en los fundamentos de derecho para asignar a la demandante el 50% de grado de limitación global de la actividad, debemos acceder a adicionar un hecho probado en los términos recogidos en el apartado primero propuesto, pues ello es lo que se desprende del documento 1 citado al que se acompañan los criterios de dicha escala y los síntomas a los que se refiere la puntuación 50 asignada en el informe

aportado como documento 1. Sin embargo no podemos acceder a adicionar el segundo apartado que trata de que se recojan las apreciaciones del perito de parte, y ello además sin solicitar la supresión del hecho probado cuarto que es el que fija cuales son los padecimientos de la actora manifestando que no cumple criterios para la esquizofrenia y que tiene un trastorno esquizoafectivo, de manera que si se mantiene este hecho probado cuarto, no se puede adicionar un apartado que refleja precisamente lo contrario, así que tiene una esquizofrenia. Precisamente señala la Jurisprudencia en relación a la revisión de los hechos probados que es preciso que los documentos o pericias en los que se apoya la misma pongan de manifiesto el error de manera clara, evidente, directa y patente y, de forma incuestionable, sin necesidad de acudir a conjeturas, suposiciones o a argumentaciones más o menos lógicas, naturales y razonables, sin que en ningún caso coexistan documentos o pericias que presenten conclusiones plurales o contradictorias. es necesario que lo pretendido por el recurrente no quede desvirtuado por otras probanzas que hayan podido ser consideradas por el juzgador/a de instancia, y de las que no quepa deducir una interpretación distinta a aquella que obtiene la parte, ya que, ante posibles contradicciones debe prevalecer el criterio del órgano jurisdiccional, que actúa de manera imparcial y objetiva frente al interés de una parte, correspondiendo al juzgador/a la facultad privativa sobre la valoración de todas las pruebas aportadas al proceso, de acuerdo con el artículo 97.2 de la Ley de procedimiento laboral (S.T.S. 18/11/1999) y en iguales términos a lo instituido en el mismo precepto de la vigente Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, concediéndose al órgano jurisdiccional de instancia una amplia libertad para apreciar las pericias y los documentos probatorios. Sin la concurrencia conjunta de todos y cada uno de los requisitos expuestos, no puede prosperar la revisión fáctica propuesta. Partiendo de la doctrina expuesta no podemos acceder a la revisión interesada pues el Juzgador a quo como así lo indica en los fundamentos de derecho, lo que hace es partir del dictamen del EVO y de lo que indican los informes psiquiátricos de la sanidad pública aportados por la actora como documentos 3 y 4, y ello frente a lo que indica el informe pericial de parte y como tal valoración se ajusta a las reglas de la sana crítica y a las facultades de valoración de la prueba que incumben al Juzgador a quo, dicha valoración debe prevalecer frente a la más subjetiva e interesada del recurrente. Por ello no podemos acceder a adicionar ese párrafo segundo al hecho probado quinto.

**TERCERO.-** El segundo motivo de recurso se destina al examen del derecho aplicado en la Sentencia recurrida, denunciando al amparo del apartado c) del artículo 193 LRJS la infracción por no aplicación de lo dispuesto en el capítulo XVI del baremo de enfermedad mental la clase IV que regula el RD 1971/99 de 23 de diciembre que dice califica la discapacidad grave que es la que entiende presenta el demandante, con un porcentaje del 60-74%. Parte para ello la parte recurrente de lo que recoge su perito en su informe, apreciaciones que no han sido incorporadas al relato fáctico y además del hecho de que el documento 1 emitido por el psiquiatra de la sanidad pública hace referencia a la EEAG puntuándole con 50 por síntomas graves y tal calificación como síntomas graves la asimila a la clase IV del capítulo XVI que califica la dolencia como grave. Sin embargo, no puede partirse de la referida escala EEAG para fijar el grado de limitación de la actividad de la actora debido a la dolencia psíquica, pues tal escala será orientativa y el criterio objetivo que recoge el RD 1971/99 que es el que reconoce la parte recurrente es de aplicación a este supuesto, es el que se analiza en el baremo contenido en el anexo a tal Real Decreto. Con arreglo a tal baremo, como la actora no consta presente una enfermedad mental sino un trastorno de la afectividad, los criterios para encuadrar su patología y limitaciones en la clase III que se refiere a una discapacidad moderada y en la clase IV, discapacidad grave, son los siguientes:

*“Clase III: Discapacidad moderada (25-59 por 100):*

a) *Restricción moderada en las actividades de la vida cotidiana (la cual incluye los contactos sociales) y en la capacidad para desempeñar un trabajo remunerado en el mercado laboral.*

*La medicación y/o el tratamiento psico-terapéutico pueden ser necesarios de forma habitual. Si, a pesar de ello, persiste la sintomatología clínicamente evidente:*

*Que "interfiere notablemente en las actividades de la persona": Se asignará un porcentaje de discapacidad comprendido entre el 45 y 59 por 100.*

*Que "no interfiere notablemente en las actividades de la persona": Se asignará un porcentaje de discapacidad comprendido entre el 25 y 44 por 100.*

b) *Las dificultades y síntomas pueden agudizarse en períodos de crisis o descompensación. Fuera de los períodos de crisis:*

*El individuo es capaz de desarrollar una actividad normalizada y productiva la mayor parte del tiempo, con supervisión y ayuda: Se asignará un porcentaje de discapacidad comprendido entre el 25 y 45 por 100.*

*El individuo sólo puede trabajar en ambientes laborales protegidos, con supervisión mínima: Se asignará un porcentaje de discapacidad comprendido entre el 45 y 59 por 100.*

c) *Presencia de alguna de las siguientes características clínicas:*

*Episodios maníacos recurrentes.*

*Depresión mayor de evolución crónica (más de dieciocho meses sin remisión).*

*Mala respuesta a los tratamientos.*

*Trastorno bipolar con recaídas frecuentes que requieran tratamiento. Como posible orientación: más de dos al año; más de cinco en los últimos tres años; más de ocho en los últimos cinco años...*

*Depresión recurrente (incluso breve) con tentativas de suicidio.*

*Presencia de síntomas psicóticos.*

*Clase IV: Discapacidad grave (60-74 por 100):*

a) *Grave restricción de las actividades de la vida cotidiana (posibilidades de desplazarse, de preparar e ingerir los alimentos, de atender a su higiene personal y al vestido, de cuidado de su hábitat y realizar las tareas domésticas, de comunicarse y tener contactos sociales), lo que obliga a supervisión intermitente en ambientes protegidos y total fuera de ellos.*

b) *Grave disminución de su capacidad laboral, puesta de manifiesto por deficiencias importantes en la capacidad para mantener la concentración, continuidad y ritmo en la ejecución de las tareas y repetidos episodios de deterioro o descompensación asociados a las actividades laborales, como consecuencia del fracaso en adaptarse a circunstancias estresantes. No puede desempeñar una actividad normalizada con regularidad. Puede acceder a centros y/o actividades ocupacionales protegidos, aunque incluso con supervisión el rendimiento suele ser pobre o irregular.*

c) *Presencia de alguna de las siguientes características clínicas:*

*Depresión mayor encronizada (más de tres años sin remisión apreciable).*

*Trastorno bipolar resistente al tratamiento.*

*Sintomatología psicótica crónica.”*

El Magistrado de Instancia al igual que lo hace el EVO entiende que la dolencia psíquica padecida por la actora se encuadra en la clase III referida a tales trastornos afectivos, compartiendo así la valoración realizada por el organismo oficial encargado de fijar el porcentaje de limitación de la actividad global, pero que a la vista de la sintomatología que reflejan los documentos 3 y 4 aportados por la parte actora y cuyo contenido viene a reproducir en parte en el hecho probado cuarto, debió puntuarse la discapacidad que padece en el intervalo superior del intervalo y no en el inferior como lo hace el EVO. A la vista del relato fáctico las deficiencias que declara probado la sentencia de instancia que presenta la actora, son: *“trastorno “esquizo-afectivo”, no cumple criterios para la esquizofrenia, presentaba clínica depresiva marcada, angustia clínica, se siente culpable de lo que pasa y no entiende porqué ella sufre el resultado de un consumo que a sus colegas no les afecta. Ciertas autorreferencias y características un tanto deliroides. En abucasis se comprueba que mantiene citas con psicóloga de UCA en prevención de recaídas. Mantiene amistades consumidoras de marihuana y alcohol. Acude regularmente a la unidad de salud mental (Hospital X.) desde 2004 (previamente a otros centros) por un trastorno psicótico de características paranoides: sintomatología psicótica residual consistente en ideación delirante de perjuicio, paranoide, experiencias autorreferenciales, con repercusión a nivel emocional y conductual, variabilidad afectiva, con tendencia a la hipotimia, aumento de ansiedad basal, nerviosismo, disforia, alteración del patrón normal del sueño. Evolución tórpida y recurrente que precisa de tratamiento de mantenimiento. Todo lo descrito dificulta considerablemente su funcionamiento cotidiano en todas las áreas de la vida. El proceso es crónico y sin posibilidad de curación.”* Con tales secuelas y limitaciones, estimamos que la situación de discapacidad de la actora se debe encuadrar en la clase III como así lo indica la demandada y el Magistrado de Instancia y no en la Clase IV pues dicha clase referida a una discapacidad grave exige un grave restricción de sus actividades de la vida cotidiana y en este caso no se aprecia dicha grave restricción pues incluso la demandante refirió al psicólogo del EVO que se está dedicando a hacer mucho deporte y que mantiene relaciones sociales, aun cuando lo sean de amistades consumidoras de drogas y alcohol. La clase IV implica que la grave restricción de las actividades cotidianas obliga a supervisión intermitente en ambientes protegidos y total fuera de ellos y que además tiene una grave restricción para los contactos sociales y como nada de ello consta y la supervisión que refleja el documento 1 emitido por el mismo psiquiatra que los documentos 3 y 4 a los que se remite la sentencia de instancia lo es parcial de la medicación, no se cumplirían tales criterios, estimando por ello acertado incluir a la demandante en la clase III como así lo hace la sentencia de instancia y en el intervalo superior además pues se afirma que la sintomatología que padece dificulta considerablemente su funcionamiento cotidiano en todas las áreas de su vida. Dicho intervalo superior oscila entre un 45 y un 59% y la Sentencia le otorga el porcentaje del 50% partiendo del documento 1 que recoge una EEAG 50, pero como dicha escala y puntuación de 50 no se corresponde con el porcentaje de 50% de limitación de la actividad global del baremo analizado sino que se funda en otros criterios, entendemos que ha partido del Juzgador de un criterio de valoración erróneo y dado que se afirma que toda su sintomatología dificulta considerable el funcionamiento cotidiano en todas las áreas de su vida y se afirma la cronicidad y la imposibilidad de curación, estimamos más ajustado concederle el porcentaje máximo dentro de dicho intervalo superior, así el 59% como grado de limitación de la actividad, en lugar del 50% asignado. Sumando dicho porcentaje a los factores sociales complementarios no discutidos de 6 puntos resulta un grado de discapacidad del 65% que es el interesado por la parte recurrente, estimando así la argumentación que de forma subsidiaria se recoge en este motivo de recurso, y derivado de ello estimando el recurso formulado y revocando la Sentencia de instancia.

Por ello;

VISTOS los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

### **FALLAMOS**

Que estimando el recurso de suplicación interpuesto por D<sup>a</sup> M.F.F.L. contra la Sentencia de fecha siete de Noviembre de Dos Mil Diecisiete dictada por el Juzgado de lo Social 7 de Valencia en autos 556/2016 seguidos a instancias del recurrente frente a la CONSELLERIA DE BIENESTAR SOCIAL DE LA GENERALITAT VALENCIANA sobre GRADO DE DISCAPACIDAD, debemos revocar la Sentencia de instancia y en su lugar estimando la demanda formulada reconocemos a la actora un grado de discapacidad del 65% con los mismos efectos fijados en la resolución impugnada en este procedimiento, del 16 de diciembre del 2014.

## 2427

**Sentencia núm. 322, de 5 de febrero de 2019**

**Materia: Reconocimiento de derecho y cantidad. Trabajador al servicio de sociedad estatal de correos y telégrafos con sucesivos contratos eventuales. Las relaciones del trabajo en la empresa se rigen por el III convenio colectivo de la sociedad estatal. Exclusión de las bolsas por actitud negativa y negligente del trabajador, incumplimiento de sus obligaciones y de las órdenes sobre los procedimientos de trabajo. Revocación de la exclusión, reposición del trabajador y derecho a indemnización por el tiempo dejado de trabajar.**

**Juzgado: Desestima la demanda, absolviendo al organismo demandado de las pretensiones deducidas en su contra. No ha lugar a la revocación de la exclusión.**

**Sala: Estima el recurso y revoca la sentencia de instancia, dejando sin efecto la decisión empresarial de exclusión de la bolsa, así como el reconocimiento de la antigüedad y el derecho a indemnización por ingresos dejados de percibir de no haber quedado excluido, así como el abono de tasas de examen.**

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

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** En un solo motivo, aunque se denomina primero, se fundamenta el recurso de suplicación entablado por la representación letrada de la parte actora frente a la sentencia del Juzgado de lo Social nº Dieciséis de los de Valencia que desestima la demanda sobre reconocimiento del derecho de D. D.L.A. a que se deje sin efecto la decisión de excluirle de la bolsa de trabajo de El Puig en categoría de reparto moto, reponiéndole en su situación anterior, y el derecho a ser contratado cuando por turno corresponda en función del puesto que venía ocupando así como una indemnización por daños y perjuicios por los salarios dejados de percibir y que se compute dicho período a efectos de antigüedad así como que se le incluya en el proceso de consolidación de 2015 y se le indemnice con la cantidad de 10 € en concepto de tasas de examen.

El indicado motivo que se introduce por el apartado c del art. 193 de la Ley de la Jurisdicción Social (LJS) y que ha sido impugnado de contrario, imputa a la sentencia de instancia la infracción de lo establecido en los artículos 9.3, 35 y 103.3 de la Constitución Española, artículo 20.2 del Estatuto Básico del Empleado Público, artículo 3-1-B y 82 del Estatuto de los Trabajadores en relación con el Convenio Colectivo de Correos y Telégrafos y artículos 1091 y siguientes y 1101 del Código Civil en relación con el artículo 10 de la Convocatoria para la constitución de Bolsas de Empleo destinadas a la cobertura temporal de puestos operativos de 22 de junio de 2011.

Aduce la defensa del trabajador que la notificación de la evaluación negativa de fecha 9/11/2016 que se hizo al trabajador no expresa las razones del porqué de la exclusión de la bolsa, ni cita la fecha de los informes, ni el contenido de los mismos, ni están acompañados a la notificación. Tampoco se ha seguido un procedimiento en el que el trabajador haya podido ejercitar su defensa. Además, la empresa hizo dejación de su potestad disciplinaria al no sancionar los hechos que posteriormente fueron objeto de evaluación negativa.

A continuación, hace referencia a dos sentencias de esta Sala, así como de la

Sala de Cantabria que transcribe parcialmente y que estiman demandas similares a la planteada por el trabajador en cuyo interés se interpone la misma.

Por último, reclama la indemnización por su exclusión de la bolsa de trabajo y que cifra en el importe de los salarios que se le hubieran debido abonar de haber prestado servicios y que cifra en 2.887,24 € a razón de 49,78 € día por 58 días, así como que se compute dicho período a efectos de antigüedad y alta en Seguridad Social, a pesar de que respecto al alta en Seguridad Social se había desistido en el escrito de subsanación de la demanda presentado el día 28-3-2017.

La cuestión debatida se centra en dilucidar si la comunicación al trabajador sobre su evaluación negativa y consiguiente decaimiento de la bolsa de trabajo, a la que accedió en la convocatoria 2011, es ajustada a derecho y la respuesta ha de ser negativa ya que del inalterado relato fáctico de la sentencia de instancia se desprende que el demandante que ha venido prestando servicios para la demandada en el grupo profesional operativos, Área funcional Correos, puesto tipo Reparto 1, estando incluido en la Bolsa de Reparto Motorizado de El Puig y con un salario según convenio de 18.171,54 euros anuales, fue notificado en fecha 9-11-2016 del escrito firmado por el Director de Zona 5 de Valencia, del siguiente tenor: Pongo en su conocimiento que, de conformidad con lo previsto en el apartado 10.6 de las bases de la convocatoria para la constitución de las bolsas de empleo destinadas a la cobertura temporal de puestos operativos, de 22.06.2011 y del Anexo III sobre Ingreso y Ciclo de Empleo del Acuerdo General 2009-2013 suscrito entre Correos y las Organizaciones Sindicales, de Regulación de las Condiciones de Trabajo del Personal de Correos de 05.04.2011, y teniendo en cuenta el informe emitido por el responsable de la unidad en la que Vd. ha prestado servicios, por la actitud negativa y negligente hacia el trabajo, incumplimiento de sus obligaciones y de las órdenes sobre los procedimientos de trabajo, con la consiguiente repercusión negativa para el servicio, esta Dirección de Zona ha decidido evaluar negativamente su prestación de servicios en Correos, lo que supone el decaimiento de las bolsas de empleo a la que accedió en la convocatoria de 2011:

Puesto: REPARTO MOTO. Ámbito: EL PUIG.  
Con fecha de efectos de: 09.11.2016.

De esta incidencia ha sido informada la Comisión de Empleo Provincial, según lo dispuesto en el Anexo sobre el Ingreso y Ciclo de empleo regulado en el Capítulo III, Funcionamiento de las Bolsas de Empleo, apartado 3, Evaluación del desempeño.

La evaluación negativa y el decaimiento de la bolsa referidos fue comunicada a los representantes sindicales miembros de la Comisión de Empleo Provincial.

El actor el día 24 de noviembre de 2016 solicitó copia del informe de evaluación a que hace referencia la comunicación de 9-11-2016 y el día 5-12-2016 se le mostró el informe del Jefe de Sector de Distribución al trabajador, sin que le entregarán copia del mismo que el actor solicitó al exhibírsele y luego por escrito de 30-12-2016.

En el informe del Jefe de Sector de Distribución emitido el 10-10-2016 se hace mención a una serie de desobediencias concretas del actor acaecidas los días 5, 6 y 7 de octubre de 2016 en relación con su prestación de servicios que se tradujeron en no efectuar bien de forma total bien de forma parcial el reparto o realizarlo en zona distinta a la que se le indicó por la Directora de la oficina de El Puig en la que trabajaba el actor.

De los datos expuestos se evidencia que el trabajador si bien fue conocedor de los hechos que en última instancia dieron lugar a su evaluación negativa y a su posterior decaimiento en la bolsa de trabajo, ello fue porque el mismo solicitó con

posterioridad a la fecha de efectos de su decaimiento en la bolsa, copia del informe de evaluación, que tan solo se le exhibió, todo lo cual resulta contrario a lo establecido en el punto 3 del Capítulo III del Anexo “INGRESO Y CICLO DE EMPLEO” del Convenio Colectivo de la Sociedad Estatal de Correos y Telégrafos, SA, según el cual: “Cuando se produzcan evaluaciones negativas de desempeño se comunicarán de forma motivada al empleado y a la Comisión de Empleo Provincial, con carácter previo a su efectividad. Las evaluaciones negativas del desempeño conllevarán el decaimiento de una o de las dos bolsas empleo en las que esté inscrito, dependiendo de la naturaleza de los hechos”.

Es cierto, como argumenta la sentencia y la parte demandada al impugnar el recurso, que no es preciso conceder plazo de alegaciones al trabajador que ha tenido tales evaluaciones negativas y que no es preciso comunicarle los informes en los que se funda la evaluación negativa pues nada de ello exige la norma convencional, pero lo que sí exige la norma es la comunicación de la decisión con carácter previo a la efectividad y como en este caso no obra otro dato en los hechos probados de la Sentencia ni en los fundamentos de la Sentencia, más que la fecha de efectos fijada en la resolución de 9 de noviembre del 2016, es claro que no se cumplió con tal requisito de la comunicación previa a la efectividad, lo que supone el incumplimiento de los requisitos formales pactados por la empresa y representación de los trabajadores en el año 2012 a fin de ofrecer mayores garantías a los trabajadores que sufrían tal decisión de exclusión de las bolsas, obligando ello a dejar sin efecto la decisión adoptada por la demandada.

Por otra parte si bien no es preciso dar un trámite de audiencia al interesado para que se pronuncie sobre las evaluaciones negativas a modo de un expediente contradictorio ni es preciso facilitarle los informes emitidos que llevan a adoptar tal decisión de evaluación negativa, desde luego, sí era preciso reflejar en la resolución de forma motivada los hechos que fundamentaban tal decisión de exclusión de la bolsa de manera que el trabajador pudiera conocer las razones por las que se le había evaluado negativamente y se había decidido su exclusión de la bolsa, sobre todo cuando no consta sanción alguna impuesta con carácter previo al trabajador ni expediente contradictorio incoado al mismo por la negligencia y el incumplimiento de sus obligaciones en la realización de su trabajo. Si no existían tales sanciones previas, advertencias o expedientes contradictorios y además en la resolución acordando la exclusión sólo se indican imputaciones genéricas como son la actitud negativa y negligente hacia el trabajo y el incumplimiento de sus obligaciones y de las órdenes sobre los procedimientos de trabajo sin ir acompañadas dichas imputaciones de los hechos concretos que las respaldan y que hubieran motivado tal evaluación, se ha de concluir que la resolución acordando el decaimiento de la bolsa de la parte actora no cumple los requisitos que se recogen en el Convenio colectivo de aplicación para que la resolución sobre exclusión de la bolsa pueda considerarse ajustada a derecho, por lo que procede estimar la censura jurídica expuesta con la consiguiente revocación de la sentencia de instancia para dejar sin efecto la decisión empresarial de excluir al trabajador de la bolsa de trabajo a la que accedió en la convocatoria de 2011.

Por último no podemos dejar de referirnos a que el hecho de que el trabajador conociera con posterioridad a la efectividad de su exclusión de la bolsa de trabajo el informe del Jefe de Sector de Distribución por haberlo solicitado el propio trabajador, no subsana los defectos en que ha incurrido la comunicación sobre su evaluación negativa y su consiguiente decaimiento de la bolsa ya que en todo caso los hechos que se recogen en el meritado informe son los que se tenían que haberse reflejado en la comunicación que se entrega al trabajador el 9-11-2016, siendo por lo demás de destacar que si bien en el relato fáctico se hace constar que “La evaluación negativa del actor y el decaimiento de las bolsas de empleo, fue, en efecto, comunicada a los representantes sindicales miembros de la Comisión de Empleo Provincial”, dicha

comunicación tampoco cumple con lo establecido en punto 3 del Capítulo III del Anexo "INGRESO Y CICLO DE EMPLEO" del Convenio Colectivo de la Sociedad Estatal de Correos y Telégrafos, SA ya que como se ha dicho la evaluación negativa del actor que se comunica a los representantes sindicales miembros de la Comisión de Empleo Provincial adolece de falta de motivación en la medida en que no contiene los hechos concretos que sustentan la evaluación negativa del trabajador al reflejar tan solo imputaciones genéricas lo que impide que se pueda conocer cuál es el alcance y gravedad de los incumplimientos tenidos en cuenta para adoptar una medida tan trascendente para el trabajador como es el impedir la continuidad de la prestación de sus servicios para la empresa demandada.

**SEGUNDO.-** Al no reunir la evaluación negativa del actor los requisitos necesarios para su efectividad procede revocar el decaimiento del mismo de la bolsa de trabajo acordado por la demandada a la que se ha de condenar a la reposición del trabajador en su situación anterior y el derecho a contratarle cuando por turno corresponda en función del puesto que venía ocupando, así como a computarle a efectos de antigüedad los cincuenta y ocho días que hubiera trabajado de no habersele excluido de la bolsa de trabajo y a abonarle la cantidad no controvertida de 2.887,24 € en concepto de indemnización por los días que hubiera prestado servicios durante el tiempo en que estuvo excluido y la cantidad de 10 euros en concepto de las tasas de examen abonadas por el actor para participar en la convocatoria de ingreso de personal laboral fijo en el marco del proceso de consolidación de empleo temporal en la demandada publicada en diciembre de 2015 y todo ello de acuerdo con lo establecido en el art. 1101 del Código Civil, sin que proceda realizar pronunciamiento alguno sobre el alta del actor en la Seguridad Social en los períodos en que hubiera prestado servicios de no habersele excluido de la bolsa de trabajo al haberse desistido de dicha reclamación en el escrito de subsanación de la demanda.

## FALLO

Estimamos el Recurso de Suplicación interpuesto en nombre de la Confederación General del Trabajo del País Valenciano en interés de su afiliado D. D.L.A., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº. Dieciséis de los de Valencia y su provincia, de fecha 1 de marzo de 2018, en virtud de demanda presentada a instancia del recurrente contra Sociedad Estatal de Correos y Telégrafos S.A. y, en consecuencia, revocamos la sentencia referida, estimando la demanda y dejando sin efecto la decisión empresarial de excluir a D. D.L.A. de la bolsa de trabajo de la que ha sido excluido por la resolución de 9 de noviembre de 2016, condenamos a la demandada a reponerlo en la misma, procediendo a su contratación cuando por turno corresponda en función del puesto que venía ocupando con anterioridad a dicha exclusión, así como a computarle a efectos de antigüedad los cincuenta y ocho días que hubiera trabajado de no habersele excluido y a abonarle la cantidad de 2.887,24€ en concepto de indemnización por los días que hubiera prestado servicios durante el tiempo en que estuvo excluido y la cantidad de 10 euros en concepto de las tasas de examen.

## 2428

**Sentencia núm. 392, de 12 de febrero de 2019**

**Materia: Reconocimiento de derecho: Trabajador que viene prestando sus servicios como repartidor en empresa demandada. El actor ha prestado una actitud desconsiderada con los clientes. Responsabilidad disciplinaria del trabajador. Exclusión de las bolsas de trabajo en la que figura para la prestación de servicios. Anulación de exclusión, reposición derechos adquiridos e indemnización de daños y perjuicios. Requisito de comunicación previa al trabajador. Aplicación criterio jurisprudencial.**

**Juzgado: Desestima la demanda, absolviendo a la parte demandada de la demanda frente a la misma formulada. No procede aceptar la anulación de la exclusión de las bolsas en las que permanecía el trabajador ni la indemnización por daños y perjuicios.**

**Sala: Estima en parte el recurso, declarando ilegal la exclusión del trabajador de las bolsas de empleo temporales en las que forma parte, desestimando el derecho a una indemnización por daños y perjuicios como consecuencia del posible lucro cesante del trabajador.**

**Ponente: Ilma. Sra. D<sup>a</sup>. María Isabel Sáiz Areses.**

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** D. G.M.S. interpone su día demanda contra la empresa SOCIEDAD ESTATAL DE CORREOS Y TELEGRÁFOS SA en ejercicio de Reconocimiento de derechos y cantidad, solicitando que se anule la exclusión acordada de las dos bolsas de empleo con reposición de los derechos adquiridos y el abono de una indemnización de daños y perjuicios por la retribución dejada de percibir equivalente a la percibida en el año 2016 y la admisión como candidato en futuras bolsas de empleo.

La sentencia de instancia desestima la demanda, pronunciando frente a que se alza la parte demandante interponiendo recurso de suplicación y solicitando, previa estimación del mismo el dictado de una nueva sentencia por la que, revocando la recurrida declare la ilegalidad de la exclusión del demandante de las bolsas de empleo temporal de la demandada de las que formaba parte, condenándose a la empresa a reponer al mismo en dichas bolsas y en el mismo puesto que ocupaba, más la retribución correspondiente al periodo de vigencia temporal de dicha ilegal exclusión, a razón de la misma retribución percibida en el año anterior 2016. La parte demandada impugnó el recurso.

**SEGUNDO.-** Para ello, la parte recurrente formula un primer motivo de recurso al amparo del apartado b) del artículo 193 de la LRJS al objeto de revisar los hechos declarados probados. Se solicita así con apoyo en el documento 5 de la parte demandada la modificación del último párrafo del hecho probado segundo por el texto que se indica a continuación: "Dicha comunicación se puso en conocimiento de los integrantes de la Comisión de empleo de forma sucesiva en los días 2, 4 y 5 de enero de 2017." Como ello es lo que se desprende de la documental citada por la parte recurrente debemos acceder a la adición interesada.

Se articula en el motivo segundo del escrito de recurso una nueva revisión de hechos probados solicitando una adición al hecho probado tercero de la sentencia haciendo constar que la exhibición al trabajador del expediente tramitado tuvo lugar el día 27 de enero de 2017, apoyándose para ello nuevamente en el documento 5 de

la empresa y en los documentos 3 y 4 de la parte actora. El hecho probado tercero de la Sentencia señala que el demandante el 12-1-2017 presenta escrito solicitando el expediente tramitado al efecto, exhibiéndosele pero negando copia, de manera que ya se refleja en el mismo que el expediente se le exhibe en fechas posteriores a la comunicación de decaimiento de la bolsa careciendo de trascendencia que dicha exhibición tuviera lugar en días posteriores al 12 de enero, en concreto el día que indica la parte recurrente, no reflejando la trascendencia que tal fecha pueda tener para resolver sobre la cuestión objeto del recurso. Por ello no podemos acceder a esta adición.

**TERCERO.-** Formula la parte recurrente un tercer motivo de recurso al amparo del apartado c) del artículo 193 LRJS denunciando la infracción por violación, de lo dispuesto en el Anexo titulado “Ingreso y Ciclo de Empleo” del convenio colectivo de la demandada publicado en el BOE de 28 de Junio de 2011, en su capítulo III titulado “Funcionamiento de las bolsas de empleo” y en su punto 3 con el epígrafe “Evaluación del desempeño”, y ello en relación con los artículos 9-3, 24 y 35 CE y artículo 20-2 y 4 del EBEP, citando además el recurrente la Sentencia de esta Sala de 17 de octubre de 2017 y argumentando que conforme a las normas de funcionamiento de las bolsas de empleo, cuando se produzcan evaluaciones negativas del desempeño se comunicarán de forma motivada al empleado y a la Comisión de empleo provincial con carácter previo a su efectividad y que en este caso la comunicación a la Comisión de empleo tuvo lugar el mismo día de la efectividad de la decisión de decaimiento de la bolsa por lo que debe declararse la ilegalidad de la exclusión del demandante de las bolsas de empleo. Lo que se viene a señalar por el recurrente, remitiéndose a lo acordado por la Sala al resolver otros recursos, es que no se comunica al interesado y a la Comisión provincial de Empleo la decisión adoptada de decaimiento de la bolsa, con carácter previo a la efectividad de la misma, sino en fechas posteriores y que por ello se habrían incumplido los requisitos formales prevenidos para poder excluir al trabajador de las bolsas, indicando además al tratar de revisar los hechos probados que al momento de iniciar la reclamación el demandante no tenía otro conocimiento de los hechos motivadores de la evaluación negativa que los genéricos e inconcretos relatados en la comunicación de 2 de enero del 2017.

De los datos recogidos en los hechos probados, se desprende que el actor ha venido prestando servicios por cuenta de la demandada desde el año 1998 habiendo sido llamado desde dicha fecha en más de 130 ocasiones, y en 10 en el año 2016, ostentando la categoría de grupo profesional 4 operativos reparto a pie en las bolsas de Mislata y Valencia (bolsa 2011). En fecha 02/01/2017 consta que la demandada le remitió por burofax una comunicación indicándole que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 10.6 de las bases de la convocatoria para la constitución de Bolsas de Empleo para cobertura temporal de puestos operativos de 22-06-2011 y del Acuerdo General 2009-2013 suscrito entre Correos y las Organizaciones sindicales de regulación de las condiciones de trabajo del personal de Correos de 05/04/2011 y teniendo en cuenta el informe emitido por el responsable de la unidad en la el actor ha prestado servicios, por la actitud desconsiderada con los clientes con la consiguiente repercusión negativa para el servicio, la Dirección de Zona ha decidido evaluar negativamente su prestación de servicios en Correos lo que supone el decaimiento de las bolsas de empleo a las que accedió en la convocatoria del año 2011 Puesto Reparto a pie Mislata y Valencia, con efectos del 02/01/2017. En fecha 29/09/2016 el cliente, gerente de la empresa A. presentó queja ante la Unidad de Distribución 2 de Valencia por la actitud del personal en el reparto, refiriéndose en concreto al actor e indicando que el mismo el Lunes acudió a dicho cliente y nada más entrar le lanzó el paquete a la mesa, y que cuando le dijo sus datos para aceptar el paquete, le dijo que no tenía ganas de trabajar y le hizo firmar y poner todos sus datos a él, dice que luego despotricó sobre el país y que el miércoles 28 ha vuelto y al decirle el cliente que no son modales, le ha empezado a gritar y decir que no tenía pruebas, por lo que ruega tomen las medidas disciplinarias oportunas. Esta queja se

pone en conocimiento del actor por parte del Jefe del sector de Distribución 2, preguntándole por lo sucedido y el 30/09/2016 el mismo emite informe al Jefe de distribución zona 5 exponiendo lo sucedido y las explicaciones del actor y señalando que se han pedido disculpas al reclamante y que mediante el referido informe expone a su consideración la posible responsabilidad disciplinaria del actor. La Convocatoria para la Constitución de Bolsas de Empleo destinadas a la cobertura temporal de puestos operativos de 22 de junio de 2011 determina en el apartado 10 los motivos para decaer en la bolsa de empleo y en su punto 6 indica la evaluación del desempeño negativa en la prestación de servicios. La comunicación de decaimiento de la bolsa se notifica a la Comisión provincial de empleo, en concreto a sus integrantes, a partir del día 2 de enero de 2017.

Partiendo de tales datos, la Sentencia de instancia considera que acreditados los incumplimientos del actor y la evaluación negativa que de él se ha hecho, eso justifica conforme a la normativa expuesta su decaimiento en las bolsas a las que estaba adscrito y motiva la desestimación de la demanda. Según indica la propia Sentencia de instancia, el actor alegaba que la evaluación debía ser objetiva, global, oportuna, proporcionada y sin causar indefensión y que en 20 años de servicio se ha dado validez a una queja formulada contra él, y la sentencia recurrida no acoge tal argumento pues señala que la empresa ha seguido el procedimiento previsto en el convenio y que el actor accede a integrarse en una bolsa de trabajo temporal en el marco de una convocatoria cuyas bases constituyen la normativa de regulación y que se ha visto privado del derecho a mantenerse en las bolsas por criterios ligados a exigencias de la profesionalidad y dedicación perfectamente exigibles en el marco de un servicio público y se afirma que además no cuestiona el acto que la decisión adoptada le fuera notificada y que el actor fuera conocedor de los hechos imputados, además de haber sido notificada a la Comisión de Empleo provincial. Sin embargo, sobre la cuestión planteada, se ha pronunciado ya la Sala en distintas Sentencias, debiendo remitirnos entre otras a la dictada el 12/07/2018 (RS 3523/17) que por su parte se remite a otras dictadas previamente, señalando: *"3. Como esta Sala decidió en sentencia firme nº 1.539/ 2017 de ocho de junio (R. 2740/16) "la cuestión planteada ha sido ya resuelta por esta Sala en situaciones análogas a la presente y por lo tanto entendemos que los criterios para su resolución deben ser los mismos que hemos mantenido hasta la fecha entre otras en las ST de 24 de enero de 2017 recurso 516/2016 o en la ST de 23 de septiembre de 2014, recurso 1065/2014, que a su vez se remite al precedente establecido por la ST de 5-5-2.009 resolutoria del recurso de suplicación 2366/2.008 en la que razonábamos ante un supuesto de exclusión de la Bolsa de trabajo por parte de la propia demandada que: "el que por la norma no se exija comunicación escrita no excluye que se practique una notificación en forma, expresiva de las razones del porqué de la exclusión; una notificación que garantice de forma indubitada el conocimiento por parte del interesado de los términos de la decisión y de sus razones", y ello en atención a la entidad de la trascendencia de la exclusión que afecta al derecho reconocido constitucionalmente al trabajo ( art. 35 CE), ya que se está limitando su acceso al empleo, así como para garantizar el derecho de defensa del trabajador a la hora de poder impugnar la exclusión de la bolsa de trabajo ante los órganos jurisdiccionales, de forma que tome cabal conocimiento de las razones que han llevado a la empleadora a tomar esta decisión , a fin de poder rebatirlas en sede jurisdiccional. En segundo lugar... nos remitimos a los principios de mérito y capacidad que proclama el art. 103.3 de la CE para el acceso al empleo público, así como la objetividad y la transparencia que proclama el art. 20.2 del EBEP- que dado su carácter de norma supletoria, sí debe resultar de aplicación al caso que nos ocupa ante la ausencia de norma específica al respecto- difícilmente casan con el hecho de poder excluir a un trabajador de la bolsa de trabajo con fundamento en una supuesta "evaluación negativa". En tercer lugar, resulta contrario al principio de seguridad jurídica que proclama el art. 9.3 de la CE el hecho de que vigente la relación laboral el empleador no haya sancionado, haciendo dejación de su potestad disciplinaria, y, sin embargo, motivar una*

*evaluación negativa que lleve al decaimiento de la misma de la Bolsa de trabajo. Este comportamiento empresarial, argumentando la ausencia de trámite alguno y de motivación de la evaluación negativa, hace que estimemos que lo que se está pretendiendo por parte de la empresa, es, en atención a la precariedad del vínculo temporal que liga al trabajador con la empresa eludir las normas legales y convencionales relativas al ejercicio de tal potestad disciplinaria, para posteriormente, una vez extinguido el vínculo, y con fundamento en la supuesta evaluación negativa, sancionar tales comportamientos tolerados con el decaimiento de la bolsa lo que equivale a la imposibilidad de acceder a ulteriores contratos temporales con la demandada, intentando privar al trabajador afectado, con la argumentación que por el Abogado del Estado se efectúan de la más mínima defensa ante dicha decisión empresarial. Por último, el propio Acuerdo que se invoca como infringido de 19-6-06 exige un sistema de evaluación del que se debe dar traslado a la Comisión de Seguimiento del Acuerdo, ...." En relación con el caso de autos debemos efectuar las siguientes precisiones. Consta informe de 28/3/2014, sobre la evaluación negativa de la actora en el desempeño de su puesto de trabajo, en los términos que figuran en el mismo y que el juez a quo da por reproducido. Pero la notificación a la trabajadora de la evaluación negativa no se produce hasta 15/4/2015 mediante carta burofax, no consta traslado previo a la comisión de seguimiento, que es informada de forma genérica y sin posibilidad de control o contraste, si acudimos al Capítulo II del nombrado Acuerdo General, y al capítulo que versa sobre Funcionamiento de las Bolsas de Empleo, tenemos que en el ordinal 3º se regula la Evaluación del desempeño, disponiéndose que "Todos los candidatos que hayan prestado servicios en la empresa, y que figuren inscritos en las Bolsas de Empleo, serán evaluados, de acuerdo con el sistema que la Dirección de Recursos Humanos habilite al efecto, dándose conocimiento a la Comisión de Seguimiento". Y es precisamente este sistema que debe habilitar al efecto la Dirección de Recursos Humanos el que no consta en autos. Nada sabemos sobre si fue o no fue seguido; es más, desconocemos si fue implantado en algún momento, o si ni tan siquiera existe. A ello hay que sumar el fundamental dato que la notificación a la trabajadora no expresa de modo concreto las razones del porqué de la exclusión ....."*

*4. Este criterio ha sido reiterado en la sentencia recaída en el recurso 3497/17 donde también con referencia a sentencias precedentes subrayamos: "Esta Sala se ha pronunciado ya en ocasiones anteriores sobre asuntos similares al ahora planteado, haciéndolo en sentido estimatorio de las pretensiones de los trabajadores, y considerando que en este caso estamos en un supuesto en el que se han incurrido en los defectos denunciados por el recurrente debemos seguir el criterio expuesto en las citadas Sentencias. Así en la Sentencia de esta Sala de fecha 24-1-17 (RS 516/16), decíamos lo siguiente, remitiéndose a otras resoluciones dictadas por la Sala: "El motivo ha de ser desestimado, aplicando los mismos criterios que sirvieron de base para dictar la resolución de instancia, y que se extraen de sentencias precedentes de esta Sala dictadas en asuntos similares al aquí resuelto. Baste citar, por ser más reciente, Sentencia de 23 de septiembre de 2014, Rs. 1065/2014, en la que la Sala estima el recurso de la trabajadora ante la desestimación de su demanda, en la que se solicitaba, como en nuestro caso, la inclusión de nuevo en las Bolsas de empleo, tras haber sido excluida por emitirse una evaluación negativa de su desempeño. Se dice por dicha sentencia lo siguiente: "Pues bien, tal y como señala la parte recurrente, esta Sala ha resuelto la cuestión en casos similares en los que, en aplicación de los mismos acuerdos que denuncia infringido el recurso, se excluyó de las bolsas de empleo de Correos a trabajadores temporales por la evaluación negativa de sus superiores no comunicada al trabajador ni a la Comisión de Seguimiento, por lo que elementales razones de seguridad jurídica e igualdad en la aplicación de la Ley imponen seguir el mismo criterio que el mantenido en las sentencias de 21-5-2009 (rec. 2636/2008) o en las resolutorias de los recursos de suplicación 1198/2011º 703/2011, en la sentencia de 3-4-2012 y en la de 2-7-2013, si bien con las matizaciones que más abajo expondremos dado que en nuestro caso existió*

una comunicació escrita notificada a la actora. Y así, como se recoge en las últimas sentencias mencionadas: "El motivo no puede prosperar y ello por las siguientes razones siendo todas y cada una de las mismas de entidad suficiente como para rechazar la censura jurídica que por el recurrente se efectúa: A) En primer lugar la existencia de un precedente de esta misma Sala del que no existen razones para apartarse, al que se hace mención en la sentencia recurrida, la S. de 5-5-2.009 resolutoria del recurso de suplicación 2366/2.008 en la que razonábamos ante un supuesto de exclusión de la Bolsa de trabajo por parte de la propia demandada: "el que por la norma no se exija comunicación escrita no excluye que se practique una notificación en forma, expresiva de las razones del porqué de la exclusión; una notificación que garantice de forma indubitada el conocimiento por parte del interesado de los términos de la decisión y de sus razones", y ello en atención a la entidad de la trascendencia de la exclusión que afecta al derecho reconocido constitucionalmente al trabajo (art. 35 CE), ya que se está limitando su acceso al empleo, así como para garantizar el derecho de defensa del trabajador a la hora de poder impugnar la exclusión de la bolsa de trabajo ante los órganos jurisdiccionales, de forma que tome cabal conocimiento de las razones que han llevado a la empleadora a tomar esta decisión, a fin de poder rebatirlas en sede jurisdiccional. B) En segundo lugar, los principios de mérito y capacidad que proclama el art. 103.3 de la CE para el acceso al empleo público, así como la objetividad y la transparencia que proclama el art. 20.2 del EBEB- que dado su carácter de norma supletoria, sí debe resultar de aplicación al caso que nos ocupa ante la ausencia de norma específica al respecto- difícilmente casan con el hecho de poder excluir a un trabajador de la bolsa de trabajo con fundamento en una supuesta "evaluación negativa" (...). Por último, el propio Acuerdo que se invoca como infringido de 19-6-06 exige un sistema de evaluación del que se debe dar traslado a la Comisión de Seguimiento del Acuerdo, y la demandada no ha justificado en modo alguno ni que la actora haya sido evaluada negativamente con sistema alguno del que se haya dado traslado a la Comisión." Atendiendo a la declaración de hechos probados de la resolución de instancia, que no ha resultado combatida, resulta que el actor, de acuerdo con el contenido del informe de fecha 30-12-2013 emitido por el Jefe de Sector de Red de Oficinas 502, fue evaluado negativamente el desempeño de la prestación del servicio de correos, lo que motivó que el 29-4-2014, a las 18:52 horas, recogiera burofax remitido por la demanda en la que se le comunicaba que "por falta de aptitud y actitud, mostrando gran desinterés por el trabajo con dificultades en el aprendizaje dando lugar a numerosas quejas de clientes y un muy bajo rendimiento", se le comunica la evaluación negativa de su desempeño y el decaimiento de la bolsa de empleo, con fecha de efectos 30 de abril de 2014". Conforme a los criterios mantenidos por esta Sala en resoluciones precedentes, y por razones de elemental seguridad jurídica, procede desestimar el motivo de recurso: 1.- No consta que el actor fuera evaluado conforme a sistema objetivo e imparcial habilitado por la dirección de Recursos Humanos, desconociéndose el sistema seguido; 2.- La comunicación es escueta y genérica, sin que sea posible justificar la ausencia de la inclusión de los datos necesarios para que el actor conociera las concretas causas que amparaban su evaluación negativa, cuando las mismas se hacían constar expresamente en informe previo de 30-12-13; 3.- Tampoco consta en hechos probados, que la Comisión de Seguimiento del acuerdo fuera informada de la evaluación negativa, pues al ordinal quinto se establece que únicamente se dio noticia al actor, a los representantes legales de los trabajadores y la comunicación de la evaluación negativa en reunión mantenida entre la representación legal de la empresa y las organizaciones sindicales". La aplicación de la doctrina expuesta conduce a la estimación de recurso por cuanto que la norma convencional citada en el escrito de recurso como infringida exige que la notificación de exclusión de la bolsa 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 este caso se envía burofax a la actora comunicándole la resolución sobre el decaimiento de la bolsa el 3 de marzo del 2016 con fecha de efectos de dicho día por lo que no se comunica tal decisión con carácter previo a la efectividad de la medida de exclusión sino en un momento simultáneo, no cumpliéndose así con los requisitos que en orden a la exclusión de las bolsas se recogen en el Anexo III citado y tal comunicación previa tampoco consta se realizara a la Comisión provincial de empleo y aunque es cierto, como argumenta la sentencia y la parte demandada al impugnar el recurso, que no es preciso conceder plazo de alegaciones a la trabajadora que ha tenido tales evaluaciones negativas y que no es preciso comunicarle los informes en los que se funda la evaluación negativa pues nada de ello lo exige la norma convencional, sí exige la norma la comunicación de la decisión con carácter previo a la efectividad y como en este caso no obra otro dato en los hechos probados de la Sentencia ni en los fundamentos de la Sentencia, más que la fecha de efectos fijada en la resolución de 3 de marzo del 2016, es claro que no se cumplió con tal requisito de la comunicación previa a la efectividad, lo que supone el incumplimiento de los requisitos formales pactados por la empresa y representación de los trabajadores en el año 2012 a fin de ofrecer mayores garantías a los trabajadores que sufrían tal decisión de exclusión de las bolsas, obligando ello a dejar sin efecto la decisión adoptada por la demandada. Por otra parte si bien no es preciso dar un trámite de audiencia al interesado para que se pronuncie sobre las evaluaciones negativas a modo de un expediente contradictorio ni es preciso facilitarle los informes emitidos que llevan a adoptar tal decisión de evaluación negativa, desde luego, sí era preciso reflejar en la resolución de forma motivada los hechos que fundamentaban tal decisión de exclusión de la bolsa de manera que la actora pudiera conocer las razones por las que se le había evaluado negativamente y se había decidido su exclusión de la bolsa, sobre todo cuando no consta sanción alguna impuesta con carácter previo a la actora ni expediente contradictorio incoado a la demandante por la negligencia en la realización de su trabajo. Si no existían tales sanciones previas, advertencias o expedientes contradictorios y además en la resolución acordando la exclusión sólo se indican imputaciones genéricas como son una mala realización de sus funciones y un mal uso del material que se le entrega para realizar su trabajo diario, utilizar un vocabulario inapropiado e irrespetuoso tanto de los compañeros como de los clientes y ocasionar numerosas quejas verbales de los mismos, generando un ambiente conflictivo y desagradable en su unidad de trabajo, sin ir acompañadas dichas imputaciones de los hechos concretos que las respaldan y que hubieran motivado tal evaluación, se ha de concluir que la resolución acordando el decaimiento de la bolsa de la actora no cumple los requisitos que se recogen en el Convenio colectivo de aplicación ni en el Acuerdo de Julio del 2012 mencionado en los hechos probados para que la resolución sobre exclusión de la bolsa pueda considerarse ajustada a derecho, por lo que procede estimar la censura jurídica expuesta con la consiguiente revocación de la sentencia de instancia para dejar sin efecto la decisión empresarial de excluir a la demandante de las bolsas de trabajo...". 5. Tal y como resulta de lo indicado en el apartado 2 de este fundamento jurídico el escrito de 15 de enero de 2015 indicando al actor que la Dirección de Zona había decidido evaluar negativamente sus servicios, no consta ni que se comunicara previamente al actor ni a la Comisión de Seguimiento, ni que se adoptara siguiendo sistema de evaluación alguno, del que se hubiere dado traslado a la Comisión, sino que de forma muy genérica se limita a referirse a hechos puntuales acaecidos en 3 de diciembre de 2014, que concretamente tampoco describe, con lo que se abona más si cabe el defecto puesto de manifiesto en el recurso, al no haberse adoptado la decisión de exclusión de la bolsa siguiendo un sistema de evaluación, y no poder entender sustituido el mismo por una comunicación escrita donde concretamente se alegaran hechos de suficiente gravedad para justificar una evaluación negativa de desempeño que en principio parece exigir un examen no de actuaciones concretas (aquí ni siquiera indicadas), sino de lo acaecido en un período de tiempo más extenso del que poder deducir esa evaluación negativa. En aplicación de la*

*doctrina resumida en las sentencias meritadas en los apartados 4 y 5 de este fundamento jurídico, que aquí se da otra vez por reiterada, se impone la estimación del motivo.”* En el presente caso concurren las mismas circunstancias que llevaron a la Sala a considerar que no era ajustada a derecho la decisión de la empresa de considerar al actor excluidos de las bolsas de empleo temporales, pues la comunicación remitida al actor se refiere a una evaluación negativa del actor por parte del Director de Zona que no ha sido puesta en conocimiento del actor con carácter previo a la efectividad de la decisión de decaimiento de las bolsas, en la que se refiere un hecho genérico de actitud desconsiderada con los clientes pero sin concretar pese a los hechos que se consideran probados en la Sentencia de instancia, en qué consistía esa actitud desconsiderada, no ajustándose por ello a los requisitos que hemos entendido en anteriores Sentencias debe tener dicha comunicación. Debe tenerse en cuenta que aun cuando al actor se le dio traslado de la queja formulada contra él por un cliente en septiembre del 2016, lo único que reconoció el actor fue no haber rellenado los datos del cliente y ello más que actitud desconsiderada sería incumplimiento de sus obligaciones que no es lo que se le imputa. Tampoco consta se le haya comunicado a la Comisión provincial de Empleo antes de la efectividad de la decisión de exclusión de las bolsas, la evaluación negativa realizada al actor y aun cuando la Sentencia de instancia refleja en un hecho probado que constan amonestaciones verbales al actor, no consta que las mismas hayan sido por actitud desconsiderada con los clientes, ni tampoco las fechas de las mismas, lo que es relevante en una relación con la demandada que se viene manteniendo en virtud de diferentes llamamientos, desde el año 1998. En consecuencia, concurren los mismos defectos que en su momento llevaron a la Sala a entender que la decisión adoptada por la demandada no se ajusta a la legalidad y por ello por motivos de seguridad jurídica, debemos acoger en este caso ese mismo criterio, estimando así este motivo de recurso y declarando por ello ilegal la exclusión del demandante de las bolsas de empleo temporales de las que formaba parte adoptada con efectos del 02/01/2017, con reposición al mismo en tales bolsas en el puesto que venía ocupando.

**CUARTO.-** El motivo cuarto de recurso se formula denunciando la infracción por inaplicación del artículo 1902 CC y de la STS de 23/09/2009, considerando que viene así la demandada obligada a indemnizar al actor en los términos interesados. No podemos sin embargo estimar este motivo de recurso, conllevando ello la estimación parcial del recurso pues como ya afirmamos en la Sentencia citada de la Sala de 12/07/2018 que se remite a otras dictadas por la Sala “ya indicamos en la sentencia meritada en el apartado 4 del fundamento jurídico anterior, que “la aplicación al caso de los criterios mantenidos en sentencias precedentes impiden la estimación de este último motivo”. Con base al art. 1106 del Código civil, la jurisprudencia ha señalado desde antiguo que las ganancias dejadas de obtener no pueden derivar de supuestos meramente posibles y contingentes; no basta la simple posibilidad de realizar la ganancia, sino que debe existir una probabilidad objetiva que resulte del curso normal de las cosas. Con respecto al lucro cesante impera la interpretación restrictiva, debiendo probarse rigurosamente que se dejaron de obtener las ganancias. En el caso de autos el funcionamiento de las Bolsas de Empleo de la entidad demandada es complejo y está basado en el sistema de la rotación, lo que significa que tener un número superior no asegura la contratación preferente en un determinado periodo, pues si un candidato ha tenido menos rotaciones, se le adjudicará el contrato aunque tenga un número de orden peor. Como resulta de lo actuado, el llamamiento de los candidatos se realiza por orden de puntuación y de manera rotatoria hasta agotar la bolsa, comenzándose nuevamente por el primer candidato, y así sucesivamente, hasta nueva convocatoria; y, con independencia del orden de puntuación (que no es determinante por sí sólo, teniendo en cuenta el principio de rotación), concurren circunstancias que son incontrolables e imprevisibles que condicionan la selección de los candidatos en bolsa, tal y como las siguientes: la enfermedad, la maternidad, la excedencia por cuidado de hijos menores o familiares, las renunciaciones a la bolsa o a los contratos ofertados, el tener otro trabajo,

la no localización del candidato, o la no superación del periodo de prueba, situaciones que pueden afectar a la actora y al resto de candidatos, y que se acentúa por el hecho de que muchos candidatos, al igual que le ocurría a la demandante, están en dos bolsas, así como por el hecho de que el que se esté en esas citadas circunstancias afecta en unas ocasiones a la rotación del candidato y en otras no (por ejemplo, en el caso de la maternidad, en cuanto a situación protegida). De este modo, no consta cuántos contratos hubiese tenido la actora si no hubiese sido excluida fuera de las bolsas, ni en cuál de las dos bolsas en las que estaba incluida, ni la hipotética duración. En definitiva, y dado que el derecho de la trabajadora a ser incluida en la bolsa de empleo implica una expectativa de derecho a ser contratada conforme a las normas de contratación temporal y a su sistema de llamamientos, pero no supone necesariamente que sea contratada, ni puede saberse de modo objetivo los días en que hubiera estado contratada o los contratos que le hubieren correspondido, no ha lugar a estimar la indemnización solicitada (en este sentido, nos pronunciamos ya en la Sentencia del TSJCV de 10-11-2011)...".

En consecuencia, siguiendo ese mismo criterio pues además no se refleja en el relato fáctico dato alguno sobre la duración de su contrato, posición en las bolsas y llamamientos que se hubieran producido desde su exclusión de las bolsas, procede denegar la petición de indemnización de daños y perjuicios, estimando así en parte el recurso formulado, sin costas a la vista de ello conforme al artículo 235 LRJS.

Por ello;

VISTOS los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

### **FALLAMOS**

Que estimando en parte el recurso de suplicación interpuesto por la representación procesal de D G.M.S. contra la sentencia de fecha veinte de febrero del Dos Mil Dieciocho dictada por el Juzgado de lo Social Número 11 de Valencia, en autos número 125/2017 seguidos a instancias del recurrente frente a la empresa SOCIEDAD ESTATAL DE CORREOS Y TELÉGRAFOS SA sobre DERECHOS Y CANTIDAD, debemos de revocar la Sentencia de instancia, acordando estimar en parte la demanda formulada dejando así sin efecto la decisión de la demandada de excluir al demandante de las bolsas de trabajo de las que ha sido excluido por la resolución impugnada de 02/01/2017, reponiéndole en las mismas y procediendo a su contratación cuando por turno corresponda en función del puesto que venía ocupando con anterioridad a dicha exclusión, condenando a la demandada a estar y pasar por esta resolución. Sin costas.

## 2429

**Sentencia núm. 489, de 19 de febrero de 2019**

**Materia: Reclamación de cantidad y reconocimiento carácter indefinido de la relación laboral. Trabajadoras que han prestado sus servicios para la AEAT en virtud de distintos contratos temporales como auxiliares administrativos. Suscripción de sucesivos contratos eventuales para la realización de su cometido. Consideración de la contratación como de carácter fijo y discontinuo, con derecho al reconocimiento de antigüedad.**

**Juzgado: Desestima la demanda, absolviendo al organismo demandado de las peticiones de la demanda. Mantiene el carácter eventual de la relación laboral de las trabajadoras.**

**Sala: Estima parcialmente el recurso reconociendo a las demandantes la condición de trabajadoras fijas discontinuos y determinada fecha de antigüedad, pero solamente de los días efectivos trabajados dada su consideración de trabajadores discontinuos. No se computa como servicios prestados todo el tiempo transcurrido desde el primer contrato firmado.**

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

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Frente a la sentencia de instancia, que desestimó la demanda interpuesta por las trabajadoras y absolvió a la parte demandada AEAT de las pretensiones deducidas de contrario, interpone recurso de suplicación la parte actora, siendo impugnado por la agencia estatal tributaria. En dos motivos de recurso, con amparo procesal en el artículo 193 c) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, la recurrente indica que existe infracción de normas sustantivas por aplicación errónea del art. 15 del ET, art. 4 del RD 2720/1998 y de la jurisprudencia que aplica estos preceptos.

A través del primer motivo la recurrente solicita que se considere a las demandantes como fijas-discontinuas de la AEAT, matizado posteriormente la denominación de indefinidas-discontinuas, pues indica que las actoras comenzaron a prestar servicios con contratos eventuales para atender los servicios de información de las campañas anuales de la declaración de la renta, lo que se fue repitiendo con el mismo objeto; que AEAT convocó proceso selectivo de sustitución de empleo temporal-discontinuo por empleo fijo-discontinuo y quienes superaron el proceso continuaron siendo llamados. Los que no lo superaron, entre ellos las actoras, volvieron a ser llamados suscribiendo un contrato de interinidad por vacante, sin ningún cambio en el contenido de la relación laboral. Cita diversas sentencias en supuestos idénticos al presente, entre ellas la del TSJ de Madrid de 22-2-2016 que declara el carácter de indefinido-discontinuo. En cuanto a la fecha de antigüedad postula la de inicio de la relación laboral en AEAT.

Pues bien, de lo consignado al relato fáctico de la sentencia de instancia resulta que: “ J.R. prestó servicios en virtud de un contrato eventual por circunstancias de la producción por acumulación de tareas para la campaña de la Renta 2007, entre 16 de Abril y 2 de Julio de 2007, a través de otro contrato eventual por circunstancias de la producción por acumulación de tareas para la campaña de la Renta 2008, entre 14 de Abril y 8 de Julio de 2008, contrato de interinidad por vacante, para cobertura de vacante de personal fijo discontinuo suscrito en 14-4-2009, desde 14-4-2009 a 8-7-2009, de 13-4-2010 a 8-7-2010, de 26-4-2011 a 7-7-2011, de 25-4-2012 a 9-7-2012, de 7-5-

2013 a 5-7-2013, de 5-5-2014 a 4-7-2014 y de 5-5-2015 a 6-7-2015, lo que supone un total de prestación de servicios para la AEAT de 1 año, 10 meses y 1 día.”

Que D<sup>a</sup>. E.F. prestó sus servicios en virtud de: “contrato de interinidad por vacante, para cobertura de vacante de personal fijo discontinuo suscrito en 14-4-2009, desde 14-4-2009 a 8-7-2009, de 13-4-2010 a 8-7-2010, de 26-4-2011 a 7-7-2011, de 25-4-2012 a 9-7-2012, de 7-5-2013 a 5-7-2013, de 5-5-2014 a 4-7-2014 y de 5-5-2015 a 6-7-2015, lo que supone un total de prestación de servicios para la AEAT de 1 año, 4 meses y 19 días.”

Que D<sup>a</sup>. L.L., los prestó: “en virtud de un contrato eventual por circunstancias de la producción por acumulación de tareas para la campaña de la Renta 2008 desde 14-4-2008 a 8-7-2008; contrato de interinidad por vacante, para cobertura de vacante de personal fijo discontinuo suscrito en 14-4-2009, desde 14-4-2009 a 8-7-2009, de 13-4-2010 a 8-7-2010, 26-4-2011 a 7-7-2011, de 25-4-2012 a 9-7-2012, de 7-5-2013 a 5-7-2013, de 5-5-2014 a 4-7-2014 y de 5-5-2015 a 6-7-2015, lo que supone un total de prestación de servicios para la AEAT de 1 año, 7 meses y 14 días.”

Y finalmente prestó servicios: “D<sup>a</sup>. C.M. en virtud de un contrato eventual por circunstancias de la producción por acumulación de tareas para la campaña de la Renta 2007 desde 16-4-2007 a 2-7-2007; de un contrato eventual por circunstancias de la producción por acumulación de tareas para la campaña de la Renta 2008 desde 14-4-2008 a 8-7-2008; contrato de interinidad por vacante, para cobertura de vacante de personal fijo discontinuo suscrito en 14-4-2009, desde 14-4-2009 a 8-7-2009, de 13-4-2010 a 8-7-2010, de 26-4-2011 a 7-7-2011, de 25-4-2012 a 9-7-2012, de 7-5-2013 a 14-5-2013, un año 5 meses y 3 días.”

Debemos indicar que la nota sustancial de los contratos eventuales es que se basa en las exigencias circunstanciales del mercado que llevan a una acumulación de tareas; esa exigencia debe responder a algo imprevisible y no periódico. Esos requisitos no pueden concurrir cuando estamos hablando del impuesto sobre la renta, pues éste, y el aumento de trabajo que supone a la Agencia Estatal, es algo que no depende del mercado, no es circunstancial y es totalmente previsible. En esta tesitura los contratos eventuales que se van haciendo campaña tras campaña en el fondo “esconden” una necesidad permanente, aunque la misma se refiera épocas determinadas del año.

Por tanto, la contratación temporal procede cuando la necesidad de trabajo es en principio imprevisible y fuera de cualquier ciclo regular. Por el contrario, existe contrato fijo de carácter discontinuo cuando se produce una necesidad de trabajo de carácter intermitente o cíclico o en intervalos temporales separados pero reiterados en el tiempo y dotados de una cierta homogeneidad.

**SEGUNDO.-** Resulta de gran importancia recordar que: *“La Jurisprudencia del Tribunal Supremo, por todas la sentencia de 19 de enero de 2010 (rec. 1526/2009) y las que en ella se refieren, ha venido admitiendo la figura del contrato por tiempo indefinido de carácter discontinuo para la administración, cuando con independencia de la continuidad de la actividad de la empresa, se produce una necesidad de trabajo de carácter intermitente o cíclico, es decir, en intervalos temporales separados pero reiterados en el tiempo y dotados de una cierta homogeneidad. En la AEAT, se han venido suscribiendo contratos eventuales para atender a las necesidades de personal que se producen en las sucesivas y anuales campañas de la renta, contratos que han sido denunciados en vía judicial por los trabajadores afectados, que han obtenido sentencias en las que se ha declarado su derecho a ser considerados trabajadores indefinidos de carácter discontinuo, con el consiguiente derecho a ser llamados por orden de antigüedad en la siguiente campaña, criterio que fue unificado en la STS de 4 de mayo de 2004 (rec. 4326/2003),*

*después reiterada por la de 17 de septiembre de 2004 (rec.4671/2003) y 26 de noviembre de 2004 (rec. 5031/2003), que son aplicadas en la sentencia nº137 de 4 de marzo de 2008, según se expresa en su fundamentación jurídica; y si bien en el fallo de esta sentencia se declara el carácter fijo discontinuo de la relación que une a la actora con la AEAT, la interpretación de la parte dispositiva de la sentencia, de acuerdo con lo fundamentado en la misma, debe realizarse en el sentido de que lo que une a la trabajadora con la AEAT es una relación laboral indefinida de carácter discontinuo, y no fija para lo que hubiera sino preciso superar las pruebas de acceso a las plazas oportunamente convocadas; y es posible corregir el fallo de la sentencia, aunque haya adquirido firmeza, al ser el error susceptible de aclaración, incluso por esta Sala (art. 267 de la Ley de Orgánica del Poder Judicial y art. 214 de la Ley de Enjuiciamiento Civil)."*

En el caso de las actoras, como queda evidenciado de la secuencia temporal más arriba recogida, la contratación temporal se fue repitiendo con el mismo objeto, con las figuras de contratos eventuales, sin que quepa constatar una acumulación de tareas ni el resto de circunstancias que dan lugar a su nacimiento, ni un supuesto de interinidad conforme a derecho, pues no queda acreditado que conste el nombre del sustituido y la causa de la sustitución, no siendo suficiente la mención genérica de dar cobertura a aquellas vacantes que no fueron ocupadas por personal fijo-discontinuo y cuya cobertura se considera de urgente e inaplazable necesidad, contraviniendo con ello los requisitos del art. 15 del ET y art. 4 del RD 2720/1998.

Y todo ello con independencia de la no superación por las demandantes del proceso selectivo, pues de haberlo superado serían fijas-discontinuas, y al no haberlo hecho, pero venir trabajando desde los años 2007, 2008 y 2009 en periodos temporales semejantes, campañas de información del IRPF y atención al contribuyente, que se fueron repitiendo anualmente, de manera cíclica y periódica, con el mismo objeto, llegamos a la conclusión que la relación que vincula a las partes, es de naturaleza indefinida discontinua, pues en ningún caso pueden contravenirse los principios de igualdad, mérito y capacidad en el acceso a un organismo público. Con la declaración del carácter indefinido discontinuo de la relación laboral no se obtiene un puesto al margen de la oferta pública de empleo pues la declaración de indefinido implica que se ocupa el puesto hasta que el mismo se cubra por el procedimiento legalmente establecido.

Por último y en cuanto a la fecha de antigüedad de las actoras, entendemos que la misma cabe fijarla en la de inicio del primer contrato de trabajo suscrito para prestar servicios en campañas de renta con la AEAT, entendiéndose que siendo el servicio prestado siempre el mismo de asesoramiento al contribuyente, ha habido una unidad de vínculo, dentro de la discontinuidad, primando la reiteración en el tiempo aun cuando lo fuere por un periodo limitado.

**TERCERO.-** Al amparo del apartado c) del art. 193 de la LRJS, y a través del mismo se denuncia la infracción por interpretación errónea de los arts. 15.8 y 12.4 d) del ET y de los arts. 30 y 67 del Convenio Colectivo del personal laboral de la AEAT. En esencia, lo que se sostiene por las recurrentes es que las trabajadoras demandantes merecen el reconocimiento del tiempo de servicios prestados desde el primer contrato para la campaña de la renta, computando todo el tiempo transcurrido desde esa fecha para el cálculo de premio por antigüedad (trienios) así como para su promoción profesional, sin tomar en consideración ni descontar el tiempo en que no se presten los servicios. Añade que les son aplicables las previsiones contenidas en el art. 12.4 d) ET, debiendo imperar el principio de igualdad de trato, al equiparar dicho precepto a los trabajadores a tiempo parcial con los trabajadores a tiempo completo; y que por aplicación de la normativa convencional que se cita, se ha de concluir que en los trabajos fijos discontinuos, coexiste un vínculo laboral indefinido con la concentración de trabajo y jornada en unos periodos concretos cada año, de manera

que si se atendiese sólo a este último elemento de la relación, el comienzo del devengo del complemento de antigüedad se retrasa, sufriendo las trabajadoras un doble gravamen en comparación al trabajador a tiempo completo: se tarda más tiempo en alcanzar el periodo mínimo para tener derecho al complemento y la cantidad percibida es inferior al devengarse sólo por el periodo de ocupación efectiva. Se indica asimismo que el criterio seguido por AEAT es contrario a la normativa comunitaria, pues a las actoras como trabajadoras a tiempo parcial les resulta de aplicación el Acuerdo Marco sobre el trabajo a tiempo parcial que figura en el Anexo de la Directiva 97/81/CE del Consejo de 15 de diciembre de 1997. También se alega que la administración considera erróneamente que la adquisición del derecho a la promoción económica y el derecho a la promoción interna son unos derechos con naturaleza fraccionable y susceptibles de aplicación del principio de prorrata temporis, matizando la parte recurrente que, sin embargo, la adquisición de estos derechos no puede reconocerse de manera fraccionada sin que pierda su propia naturaleza.

El anterior motivo ha de ser desestimado. El Juez de instancia, acogió la tesis desestimatoria de la pretensión ejercitada al tener en cuenta solo el tiempo efectivo de prestación de servicios. Y esta Sala ha de confirmar esta tesis, al resolverse tales discrepancias por la Sala Cuarta en sentido también desestimatorio. Así lo recogimos ya en nuestra sentencia de fecha 16-05-2018, r.s 2270/2017, que ha adquirido firmeza, remitiéndonos a lo dispuesto en la Sentencia dictada por el Alto Tribunal de 13-3-2018, rcud. 446/2017, que reitera doctrina precedente, en el siguiente sentido:

"La cuestión planteada en el presente recurso de casación para unificación de doctrina consiste en determinar cómo se computa la antigüedad en la empresa de los trabajadores fijos discontinuos. Más concretamente, se cuestiona si debe computarse todo el tiempo transcurrido desde que se inició la prestación de servicios, aunque no se trabajara, o sólo el tiempo de prestación de servicios efectivos durante las sucesivas campañas a las que fueron llamados (...).

Tal y como hemos argumentado en nuestra sentencia de fecha 18 de enero de 2018 (rcud 2853/2015 ), el recurso debe prosperar porque:

Primero. Conforme a los artículos 82-3, 25-1 y 26-3 del Estatuto de los Trabajadores es el convenio colectivo, resultado de la negociación colectiva que reconoce el artículo 37 de la Constitución, la norma que establece las condiciones sustanciales del contrato de trabajo, entre las que se encuentra el sistema de remuneración, la cuantía del salario, su estructura y los " complementos salariales fijados en función de las circunstancias relativas a las condiciones personales del trabajador". Consiguientemente, es el convenio colectivo la norma que regula la cuantía del salario y de sus complementos con plena autonomía, siempre que se respeten los mínimos legales de derecho necesario en materia retributiva, mínimos que solo afectan a la cuantía retributiva mínima legal, pero no a la estructura salarial aplicable, ni, menos aún a la aplicación analógica de criterios legales establecidos para otros tipos de contratos, como es el contrato a tiempo parcial, figura contractual diferente del contrato laboral fijo-discontinuo que es regulado por distintos preceptos legales (el contrato a tiempo parcial en el art. 12-4 del ET y el contrato fijo-discontinuo en el artículo 15-8 del ET antes y en el art. 16 de la redacción vigente en la actualidad). Las normas del contrato a tiempo parcial no son aplicables al contrato fijo-discontinuo, salvo cuando este se repite en fechas ciertas, lo que no es el caso que nos ocupa porque las campañas del impuesto de la renta y del de sociedades no se inician y concluyen el mismo día todos los años, ni para todas las personas contratadas.

Segundo. Porque resuelto que el complemento de antigüedad se regula por el convenio colectivo que lo crea y especifica los requisitos que se deben acreditar para tener derecho al mismo, la cuestión planteada queda reducida a determinar el

alcance de las disposiciones del convenio colectivo, para lo que conviene recordar que el art. 67-1, párrafo primero, establece: " Retribuciones de carácter personal. 1. Antigüedad: Este complemento está constituido por una cantidad fija de 24,86 euros mensuales, que se devengarán a partir del día primero del mes en que se cumplan tres o múltiplos de tres años de relación laboral prestando servicios efectivos en el ámbito de aplicación de este Convenio."

Del tenor literal de esa disposición se deriva que para cumplir cada trienio hacen falta tres años de prestación de servicios efectivos. Es cierto que el concepto de antigüedad es complejo y no tiene un sentido unívoco, ni desempeña la misma función en los distintos aspectos que puede tener en la relación laboral porque, como decíamos en nuestra sentencia de 15 de marzo de 2010 (Rec. 90/2009) "La antigüedad es, según uno de los significados que recoge el Diccionario de la Real Academia, "el tiempo transcurrido desde que se obtiene un empleo". Pero ese tiempo puede ser definido de forma distinta, según los efectos a los que se refiere su cómputo, y en el ámbito laboral puede no ser lo mismo la antigüedad a efectos de promoción económica que la antigüedad a efectos de promoción profesional o del cálculo de las indemnizaciones por la extinción del contrato...". Pero en el presente caso, como el Convenio habla de la prestación de "servicios efectivos" cabe concluir que en el convenio ha optado por el cómputo del tiempo de prestación de servicios efectivos y no por el de vinculación a la empresa, por cuánto una cosa es el periodo de vigencia del contrato fijo-discontinuo, determinado por el inicio del contrato que desde el día que se firma es fijo, y otra el tiempo real de prestación de servicios, de ejecución del contrato que no requiere prestaciones recíprocas fuera de las temporadas que lo motivan, tiempo real de actividad que es el que el convenio quiere que se compute a efectos del complemento salarial de antigüedad.

Tercero. Porque esta solución interpretativa es la que más se adecua al sentido prístino del premio por antigüedad, cuyo objeto es premiar la mayor permanencia del trabajador en la empresa por la mayor experiencia que se adquiere con la estabilidad en el empleo, así como la lealtad que supone no cambiar de empresa llevando a otra los conocimientos adquiridos. En este sentido pueden citarse las sentencias del TJUE de 17 de octubre de 1989 Caso Danfoos y 3 de octubre de 2006. Caso Cadman y Healt, que resaltan la importancia de la experiencia que da la prestación de servicios efectivos y emplean ese dato para entender que no existe discriminación indirecta de la mujer por causa de ese complemento salarial.

Cuarto.- Esta solución es la que ha venido siguiendo esta Sala desde su sentencia de 5 de marzo de 1997 (R. 2827/1996 ) en la que se planteó la cuestión del cómputo de la antigüedad de los fijos-discontinuos y dijo que debía atenderse a los servicios efectivamente prestados, doctrina que han reiterado de forma más o menos explícita en ese particular y en el relativo a la aplicación del artículo 25 del Estatuto de los Trabajadores y al Convenio Colectivo las posteriores sentencias de 6 de noviembre de 2002 (Rec. 1886/2002 ), 25 de abril de 2005 (Rec. 923/2004 ), 27 de junio de 2007 (Rec. 2461/2006 ), 20 de julio de 2010 (Rec. 2955/2009 ), 14 de octubre de 2014 (Rec. 467/2014 ) y 20 de noviembre de 2014 (Rec. 1300/2013 ), entre otras.

Quinto. Procede rechazar los argumentos relativos a la desigualdad y falta de proporcionalidad que provoca el distinto tratamiento de los fijos-discontinuos con relación a los trabajadores fijos, a tiempo completo o parcial, por cuanto es doctrina constitucional reiterada que el artículo 14 de la Constitución sólo se viola cuando se da desigual trato a situaciones de hecho y de derecho iguales, pero no cuando se trata de forma distinta o situaciones diferentes, cual es el caso que nos ocupa, por cuanto, como se trata de contratos diferentes, está justificada la diferente regulación de los mismos, máxime cuando resulta que los fijos discontinuos no son privados del complemento por antigüedad, sino que, simplemente, se establece un sistema distinto para su cómputo que en definitiva es proporcional al tiempo de prestación de

servicios, lo que evidencia que el mismo respeta el principio constitucional de igualdad y que de acudirse al cómputo de la antigüedad que propugna la demanda y acepta la sentencia recurrida nos encontraríamos con que se daría mejor trato al trabajador discontinuo que al que trabaja todo el año, por cuanto con menos tiempo de trabajo efectivo conseguirá los beneficios que el convenio colectivo otorga a la mayor antigüedad".

Atendiendo a la doctrina expuesta, el recurso únicamente puede prosperar en cuanto a las dos primeras pretensiones, el reconocimiento de la condición de indefinidas discontinuas de las actoras con el reconocimiento de las antigüedades desde el primer contrato, tal y como se relacionará en el fallo, debiendo quedar desestimada la tercera de las pretensiones de la parte actora, al no computarse como servicios prestados todo el tiempo transcurrido desde la firma del primer contrato, inclusive la desestimación de las cantidades solicitadas, que no se han devengado al no efectuarse el computo a efectos de trienios como se pide por las demandantes, ninguna de las cuales ha llegado a prestar servicios efectivos durante tres años.

### **FALLO**

Que estimando parcialmente el recurso de suplicación interpuesto contra la sentencia de 29 de diciembre de 2017 del Juzgado de lo Social nº 10 de los de Valencia y con revocación en parte de la misma:

1.-Reconocemos a las demandantes la condición de trabajadoras indefinidas discontinuas de la AEAT.

2.-Reconocemos a las demandantes la siguiente fecha de antigüedad:

- D<sup>a</sup>. J.R.F.: 16-04-2007.

- D<sup>a</sup>. E.F.A. 14-04-2009.

- D<sup>a</sup>. L.L.P. 14-04-2008.

- D<sup>a</sup>. C.M.L.: 16-04-2007.

3.-Desestimamos el resto de las pretensiones formuladas. Sin costas.

## 2430

**Sentencia núm. 576, de 26 de febrero de 2019**

**Materia: Reclamación de cantidad: Actualización de salarios. Trabajadores al servicio de empresa demandada. Subrogación de empresa. En el momento de la subrogación esta vigente el convenio colectivo de empresa que impugnado por lesividad fue declarado nulo. Aplicación a los trabajadores demandantes del convenio colectivo prorrogado por falta de denuncia. Revocación del mismo, en particular en lo que respecta a la actualización de los salarios. Desde la subrogación se procede a la actualización de salarios aplicando el IPC del año anterior. Periodo de ultraactividad del convenio. Efectos aplicación IPC negativo. Juzgado: Estima en la demanda condenando a la empresa demandada al abono de determinada cantidad más un 10% de intereses por mora de los conceptos salariales, sin perjuicio de la responsabilidad legal subsidiaria del FOGASA en caso de insolvencia de la empresa.**

**Sala: Estima en parte el recurso incrementando el importe de las cantidades adeudadas a los trabajadores por actualización de salarios conforme al IPC, confirmando la sentencia de instancia respecto al resto del pronunciamiento. No procede revisión a la baja en caso de IPC negativo por falta de previsión expresa. Ponente: Ilma. Sra. D<sup>a</sup>. Inmaculada Linares Bosch.**

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Se interpone recurso de suplicación por la representación técnica de la parte actora, frente a la sentencia que estimando en parte la demanda, condena a la empresa demandada X. SA, a abonar a los actores las siguientes cantidades: a E.C.M.: 4.823,67€, y a A.V.F. 7.631,96€, más el 10% de intereses por mora de los conceptos salariales.

1. El primer motivo del recurso se redacta al amparo de la letra b) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, interesando, en primer lugar, la revisión del hecho probado tercero, a fin de que su párrafo segundo quede redactado del siguiente modo, “Contra esta sentencia se formuló recurso de suplicación, dictándose sentencia por el TSJCV en fecha 28-9-17, que estimó en parte el recurso de suplicación, revocando la misma, en el particular relativo a la aplicación del art 3 del convenio colectivo de T. SA para 2008-2010, procediendo desde la subrogación la actualización de salarios aplicando el IPC del año anterior, *sin que se considere la ultraactividad desde el día 10-11-2011 hasta julio de 2013 como fecha tope de vigencia, porque se opone al contenido del artículo 3 del convenio resucitado*”, en base a la sentencia 2343/17 del TSJ-rec. 3361/16.

El hecho impugnado ya cita expresamente los documentos 13-19 de la parte actora, y 4 de la empresa, consientes en copia de la sentencia nº 2343/17 de fecha 28-9-2017 de esta Sala, rec. 3361/16, por lo que dicha sentencia se entiende íntegramente por reproducida, lo que hace innecesaria la revisión postulada.

2. En segundo lugar, solicita la revisión del hecho probado quinto, a fin de que quede redactado del siguiente modo, “Que el convenio colectivo de la empresa T. SA con vigencia entre 2008-2010, fue sido denunciado ad cautelam por la empresa demandada en fecha 28-11-14 *por estar pendiente el procedimiento de nulidad del convenio 2012-2014. La denuncia del convenio 2008-2010 es efectuada por la empresa T. el 10-11-2011, constando inscrita en el registro de Convenios en fecha 19-12-2011*”, en base a la documental obrante a los folios 13 a 19-sentencia del TSJ nº 2343/17, y documento 2 de la empresa-folios 7 a 10-denuncia del convenio.

La documental citada consisteix en la sentència de esta Sala, que com a se ha dit se té íntegrament per reproduïda, i el document 2 de la empresa consisteix en la denúncia de data 28-11-2014, dada que ja consta en el fet impugnat, per lo que no se admite la adició postulada.

**SEGUNDO.-** 1. El segon motiu se redacta al amparo de la letra c) del artícol 193 de la LRJS, i se subdivide en tres apartats: a) En primer lloc, se denuncia la infracció del artícol 1.252 del Codi Civil en relació amb els artícols 9.3 i 24.1 de la Constitució, invocant la cosa jutjada respecte de la sentència nº 2343/17 de esta Sala de data 28-9-17, que resolgué que no podia acceptarse la petició de considerar la ultractivitat desde el 10-11-11 que hauria finalitzat en juliol-2013 com a data tope de vigència amb aplicació del conveni del sector o de la empresa entoncs vigent, perquè se oposa al art. 3 del conveni resuscitat. Asimismo, alega que la jutgadora estableix la vigència del conveni hasta diciembre-15 por la denuncia “ad cautelam” de 28-11-14, cuando la denuncia del convenio es de fecha 10-11-11.

b) En segon lloc, denuncia la infracció del art. 86.3 del Estatuto de los Trabajadores, en relació amb la DT Cuarta de la Ley 3/2012, de 6 de julio. Sostienen los recurrentes que si un Convenio colectivo, suscrito con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 3/2012, contiene una cláusula que prevea que una vez finalizado el periodo de vigencia y denunciado el convenio, permanecerán vigentes las cláusulas normativas hasta la entrada en vigor de un nuevo convenio que le sustituya, tal cláusula es el “pacto en contrario” al que se refiere el último párrafo del art. 86.3 ET. Que conforme a los artículos 3 y 7 del Convenio colectivo la voluntad de las partes negociadoras era mantener el convenio hasta la firma de otro nuevo, por lo que no puede considerarse que el Convenio colectivo 2008-2010 haya perdido su vigencia, procediendo la actualización de los salarios aplicando el IPC del año anterior.

c) En el tercer motiu, denuncia la infracció de los artícols 7 y 10 del Convenio colectivo de T. 2008-2010, en relació amb els artícols 3.3, y 1281 a 1285 del Codi Civil, alegando que del Convenio colectivo se deduce que la revisión del “IPC real” se realizará al alza, por lo que de ser el IPC negativo no procede minoración del salario, con cita de STS de 9-7-2010, rec. 131/09, por lo que solicita se condene a la demandada a abonar a D. E.C. 5.607,80€ y a D. A.V. 8.210,49€ (actualización IPC: años 2015 y 2016= 0, año 2017= 1,6%, año 2018= 1,1%), o subsidiariamente, a D. E.C. 5.192,12€ y a D. A.V. 7.814,63€ (actualización IPC: año 2015= -1%, año 2016= 0, año 2017= 1,6%, año 2018= 1,1%), con el 10% de interés por mora.

2. Tal como consta en el relato fáctico de la sentencia, los actores prestan servicios para la demandada X. SA, que se subrogó en la anterior empleadora T. SA con efectos 1-3-2012. El Convenio Colectivo de la empresa T. SA para los años 2008-09-10 (BOP 14-5-08), había sido denunciado por la empresa T. SA el 10-11-11, firmándose un nuevo Convenio colectivo el 17-2-2012, para los años 2012-13-14 (BOP 26-3-12), el cual fue declarado nulo por sentencia de esta Sala de 27-11-2014. La empresa demandada X. SA en fecha 28-11-2014 denunció “ad cautelam” el Convenio de T. 2008-09, por estar pendiente el procedimiento de nulidad, y actualmente está negociando un nuevo Convenio Colectivo para la contrata en la que prestan servicios los actores.

Por sentencia del Juzgado Social nº 1 de fecha 10-2-16, se declaró que a los actores de dicho procedimiento, -entre los que no figuran los aquí demandantes, por lo que no concurre la alegada cosa juzgada-, “les es de aplicació el Convenio T. 2008-2010 prorrogado por falta de denuncia hasta el 31-12-14 (dada la denuncia de 28-11-14) en su contenido normativo y en concreto en cuanto a la actualización salarial prevista en el art. 3 del mismo (periodo hasta el 31-12-14 al que se limita la presente litis) estimando en tal sentido la demanda declarativa a la que se limita la presente litis”. Contra dicha sentencia se interpuso recurso por la empresa aquí demandada X. SA, dictándose sentencia nº 2343-17 por esta Sala en fecha 27-9-17 (rec. 3361/16), estimando en parte el recurso y revocando “en parte la sentencia recurrida, en el particular relativo a la aplicación del art. 3 del Convenio Colectivo de T. SA para 2008-2010,

procediendo desde la subrogación la actualización de salarios aplicando el IPC del año anterior, confirmándola en el resto”.

De lo expuesto se desprende que el citado Convenio colectivo para los años 2008-09, dada la denuncia efectuada por la empresa T. SA el 10-11-11, y en el periodo objeto de reclamación en el presente litigio (años 2015 a 2018), ya ha perdido su vigencia, conforme al art. 86.3 del ET, lo que no se opone al art. 3 de dicho Convenio que dice, *“El presente Convenio colectivo estará vigente entre el 1 de enero de 2008 y el 31 de diciembre de 2020. Llegado su vencimiento, se entenderá tácitamente prorrogado, si no es denunciado con un mes de antelación como mínimo por cualquiera de las partes, dando comunicación a la vez a la otra parte. En caso de no denuncia, se prorrogará por periodos anuales y tendrá una revisión automática sobre todos los conceptos económicos y en concreto de los Anexos I y II, del IPC real más un 0,50%”*. Es decir, que una vez denunciado el Convenio, ya no cabe entenderlo tácitamente prorrogado, pues tal prórroga solo se produce “en caso de no denuncia”, tal como se desprende de la dicción literal de la norma convencional. Sin que a ello obste lo dispuesto en los art. 7 y 10 del mismo convenio cuando dicen, respecto al salario convenio de las tablas salariales, que “a partir del 1 de enero de 2010 se revisaran las tablas con el IPC real del 2009”, pues tal previsión es evidente que dependerá de la vigencia del convenio conforme a su art. 3.

Respecto a la aplicación del IPC, que en 2015 fue negativo. Tal como indica la STS de 21-6-2018, rec. 197/17, -con cita de STS de 26/01/10 -rco 96/09, 27/09/10 -rco 191/09, 20/10/10 -rco 214/09, 20/10/10 -rco 425/10 y 22/11/10 -rco 303/10-, señala que, “Para que «se produjera el efecto de revisión a la baja, sería preciso que así se hubiera establecido de manera clara y expresa en el pacto en virtud del cual se acordaba la revisión. En el ámbito de la negociación colectiva existía en nuestro mercado laboral una larga, reiterada y uniforme práctica de convenir en la aplicación del IPC previsto, con revisión al alza de acuerdo con el que acabara siendo el IPC real al final del año. Nunca se pactó revisión a la baja, porque nunca, desde que se implantó la negociación colectiva, la inflación real a fin de año había sido inferior a la prevista. Cambiar ese uso general y sin excepciones aceptado por los componentes de las mesas negociadoras, habría exigido que así se estableciera de manera expresa» (STS 22/11/10 -rco 228/09 -. Y en parecidos términos las de 18/02/10 -rco 87/09- y 27/10/10 -rco 51/10-)”.

En definitiva, dado que el año 2015 el IPC fue negativo y el art. 7 de dicho Convenio establece que las tablas salariales se “revisaran” con el “IPC real”, sin previsión expresa de revisión a la baja, no cabe revisión negativa en dicha anualidad, sin que proceda actualización del salario en los años 2016 a 2018, pues en dichas anualidades el Convenio colectivo de T. SA para 2008-10 ya estaba en ultraactividad, lo que lleva a estimar en parte el recurso, respecto a las cuantías fijadas en el punto 2 del hecho probado octavo.

## FALLO

Estimamos en parte el recurso de suplicación interpuesto por la representación técnica de D. A.V.F. y de D. E.C.M., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº. 11 de los de Valencia, de fecha 22-febrero-2018; en el sentido de las cantidades a cuyo abono se condena a la demandada X. SA, ascienden a: 5.236,16€ a D. E.C. y 8.026,49€ a D. A.V., manteniendo en el resto la sentencia.

Sin costas

## 2431

**Sentencia núm. 675, de 28 de febrero de 2019**

**Materia:** Recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad. Trabajador al servicio de empresa codemandada que ejerce sus funciones como conductor. Accidente laboral con resultado de muerte. El trabajador fallecido manipula la marcha de un vehículo automático desplazándose este y arrastrando al trabajador. La demandante, hija del trabajador fallecido, solicita recargo por falta de medidas de seguridad. Revisión de hechos probados en la sentencia de instancia y existencia de nexo causal para la imposición del recargo de prestaciones en el accidente de trabajo.

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

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

**Ponente:** Ilma. Sra. D<sup>a</sup>. Mercedes López Balaguer.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.** Pretende la representación letrada de D<sup>a</sup> N.C.P. la revocación de la sentencia del Juzgado de lo Social núm. seis de los de Valencia que desestima su demanda sobre la procedencia del recargo del 40 por cien o subsidiariamente del 30 por cien de prestaciones derivadas del accidente de trabajo sufrido por su padre, siendo impugnado de contrario el recurso de suplicación por la empresa.

El recurso ahora examinado se articula en cuatro motivos. Los tres primeros se introducen por el cauce del apartado b del art. 193 LRJS y en los mismos se postula modificación de diferentes hechos probados. El cuarto, al amparo del apartado c del art. 193 LRJS, imputa a la resolución infracción del art. 164.1 LGSS.

En primer lugar, se examinarán las revisiones fácticas postuladas por la parte recurrente ya que tan solo cuando esté determinado el relato de hechos probados con carácter definitivo, se podrá entrar a dilucidar las denuncias de las infracciones jurídicas de la recurrente.

**SEGUNDO.** Para decidir sobre la viabilidad de los tres primeros motivos del recurso conviene recordar, con carácter previo, la doctrina de la Sala de lo Social del TS sobre la revisión de los hechos declarados probados que se contiene, entre otras, en la sentencia de 18 de mayo de 2016 (Rec. 108/2015) donde se sienta un criterio esencial que, recogiendo jurisprudencia anterior, se ha reiterado en otras sentencias posteriores, como las de 25 de octubre de 2016 (Rec. 129/2015), 8 de noviembre de 2016 (Rec. 259/2015) y 17 de enero de 2017 (Rec. 2/2016): “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 intermediación 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. [...]"

Por otro lado, también ha delimitado la jurisprudencia que la revisión de hechos sólo puede ser acogida si el documento de que se trate tiene "una eficacia radicalmente excluyente, contundente e incuestionable, de tal forma que el error denunciado emane por sí mismo de los elementos probatorios invocados, de forma clara, directa y patente, y en todo caso sin necesidad de argumentos, deducciones, conjeturas o interpretaciones valorativas" (STS de 16 de noviembre de 1998, recurso 1653/1998).

Y, finalmente, sostiene nuestro TS que no puede pretender el recurrente, de nuevo, la valoración total de las pruebas practicadas o una valoración distinta de una prueba que el juzgador *a quo* ya tuvo presente e interpretó de una determinada manera, evitando todo subjetivismo parcial e interesado en detrimento del criterio judicial, más objetivo, imparcial y desinteresado. Por ello, la jurisprudencia excluye que la revisión fáctica pueda fundarse "salvo en supuestos de error palmario... en el mismo documento en que se ha basado la sentencia impugnada para sentar sus conclusiones, pues como la valoración de la prueba corresponde al Juzgador y no a las partes, no es posible sustituir el criterio objetivo de aquél por el subjetivo juicio de evaluación personal de la recurrente" (STS de 6 de junio de 2012, rec. 166/2011, con cita de otras muchas).».

A partir de esta jurisprudencia consolidada de nuestro TS, esta Sala debe comenzar por el primero de los motivos en los que se articula el recurso. Pretende la parte recurrente que se modifique el HP Segundo de la sentencia recurrida. Concretamente la modificación propuesta tiene por finalidad que el texto del mismo cuando refiere que el trabajador "accionó el acelerador con la mano desde abajo para coger presión" pase a quedar redactado de modo distinto, apoyando el requerimiento en la prueba documental de la parte actora (Informe del INVASSAT Doc.2). La nueva redacción propuesta pretende que el HP 2 pase a decir que "el accidentado no sabe el motivo, el camión por sí solo y sin que él accionase emprendió la marcha arrollándolo contra la valla".

Con la revisión propugnada se quiere suprimir la convicción alcanzada por la Magistrada de instancia y dicha revisión no puede prosperar porque se sustenta en la argumentación que deduce el recurrente en relación con la prueba documental que la Magistrada también ha valorado, es decir, se trata de una valoración subjetiva que propone el recurrente, pero que no acredita error alguno por parte de la juez *a quo*. De hecho, en el HP Séptimo de la sentencia recurrida se recoge precisamente el informe del INVASSAT en el que la recurrente apoya su primer motivo, por lo tanto, el mismo se ha tenido en cuenta y se ha valorado de acuerdo con el objetivo criterio de la Magistrada y con la revisión pretendida no se busca más que la sustitución de esta valoración judicial.

En el segundo de los motivos del recurso que nos ocupa se pretende la modificación del HP Sexto de la sentencia recurrida. Concretamente, se postula la modificación de la redacción de la última frase, requiriéndose que pase a incluir las declaraciones del trabajador accidentado: "que engancha la cabeza al semirremolque y prueba que una de las patas estaba demasiado pegada a la pared. Intenta darle con el mando elevador del eje, liberar la pata, pero no lo consigue. Refiere que no puede entrar en la cabina porque el semirremolque estaba demasiado arrimado a la pared, y no tiene espacio, por lo que decide manipular los pedales desde el suelo. Intenta subir al camión para hacer sitio con el fin de conducir el vehículo y sepáralo de la pared, pero no le da tiempo y el camión se acelera solo. Refiere que el vehículo habitual que tiene asignado posee un cambio de marchas manual, por lo que no se acelera solo de forma automática, así como que es la primera vez que utiliza el vehículo con un cambio de marchas automático. A la pregunta de esta Inspectora respecto de si había accionado el freno de mano, y responde que no. Refiere, por

último, que en el vehículo que tiene asignado, aunque no tengas el freno de mano puesto, y metida la primera marcha, no se pone en marcha de forma espontánea, aunque se acelere”.

La modificación propuesta debe tener, al igual que en el motivo anterior desfavorable acogida. En este caso, además de no identificarse la prueba documental relevante, el recurrente tampoco acredita que la modificación pretendida evidencie en modo alguno de forma clara, directa y patente el error de la Magistrada en la valoración de la prueba, dado que, incluso con el texto propuesto para la nueva redacción, recoge el recurrente precisamente la referencia que ésta incluye en el mismo Hecho Probado y que literalmente viene recogida en el Informe de la ITSS.

En tercer lugar, el último de los motivos incluidos en el recurso al amparo del art. 193 b LRJS pretende la adición de un nuevo Hecho Probado que refleje la información recogida en el Informe del INVASSAT. Es obvio que en este caso la misma suerte debe correr la pretendida adición que las modificaciones de redacción revisadas. No se pretende con la misma sino que la Sala incorpore un Hecho Probado que además se basa en prueba valorada ya por la juez *a quo*, sin que el motivo expuesto en el recurso acredite error alguno de la misma. Pero es que además en la resolución recurrida la Magistrada ya ha valorado el Informe en cuestión y, de hecho, ha recogido en el HP Séptimo las referencias del Informe.

En definitiva, pretende pues la recurrente que en suplicación se proceda a realizar una valoración total de la prueba contrastando mediante una redacción que combina en algunos casos el contenido de los ambos Informes que, debemos insistir, han sido valorados en la resolución de instancia. Y ello, como esta Sala ya ha dicho en otras ocasiones, no resulta posible por cuanto que no es ésta vía ni una apelación ni una segunda instancia, de ahí que la prueba en que basa su motivo de recurso la parte recurrente ha de poner de manifiesto que el error del Juzgador de instancia es irrefutable e indiscutible, lo que no ocurre cuando, como en el caso que nos ocupa, existen diferentes pruebas documentales consistentes en Informes de la ITSS y del INVASSAT, y se pretenda de algún modo sustituir por el propio del recurrente el criterio fáctico del Juez más objetivo e imparcial, y al que, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 97.2 LRJS, incumbe la misión de declarar expresamente los hechos que estime probados, fijando los hechos probados con libertad de convicción, según todo lo actuado y el conjunto de pruebas practicadas y, sin que, a efectos de la suplicación, una prueba alcance mayor valor que otra.

**TERCERO.** En el cuarto motivo del recurso de suplicación que nos ocupa, al amparo del art. 193 c) LRJS, señala la recurrente que cabe entender vulnerado el art. 164.1 LGSS.

Para resolver el motivo hemos de señalar que la jurisprudencia del Tribunal Supremo (por todas, STS de 2 de octubre de 2000) viene exigiendo como requisito determinante de la responsabilidad empresarial en el accidente de trabajo los siguientes: “a) Que la empresa haya cometido alguna infracción consistente en el incumplimiento de alguna medida de seguridad general o especial, añadiendo que no siendo posible que el legislador concrete la variadísima gama de los mecanismos ante la imposibilidad de seguir el ritmo de creación de nuevas maquinarias, bastará que se violen las normas genéricas o deudas de seguridad, en el sentido de falta de diligencia de un prudente empleado (STS 26 de marzo de 1999). b) Que se acredite la causación de un daño efectivo en la persona del trabajador. c) Que exista una relación de causalidad entre la infracción y el resultado dañoso; conexión que puede romperse cuando la infracción es imputable al propio interesado (STS 6 de mayo de 1998 (RJ 1998, 4096)).”

Expuesto lo anterior y acudiendo al inalterado relato histórico de la resolución de instancia encontramos: 1) Que el accidente de trabajo que originó las prestaciones de seguridad social cuyo recargo se reclama a la empresa tuvo lugar el día 27-1-2011

cuando el trabajador, conductor mecánico con permiso tipo D de la DGT, estaba en el lateral derecho del camión engancho la cabeza tractora al remolque y mientras se encontraba maniobrando la neumática del camión para liberar las patas y circular, al ver que no tenía presión para levantar la plataforma y liberar las patas, accionó el acelerador con la mano desde abajo para coger presión y estando el camión con el cambio automático en la posición D y sin el freno de mano, salió hacia adelante sin control, arrastrando al trabajador contra la valla. 2) Que la ITSS concluye que las acciones llevadas a cabo por el trabajador fueron determinantes para que el accidente acaeciese. 3) Que la empresa, concluye el INVASSAT, aunque dispone de evaluación de riesgos del trabajador con puesto de trabajo de conductor de camión, no dispone de evaluación de riesgos de equipo ni de Planificación de la actividad preventiva y que el trabajador no dispuso de formación en materia preventiva ni de ficha firmada sobre información de sus riesgos. 4) Que el atestado de la Policía Local señala que el conductor accionó el pedal del acelerador con la mano para conseguir el acoplamiento del semirremolque y no se percató de que el cambio de marchas se encontraba en automático y que en un momento dado una de las aceleraciones provocó que el vehículo se pusiera en marcha, arrollando y empujando contra la valla al conductor. 5) Que Incoadas Diligencia Previas en Juzgado de Liria se dicta auto de sobreseimiento confirmado por la AP Valencia. 6) Que el camión era un modelo con cambio de marchas automático que disponía de avisador acústico y que para la marcha del mismo es necesario que no esté el freno puesto, que esté activada la marcha automática y que se proceda a apretar el acelerador.

Expuesta la doctrina a aplicar y los datos de hechos que se estiman probados, resulta deducible que el motivo será desestimado, ya que, como de manera muy razonada considera acreditado en el Fundamento Jurídico Segundo la sentencia recurrida: a) la empresa no ha incumplido con la obligación de formación e información porque se acredita que el trabajador había recibido la formación continua a que se refiere el RD 1032/2007, de 20 de julio, por el que se regula la cualificación inicial y formación continua de los conductores de determinados vehículos destinados al transporte por carretera, lo que acredita que reunía los requisitos de aptitud psicofísica y los conocimientos y habilidades necesarios; b) consta el daño personal al trabajador cuya realidad obviamente no ha sido puesta en cuestión; c) y, en todo caso, incluso aunque la Magistrada hubiera considerado probado el incumplimiento de las obligaciones de formación e información de la empresa, no podría haber quedado acreditado, el nexo causal que el art. 164.1 LGSS exige para imponer el recargo de prestaciones en caso de accidente de trabajo. En este sentido, la inexistencia de ese nexo causal se acredita en el Fundamento de Derecho Segundo a partir del Informe de la ITSS que, tras las averiguaciones realizadas, incluida la entrevista con el trabajador accidentado, con otro trabajador que fue testigo de los hechos y la reproducción del accidente, que se produjo por el accionamiento de la marcha, la aceleración del vehículo mediante el accionamiento manual del pedal correspondiente, y no haber accionado el freno de mano, acciones todas ellas llevadas a cabo por el trabajador accidentado.

Desestimándose pues el recurso de suplicación interpuesto, procede confirmar la sentencia recurrida.

**CUARTO.** 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<sup>a</sup> N.C.P. y, en consecuencia, confirmamos la sentencia del Juzgado de lo Social nº 6 de los de Valencia de fecha 26 de julio de 2017.

Sin costas.