

2432

Sentencia núm. 723, de 6 de marzo de 2019

Materia: Extinción relación laboral. **Despido disciplinario:** fraude, deslealtad y abuso de confianza. **Conducta negligente del trabajador. Errores en la fase de producción del producto, siendo responsable el actor jefe de producción. La empresa ha recibido diversas quejas de distintos clientes, causando importantes perjuicios económicos, viéndose afectada su imagen. Proporcionalidad de la sanción.**

Juzgado: Desestima la demanda y declara procedente el despido del demandante, absolviendo a la empresa demandada de las peticiones de la demanda.

Sala: Estima el recurso y revoca la sentencia de instancia. Considera desproporcionado la sanción de despido impuesta al trabajador. La correcta trayectoria profesional del trabajador a lo largo de 27 años no puede verse truncada por el hecho de haber tomado unas decisiones erróneas.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-1. Se recurre por la letrada designada por don J.F.G.C. la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 10 de Valencia, que desestimó su demanda por la que se impugnaba la decisión empresarial de proceder a su despido disciplinario por los hechos relatados en la carta de despido fechada el 18 de diciembre de 2017.

2. La sentencia de instancia tras considerar acreditados los hechos imputados en la carta de despido, llegó a la conclusión de que el Sr. G. incurrió en una conducta negligente como Jefe de Producción, a consecuencia de la cual se produjeron deficiencias en la elaboración y fabricación de determinados productos que han ocasionado perjuicios a la empresa.

SEGUNDO.- 1. El recurso está formalmente estructurado en tres motivos si bien el primero y el segundo tienen el mismo objeto: la revisión del hecho probado tercero de la sentencia. Así, se dice en el motivo primero que lo que se pretende es revisar “el hecho declarado probado TERCERO, a la vista de las pruebas documentales y testificales que constan en autos”, y en el motivo segundo se ofrece una redacción alternativa tanto para el hecho probado tercero como para el fundamento de derecho primero, que damos por reproducidas.

2. Frente a la petición que se contiene en ambos motivos hemos de señalar lo siguiente. En primer lugar, que no es posible acceder a la modificación de la fundamentación jurídica de la sentencia. Lo que faculta el artículo 193 b) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS) es la revisión de los hechos que la sentencia declara probados a la vista de las pruebas documentales y periciales practicadas en el acto del juicio, pero sin que quepa proponer una nueva redacción de la fundamentación jurídica en la que el magistrado basó su decisión, a salvo de que en ella se contengan cuestiones fácticas. En definitiva, lo que el recurrente confunde es la posibilidad contemplada en el apartado c) del artículo 193 LRJS de denunciar la infracción por la sentencia de instancia de determinadas normas sustantivas o de la doctrina jurisprudencial, con la de redactar a su antojo la fundamentación jurídica de la sentencia, lo que resulta improcedente por ser competencia exclusiva del juzgador “a quo” –ex art. 97.2 LRJS-.

En segundo lugar, también debemos rechazar la redacción que se propone para el hecho probado tercero, pues lo que pretende el recurrente es que este tribunal vuelva a revisar no solo la amplia documentación aportada por la empresa para justificar las imputaciones contenidas de la carta de despido, sino también la valoración que se hace en la sentencia de instancia de esa documentación en relación con los testimonios prestados por los cuatro testigos que declararon en el acto del juicio. Con esta forma de articular la pretensión revisoria la parte actúa como si el presente recurso no fuera el extraordinario de suplicación sino el ordinario de apelación, olvidando que en el proceso laboral la valoración de la prueba en toda su amplitud viene atribuida por la Ley únicamente al juzgador de instancia por ser quien ha tenido plena inmediación en su práctica –ex art. 97.2 LRJS- (SSTS 21/10/2010 -rco 198/09-; 14/04/2011 -rco 164/10-; 07/10/2011 -rcud 190/10-; 25/01/2012 -rco 30/11-; y 06/03/2012 -rco 11/11-). En definitiva, la revisión de los hechos que la sentencia declara probados solo puede prosperar cuando a la vista de un concreto documento o prueba pericial se evidencia un error patente en la conclusión plasmada en la sentencia, pero no cuando lo que se produce es una simple discrepancia en la valoración de las pruebas practicadas en el acto del juicio, en cuyo caso debe prevalecer el criterio judicial por ser más objetivo, imparcial y desinteresado.

Téngase en cuenta que según se razona en la sentencia recurrida, este hecho tercero ha sido fruto de una valoración conjunta de la prueba documental y de las declaraciones de diversos testigos, y la naturaleza extraordinaria del recurso de suplicación veda la posibilidad de que esta Sala pueda valorar de nuevo la prueba practicada en el acto del juicio, como si de una segunda instancia se tratara. Como ha señalado la jurisprudencia de modo reiterado –por todas se pueden citar las SSTS de 16 de septiembre de 2014 (rec.251/2013), 14 de mayo de 2013 (rco.285/2013) y 5 de junio de 2011 (rco.158/2010), que recogen pronunciamientos anteriores- "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 LPL (referencia que se debe entender hecha al vigente art. 97.2 LRJS) únicamente al juzgador de instancia (...), por ser quien ha tenido plena inmediación en su práctica y la revisión de sus conclusiones únicamente puede ser realizada cuando un posible error aparezca de manera evidente y sin lugar a dudas de documentos idóneos para ese fin que obren en autos, por lo que se rechaza que el Tribunal pueda realizar una nueva valoración de la prueba, como si el presente recurso no fuera el extraordinario de casación (en este caso suplicación) sino el ordinario de apelación (recientes, SSTS 11/11/09 -rco 38/08; 13/07/10 -rco 17/09; y 21/10/10 -rco 198/09). Y como consecuencia de ello se rechaza la existencia de error, si ello implica negar las facultades de valoración que corresponden primordialmente al Tribunal de instancia, siempre que las mismas se hayan ejercido conforme a las reglas de la sana crítica, pues lo contrario comportaría la sustitución del criterio objetivo de aquél por el subjetivo de las partes (entre tantas otras, SSTS 11/11/09 -rco 38/08; y 26/01/10 -rco 96/09)".

Así pues y en virtud de lo expuesto, procede rechazar los dos primeros motivos del recurso.

TERCERO.- 1. En el último motivo del recurso se denuncia al amparo del apartado c) del artículo 193 LRJS la infracción por la sentencia recurrida de lo dispuesto en los artículos 5 c), 20.2 y 54.2 d) del Estatuto de los Trabajadores (en adelante ET). Se argumenta por el recurrente, que no existe causa para su despido "dado que los hechos imputados no son constitutivos de incumplimiento contractual grave y culpable (...) ya que el trabajador ha realizado un trabajo ejemplar durante muchos años, siendo todas y cada una de las actuaciones y decisiones tomadas con la mayor diligencia y siempre en beneficio de la empresa".

En este motivo se entremezclan dos cuestiones. Por un lado, se niegan los incumplimientos imputados en la carta de despido –se alude a la "inexistencia de

causa”-; y, por otro lado, se sostiene que los hechos imputados no constituyen una conducta grave y culpable del trabajador.

2. La primera de las afirmaciones debe ser rechazada pues, como ya hemos señalado, la empresa acreditó en el acto del juicio que efectivamente se habían producido fallos en la elaboración o fabricación de determinados productos de los que se tuvo conocimiento por las quejas de los clientes. Y también se pudo acreditar la responsabilidad del Sr. G. como Jefe de Producción en no adoptar las decisiones oportunas para evitar que los productos accedieran al mercado causando con ello un quebranto económico a la empresa.

3. Ahora bien, como señala la jurisprudencia, por todas STS del 19 de julio de 2010: “La doctrina reiterada por esta Sala, mediante muy numerosas sentencias, por ejemplo, las de 21 de enero, 22 de mayo de 1986 y las en ellas citadas, interpretando el art. 54 ET y los preceptos legales que le sirvieron de antecedente, ha precisado: --que es necesario quede evidenciado que se trata de un incumplimiento grave y culpable, pues el despido por ser la sanción más grave en el Derecho laboral, obliga a una interpretación restrictiva, pudiendo, pues, imponerse otras sanciones distintas de la de despido, si del examen de las circunstancias concurrentes resulta que los hechos imputados, si bien son merecedores de sanción, no lo son de la más grave, como es el despido”.

Lo que viene a señalar esta doctrina es que el enjuiciamiento del despido debe abordarse de forma gradualista buscando la necesaria proporción entre la infracción cometida por el trabajador y la sanción impuesta por el empresario, aplicando un criterio individualizador que valore las peculiaridades de cada caso concreto (SSTS 28 febrero y 6 abril 1990 y 16 mayo 1991). De este modo la potestad sancionadora que tiene el empresario debe ser aplicada atendiendo y valorando las circunstancias concretas que pueden concurrir en el supuesto enjuiciado, como puedan ser: la trayectoria profesional del trabajador en la empresa; la mayor o menor malicia de la acción enjuiciada o el grado de negligencia imputable al trabajador; el perjuicio -no sólo económico- sufrido por la empleadora; o la propia naturaleza de los hechos ejecutados, en cuanto pueda incidir en el nivel de confianza que la empresa deposita en el trabajador, etc. Esta teoría gradualista encuentra amparo legal en el artículo 58.1 ET, en cuanto exige la presencia de incumplimientos graves para producir el despido disciplinario, de acuerdo con el art. 54.1 de la misma norma estatutaria y con un razonable criterio de proporcionalidad. Así la STS de 4 de marzo de 1991, entre otras muchas, expresa dicho principio en relación con el de la buena fe, en cuanto modelo de comportamiento común impuesto a las relaciones laborales por los artículos 5.a) y 20.2 ET, erigido en criterio de valoración de conductas del que resulta justificado el despido para las que supongan una violación trascendente de la buena fe contractual. De modo que no cualquier trasgresión de la buena fe contractual justifica la imposición de la más grave de las sanciones que contempla el ordenamiento laboral, sino solamente las que por su carácter grave y culpable hagan inviable el mantenimiento de la relación laboral.

La aplicación de esta doctrina al presente supuesto nos llevar a compartir la afirmación que se hace en el motivo tercero del recurso cuando se dice que “los hechos imputados no son constitutivos de incumplimiento contractual grave y culpable”. En efecto, la propia empresa reconoce en la carta de despido que el origen del error pudiera estar “relacionado con un fallo del sistema o de la maquinaria durante el proceso y por tanto no imputable a UD”, si bien sí que le atribuye no haber tomado la decisión correcta de “paralizar la línea y no seguir produciendo el producto en tanto en cuanto no estuviera solventado el problema”. Es verdad que esta decisión equivocada provocó el descascarillado de determinados lotes de productos y motivó las quejas de los clientes. Ahora bien, hay que tener en cuenta que el número de quejas registradas y anotadas en la carta de despido no es excesivo -7 entre el 20 y el 24 de noviembre y 8 entre el 27 de noviembre y el 11 de diciembre- y se producen en un periodo de tiempo muy determinado y acotado. Esta consideración viene al caso

porque a la hora de valorar la proporcionalidad de la sanción impuesta, no se puede desconocer que estamos ante un trabajador con una antigüedad en la empresa de más de 27 años, del que no consta ninguna sanción previa y que ocupa un puesto relevante en el organigrama de la sociedad. No desconocemos la gravedad de los hechos que se probaron ni el coste económico y de imagen que puede representar para la empresa el haber introducido en el mercado unos productos con un acabado defectuoso –descascarillado-, pero tampoco se puede obviar la trayectoria profesional del trabajador que cuenta con una dilatadísima dedicación de más de veintisiete años a la empresa sin tacha alguna, que no puede verse truncada abruptamente por el hecho de haber tomado unas decisiones erróneas en un periodo de tiempo acotado y que tuvieron su probable origen en unos fallos en los sistemas de producción o en las máquinas.

Por consiguiente, consideramos que la sanción de despido impuesta por la empresa a don J.F.G. es desproporcionada a la entidad de la falta cometida atendidas las particulares circunstancias que concurren en el presente caso, lo que nos conduce a estimar el recurso y declarar la improcedencia del despido de conformidad con lo dispuesto en el artículo 55.4 ET, con las consecuencias que se recogen en la parte dispositiva de esta resolución (ex art. 56.1 ET).

CUARTO.- No procede imponer condena en costas (art. 235.1 LRJS).

FALLO

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de DON J.F.G.C. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 10 de Valencia de fecha 19 de noviembre de 2018 (autos 71/2018) en virtud de demanda presentada a su instancia contra la empresa C., S.L.; y, en consecuencia, declaramos la improcedencia del despido de fecha 18 de diciembre de 2017 y condenamos a la empresa demandada a que, a su opción, que habrá de ejercitar en el plazo de cinco días desde la notificación de la presente resolución, le readmita en las mismas condiciones laborales anteriores con abono de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido en la cuantía diaria de 112'33 euros, o le indemnice en la cantidad de 109.520'65 euros.

Sin costas.

2433

Sentencia núm. 780, de 12 de marzo de 2019

Materia: Impugnación de acto administrativo: Sanción a la empresa demandada por la prestación de servicios de trabajadores sin estar estos dados de alta en la empresa. El trabajador está al mismo tiempo cobrando prestaciones de la seguridad social incompatibles con trabajo por cuenta ajena. Infracción muy grave. Procedencia sanción.

Juzgado: Desestima la demanda interpuesta por la empresa demandante frente al organismo demandado, confirmando la resolución administrativa impugnada a través del presente procedimiento. Procede la sanción impuesta a la empresa demandante.

Sala: Desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia. Los hechos denunciados se han tipificado correctamente por lo que procede sanción impuesta en grado mínimo.

Ponente: Ilma. Sra. D^a. María Isabel Sáiz Areses.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La PIZZERÍA D.I. CB interpone en su día demanda contra la DIRECCIÓN GENERAL DE LA INSPECCIÓN DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL en procedimiento instado sobre impugnación de Sanción derivada de acta de infracción de la Inspección de trabajo, solicitando se estime la demanda y se reduzca la sanción a la cuantía de 1.250 euros (artículo 22-2 y 40 del RDleg 5/2000 de 4 de agosto).

La sentencia de instancia desestima la demanda y absuelve a los demandados de los pedimentos contenidos en el suplico de la demanda confirmando la resolución administrativa impugnada, pronunciando frente al que se alza la parte actora recurriéndolo en suplicación y solicitando que se revoque la sentencia de instancia acordando reducir la sanción a la cuantía de 1.250 euros (artículo 22-2 y 40 del RDleg 5/2000 de 4 de agosto). La Entidad demandada impugnó el recurso.

SEGUNDO.- Con carácter previo a resolver sobre el recurso de suplicación interpuesto ha de indicarse que constituye deber inexcusable de los Tribunales velar por la legalidad y el estricto cumplimiento de las normas procesales, en cuanto cauce de todo ordenamiento jurídico, lo que obliga a esta Sala a examinar de oficio, y con carácter prioritario si contra la sentencia impugnada cabría o no recurso de suplicación. En efecto, el principio de legalidad, que ha de regir el orden formal del proceso, dado el carácter de orden público y de derecho necesario que tienen las normas de procedimiento, obliga a los tribunales, como misión primordial a los mismos encomendada, la de velar por su pureza en cuanto a su aplicación, y entre ellas se encuentra las normas referentes a la procedencia de los recursos contra las resoluciones procesales -sentencias del Tribunal Supremo de 24 de marzo de 1971 (RJ 1971, 1134), 25 de enero (RJ 1972, 315), 10 de febrero (RJ 1972, 491), 24 de marzo (RJ 1972, 1219) y 20 de junio de 1972 (RJ 1972, 3177), 23 de abril (RJ 1975, 2115) y 30 de junio de 1975 y del Tribunal Central de Trabajo de 27 de noviembre de 1973 (RTCT 1973, 4800), 25 de septiembre (RTCT 1974, 3695) y 15 de noviembre de 1974 (RTCT 1974, 4770), 3 (RTCT 1975, 4064) y 8 de octubre de 1975 (RTCT 1975, 4743). En base a la doctrina antedicha la Jurisprudencia ha manifestado en reiteradas ocasiones que aunque la sentencia hubiera proclamado su recurribilidad y se hubiera tramitado el recurso, sin discusión procesal en este extremo por ninguna de las partes, el Tribunal debe examinar igualmente de oficio tal cuestión al ser materia de orden público, y de apreciar el

defecto, declarar la inadmisibilidad de aquél, declarando firme la resolución de instancia, de acuerdo con el clásico apotegma de que las causas de inadmisión se convierten en trámite de recurso en motivos de desestimación.

En el presente caso la demanda objeto de este procedimiento versa sobre la impugnación de un acto administrativo, en concreto se impugna una resolución dictada por la demandada por la que se impone a la empresa recurrente una sanción pecuniaria de 10.001 euros imputándole la comisión de una infracción muy grave del artículo 23-1 a) de la LISOS, así como la responsabilidad solidaria de la empresa con el trabajador en la devolución de las cantidades en su caso indebidamente percibidas por el trabajador y la accesoria de pérdida automática de las ayudas, bonificaciones y en general de los beneficios derivados de la aplicación de los programas de empleo.. Dicho artículo 23-1 a) de la LISOS tipifica el hecho de *“Dar ocupación como trabajadores a beneficiarios o solicitantes de pensiones u otras prestaciones periódicas de la Seguridad Social, cuyo disfrute sea incompatible con el trabajo por cuenta ajena, cuando no se les haya dado de alta en la Seguridad Social con carácter previo al inicio de su actividad”*. Si bien en otros asuntos en los que se impugnaban también sanciones en materia laboral en cuantía inferior a 18.000 euros, nos hemos pronunciado declarando la inadmisibilidad del recurso de suplicación en estos casos, así entre otros en la Sentencia que resuelve el RS 3290/2015 y en la que resuelve el RS 115/2018, como en el presente caso además de la sanción pecuniaria inferior a 18.000 euros se impone a la empresa la condena solidaria a la devolución en su caso de las prestaciones indebidamente percibidas por el trabajador por el concepto de prestaciones, entendemos que el acto administrativo impugnado sí afecta a materia prestacional y procede en consecuencia el acceso al recurso de suplicación, pues como señala la STS 2-11-2017 (Rec 66/2016) *“no cabe extender el restrictivo ámbito limitador del acceso al recurso de suplicación que se contiene en el art. 191.3 g) LRJS más allá que a los supuestos que literalmente en el mismo se contiene, esto es, a las sentencias dictadas en procesos de impugnación de actos administrativos en materia laboral, no de Seguridad Social”*.

TERCERO.- Articula la parte actora su recurso a través de un único motivo de recurso formulado al amparo del artículo 191 c) LPL, sin duda como consecuencia de un error al redactar el recurso, pues la norma vigente a la fecha de la demanda era la LRJS que regula los motivos de suplicación en el artículo 193 LRJS, por lo que se refiere el recurrente al artículo 193 c) LRJS, alegando la infracción por indebida aplicación del artículo 22-1 RD leg 5/2000 de 4 de Agosto LISOS en contraposición al aplicación por el Juzgador a quo, artículo 23-1 a) de esa misma norma, citando además distintas Sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia del orden contencioso administrativo que desde luego no constituyen Jurisprudencia conforme al artículo 1-6 CC.

La empresa recurrente argumenta en su recurso partiendo de los inalterados hechos probados que no trata de modificar en forma alguna, que la conducta llevada a cabo por la empresa la noche del día 14 de marzo del 2014 y que viene a reconocer, consistente en que el trabajador D. J.A.C.L. pese a prestar servicios para la empresa, no se encontraba de alta en el momento de la visita inspectora (20,35 horas del viernes 14 de marzo de 2014), sino que fue dado de alta con posterioridad siendo la fecha de la presentación del alta el día 15 de marzo del 2014, debe valorarse en relación a las circunstancias concurrentes en la empresa para así atenuar la calificación de la misma a una infracción grave por la que se puede imponer la sanción propuesta por la empresa en su recurso. Del contenido de los hechos probados se desprende que el trabajador D. J.A.C. venía percibiendo prestación por desempleo desde el 30 de Julio del 2013 y que el día 14 de marzo del 2014 a las 20,35 horas, sin que previamente hubiera sido dado de alta en la Seguridad Social, se encontraba trabajando en el local de la empresa demandada, no presentando la empresa el alta en la TGSS de dicho trabajador hasta el 15 de marzo del 2014 a las 21,03 horas en virtud

de un contrato eventual con duración del 14 de marzo al 24 de Marzo del 2014. Más allá de tales extremos que viene a reconocer la parte actora, lo único que refleja el acta de la Inspección de trabajo es que en tal centro de trabajo además del trabajador mencionado también prestaba servicios M.A.C. y el administrador único de la empresa, pero no constan desde luego los extremos de los que parte la empresa para solicitar la revocación de la Sentencia, así las dimensiones e instalaciones del local que no constan, el hecho de si el trabajador D. J.A.C. había acudido ese día a la empresa para una entrevista, lo que tampoco consta, y desde luego tampoco se acredita que se intentara comunicar con la Gestoría para el alta del trabajador y que se diera la orden a la misma el mismo día 14 de marzo de dar de alta al trabajador. Derivado de ello no se aprecia ninguna de las circunstancias atenuantes alegadas por la empresa y desde luego no lo es la falta de previsión de la empresa que tenía que haber llevado a cabo antes los trámites de la contratación de los trabajadores que precisaba en esas fechas que coincidían con las fiestas de las fallas. Además de no acreditarse tales hechos, el volumen y falta de previsión de la empresa no son causas que puedan servir para modificar la calificación de los hechos cometidos por la parte recurrente que procedió a dar ocupación a un trabajador que era beneficiario de prestaciones de Seguridad social incompatibles con el trabajo, sin alta en la Seguridad Social con carácter previo al inicio de su actividad, siendo obligación de la empresa además comprobar la situación laboral de los trabajadores que contrata, situación que hubiera advertido si le hubiera dado de alta en la Seguridad social antes de su contratación. Tampoco podemos apreciar la inexistencia de dolo en su actuación y de ánimo defraudatorio en la actuación de la empresa pues precisamente la misma procede a dar de alta al trabajador tras personarse la Inspección de trabajo en el centro de trabajo, sin dato o indicio alguno de que lo fuera a hacer con anterioridad. El precepto cuya aplicación pretende la parte recurrente contempla como conducta el *“No solicitar la afiliación inicial o el alta de los trabajadores que ingresen a su servicio, o solicitar la misma, como consecuencia de actuación inspectora, fuera del plazo establecido”, pero como en este caso además de esa conducta de no dar de alta al trabajador que comienza a prestar servicios para él antes del inicio de la actividad y ello sin acreditación de causa alguna que lo pudiera justificar ni imposibilidad para la empresa de poder hacerlo en tiempo y forma, concurre la circunstancia de que el citado trabajador citado era perceptor de prestaciones por desempleo incompatibles con el trabajo por cuenta ajena, el supuesto se encuadra en el precepto alegado en el acta de infracción, artículo 23-1 a) LISOS que recoge como infracción muy grave el hecho de : “ Dar ocupación como trabajadores a beneficiarios o solicitantes de pensiones u otras prestaciones periódicas de la Seguridad Social, cuyo disfrute sea incompatible con el trabajo por cuenta ajena, cuando no se les haya dado de alta en la Seguridad Social con carácter previo al inicio de su actividad”.* Con arreglo a ese tipo de infracción se impone además a la empresa una sanción en su grado mínimo precisamente atendiendo a las circunstancias concurrentes alegadas por la empresa, por lo que entendemos que los hechos se han tipificado correctamente, no se han producido las infracciones denunciadas y debemos confirmar la Sentencia recurrida con desestimación del recurso formulado.

CUARTO.- De conformidad con lo establecido en los artículos 235.1 y 204 de la Ley de la Jurisdicción Social, procede imposición de costas a la empresa recurrente, condenando a la misma a abonar al Letrado de la parte que ha impugnado el recurso la cuantía que por el concepto de honorarios se fija prudencialmente en la parte dispositiva de esta resolución, así como a la pérdida del depósito y consignaciones efectuadas para recurrir.

Por ello;

VISTOS los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

FALLO

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por la empresa PIZZERÍA D.I. CB contra la sentencia de fecha ocho de Marzo del Dos Mil dieciocho dictada por el Juzgado de lo Social número 10 de los de Valencia en autos 953/2017 seguidos sobre Impugnación de acto administrativo a instancias de la parte recurrente, frente a la DIRECCIÓN GENERAL DE LA INSPECCIÓN DE TRABAJO DE LA SEGURIDAD, y en consecuencia confirmamos íntegramente dicha Sentencia.

Condenamos a la parte recurrente a abonar al Letrado de la parte demanda por el concepto de honorarios la suma de 600 euros, así como a la pérdida del depósito y consignaciones efectuadas para recurrir.

2434

Sentencia núm. 790, de 12 de marzo de 2019

Materia: Prestación de minusvalía. La actora padece un grado de discapacidad por sordera por pérdida neurosensorial de etiología congénita. Solicitud de reconocimiento grado de discapacidad del 65%. Competencias para el reconocimiento del grado de minusvalía. Aplicación RD 1971/1999. Discrecionalidad técnica órganos administrativos.

Juzgado: Estima la demanda declarando a la actora afecta por un grado de discapacidad del 65%, correspondiendo un 60% a limitaciones en la actividad y un 5% por factores sociales. Retrotrae la sentencia a la fecha del nacimiento del causante. Se condena al organismo demandado a pasar por esta declaración.

Sala: Estima el recurso y revoca la sentencia de instancia. La sentencia vulnera el principio de jurisprudencial de discrecionalidad técnica, debiendo computarse como válida la puntuación otorgada en la resolución administrativa.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Frente a la sentencia de instancia, estimatoria de la demanda en la que se solicitaba la dación de efectos retroactivos al reconocimiento del grado de discapacidad en un 65% (60% de limitaciones en la actividad más 5 puntos por factores sociales) efectuado por Resolución de la Conselleria de 08-11-2004, habiendo retrotraído la sentencia a la fecha del nacimiento, se alza en suplicación esta administración, articulando su recurso a través de dos motivos, con amparo procesal ambos en el apartado y c) del art. 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

SEGUNDO.- En el primero de los motivos, el recurrente entiende que se ha producido una vulneración de la naturaleza revisora de la actividad jurisdiccional ya que nos encontramos ante un acto administrativo sujeto a los requisitos de validez establecidos por las normas que rigen la actuación de la Administración Pública; y en el ámbito de las resoluciones administrativas que reconocen un determinado grado de discapacidad el órgano jurisdiccional no puede sustituir al órgano administrativo realizando una valoración propia e independiente de la discapacidad global. Por ello considera que se han infringido los arts. 106 de la CE y el apartado 9 del art. 151. En el siguiente motivo apela al deber de respetar la discrecionalidad técnica de los órganos administrativos, citando el art. 6 del RD 1971/1999 que declara las autoridades competentes para el reconocimiento del grado de discapacidad y diversas Órdenes, concluyendo con la existencia de un criterio técnico médico-social que no supone la aplicación automática del baremo, e indicando que la sentencia vulnera el principio jurisprudencial de discrecionalidad técnica, debiendo confirmarse la puntuación otorgada en la resolución administrativa.

Pues bien, la cuestión a dilucidar en el presente litigio es la de si al otorgamiento de la declaración de discapacidad de la actora de un 65% (60% de limitaciones en la actividad más 5 puntos por factores sociales) efectuado por Resolución de la Conselleria de 08-11-2004, puede dársele efectos retroactivos, bien a la fecha de nacimiento del beneficiario o bien a una posterior de 27-10-1982. O no hay que darle tales efectos retroactivos. La sentencia de instancia recogió la tesis de la actora basada en que la misma patología de sordomudez congénita la tenía y tiene desde el nacimiento.

Expuesto lo anterior, debemos destacar como datos fácticos obrantes al relato histórico que, por resolución de 27-10-1982 del Instituto Nacional de Servicios Sociales, se reconoció a la actora el derecho a prestación económica con efectos del 1-3-1982, por padecer hipoacusia bilateral, en tanto que en resolución de la Generalitat Valenciana de 27-6-1996 se reconoció a la demandante un grado de discapacidad del 50%, por sordera por pérdida neurosensorial de etiología congénita, más 8,5 puntos por factores sociales complementarios, y un grado total de minusvalía del 59%. Por Resolución de la Conselleria de Bienestar Social de la Generalitat Valenciana de 5-4-2000 se reconoce a la actora con carácter permanente un grado de discapacidad del 65%, correspondiente al 60% de limitaciones en la actividad más 5 puntos por factores sociales, calificación que es reiterada en la resolución de 2-1-2007, en la que se valora la sordera por pérdida neurosensorial de oído de etiología congénita. Es un hecho probado que D^a M.A.A.B., nacida el 2-8-1977, padece sordomudez congénita.

Así las cosas, la sentencia recurrida estimó la pretensión, lo que debe revocarse a la vista de la doctrina ya unificada del Tribunal Supremo (Sentencia núm. 887/2017 de 15 noviembre RJ 2017156), que en supuesto con similitudes al actual, razona:

"1.- La normativa específica que regula el procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación de grado de minusvalía es el RD 1971/1999 de 23 de diciembre (RCL 2000, 222) que según establece el artículo único 1 del Real Decreto 1856/2009, de 4 de diciembre (RCL 2009, 2586) se denomina Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre (RCL 2000, 222), de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía. La norma tiene por objeto la regulación del reconocimiento de grado de minusvalía, el establecimiento de nuevos baremos aplicables, la determinación de los órganos competentes para realizar dicho reconocimiento y el procedimiento a seguir, todo ello con la finalidad de que la valoración y calificación del grado de minusvalía que afecte a la persona sea uniforme en todo el territorio del Estado, garantizando con ello la igualdad de condiciones para el acceso del ciudadano a los beneficios, derechos económicos y servicios que los organismos públicos otorguen.

Según el artículo 6.2 de dicho Real Decreto las competencias para el reconocimiento del grado de minusvalía así como la gestión de los expedientes de valoración y reconocimiento de grado de minusvalía, se ejercerán con arreglo a los principios generales y disposiciones de común aplicación contenidos en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (RCL 1992, 2512), sobre Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, con las especialidades que se establecen en este Real Decreto y sus normas de desarrollo.

El artículo 57.3 de la Ley 30/1992, vigente al tiempo de los hechos configuradores de la pretensión, disponía, como excepción a la regla general según la que los actos administrativos producirán efectos desde la fecha en que se dicten, salvo que en ellos se disponga otra cosa, que excepcionalmente, podrá otorgarse eficacia retroactiva a los actos cuando se dicten en sustitución de actos anulados, y, asimismo, cuando produzcan efectos favorables al interesado, siempre que los supuestos de hecho necesarios existieran ya en la fecha a que se retrotraiga la eficacia del acto y ésta no lesione derechos o intereses legítimos de otras personas. Tal previsión, que se autocalifica de excepcional, estaba condicionada no sólo a la concurrencia de los supuestos que en la propia norma se describían, sino muy especialmente a la inexistencia de previsión normativa en contrario.

2.- En el supuesto que se contempla el artículo 10.2 del RD 1971/1999 de 23 de Diciembre -en la redacción dada por el Real Decreto 1856/2009, de 4 de diciembre (RCL 2009, 2586) - dispone que " El reconocimiento de grado de discapacidad se entenderá producido desde la fecha de solicitud". La literalidad del precepto es

meridiana y su legalidad no puede admitir duda alguna, incluso si se pone en conexión con lo preceptuado por el artículo 57.3 de la Ley 30/1992, en la medida en que, como se avanzó, se trata de una norma de carácter excepcional que no condiciona que la Administración pueda regular procedimientos especiales que se atengan a las previsiones generales de la legislación vigente y que resulten adecuadas para la regulación de los procedimientos de las cuestiones materiales que requieran, por sus propias características, una regulación determinada. En el caso que nos ocupa así ocurre puesto que la simple preexistencia de determinadas enfermedades o lesiones no permite afirmar la existencia de un grado concreto de discapacidad pues para ello es necesario la determinación objetiva de la misma con arreglo a un procedimiento que permite como máximo la retroacción del reconocimiento de sus efectos a la fecha de la solicitud."

En aplicación del criterio expuesto por el Alto Tribunal, entendemos de aplicación la regla especial del art. 10. 2º del Real Decreto 1971/99, sobre la más genérica del art. 57.3º de la Ley 30/92, en la medida en que se encuentra comprendida dentro de la normativa específica que regula esta materia. Y no habiéndolo entendido así la sentencia recurrida, procede la revocación de la misma, con la consecuente estimación del presente recurso.

FALLO

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de la Generalidad Valenciana contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 2 de los de VALENCIA, de fecha 20 de noviembre de 2017; y, en consecuencia, revocamos la sentencia recurrida.

Sin costas.

2435

Sentencia núm. 816, de 12 de marzo de 2019

Materia: Impugnación acto administrativo con vulneración de los derechos fundamentales. Constitución bolsa de contratación de conductores por entidad local. Nulidad de actuaciones, modificación de hechos declarados probados y censura jurídica con vulneración de derechos fundamentales.

Juzgado: Desestima la demanda absolviendo al organismo demandado de las pretensiones formulada en su contra.

Sala: Desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia. Ninguno de los motivos planteados por el recurrente puede tener favorable acogida, por lo que se desestima el recurso en su totalidad.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se recurre por D. A.J.P.G. en nombre y representación propia la sentencia de 7 de noviembre de 2018, dictada por el Juzgado de lo Social nº 2 de los de Elche, que desestimó la demanda en materia de impugnación de acto administrativo en materia laboral con vulneración de derechos fundamentales interpuesta por el mencionado trabajador contra el EXCELENTÍSIMO AYUNTAMIENTO DE X. El recurso, que ha sido impugnado de contrario, se articula sobre la base de tres motivos diversos: de entrada, la parte recurrente plantea por la vía del art. 193.a) Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS) la nulidad de actuaciones; en segundo lugar, con apoyo en el art. 193.b) LRJS, persigue la modificación de los hechos declarados probados en la sentencia de instancia; finalmente, no falta un motivo de censura jurídica articulado a través del cauce abierto por el art. 193.c) LRJS.

SEGUNDO.- Por lo que respecta al primer motivo invocado en el escrito de formalización, el recurrente plantea la eventual infracción de normas o garantías del procedimiento por parte de la sentencia de instancia que le habrían generado indefensión, algo que apoya en el art. 193.a) LRJS y que concreta en dos aspectos diversos.

Así, una primera razón en la que la parte recurrente pretende justificar su petición de nulidad es la relativa a que no se habrían practicado pruebas admitidas que, a su juicio, deben considerarse decisivas, lo que le constituiría un vicio procedimental que le habría provocado indefensión. En este sentido, por un lado, alude a la remisión de todo el expediente administrativo que motivó las bases publicadas en el BOP de Alicante nº 113, de fecha 14 de junio de 2012 (requerido por providencia de 11 de junio de 2018) y, por otro, a los contratos y situación administrativa de cuatro empleados concretos (documentación requerida por providencia de 4 de julio de 2018). A partir de ahí, trata de razonar la relevancia de las mencionadas pruebas en el proceso. Una segunda razón en la que la parte recurrente pretende fundar la nulidad es la falta de motivación y congruencia en la sentencia. A tal efecto, el recurrente destaca un pasaje de la fundamentación jurídica en el que se indica que “Así pues sí desde la fecha de la Sentencia de despido del Juzgado núm. Uno, de 15-2-13, hasta el nuevo listado de bolsas de contratación, 10-11-15, se realizaron contrataciones vulnerando el orden de la bolsa de 2012, bien pudo el actor reclamar frente a ello, y el hacerlo en el año 2018 resulta totalmente extemporáneo”. A partir de ahí, el recurrente destaca que, en primer lugar, el juzgador no ha establecido los contratos que se han efectuado vulnerando el orden de la lista de 2012, algo que no puede hacer al no haber aportado la administración pruebas requeridas, lo que

debería conducir a considerar como “un acto confeso”; en segundo lugar, menciona que se ha dado por bueno el Decreto de Alcaldía 365/2014, sin que la administración haya aportado expediente al efecto; asimismo, resalta que la declaración de extemporaneidad debe ir aparejada a la indicación del precepto legal en que se basa, para poder aplicar el plazo de caducidad o prescripción de que se trate; finalmente, debe tenerse en cuenta que el decreto de alcaldía publicado el 7 de abril de 2014 tampoco establece el plazo de recurso, lo que nuevamente le genera indefensión.

Con carácter previo, antes de descender al análisis del primer motivo formulado por el recurrente en su escrito, interesa recordar que el motivo recogido en el art. 193.a) LRJS participa de la naturaleza extraordinaria que acompaña al recurso de suplicación, siendo especialmente restrictiva la apreciación de su concurrencia por los graves efectos que produce. Al respecto, la jurisprudencia ha ido perfilando unos rígidos requisitos que necesariamente deben concurrir en la falta procesal alegada para que la nulidad de actuaciones pueda prosperar (entre otras, vid. STS 15 de noviembre de 2005, rec. 4222/2004). En este sentido, de entrada, la nulidad de actuaciones viene condicionada a que en un determinado momento del proceso se haya producido la infracción de una norma o garantía del procedimiento, entendiendo por tales las derivadas de las exigencias del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, lo que supone el respeto a los principios de defensa, audiencia bilateral, igualdad o contradicción. Ahora bien, no basta tal vulneración, sino que, en segundo lugar, resulta preciso también que la infracción de la norma o garantía del procedimiento haya ocasionado indefensión en el recurrente, con vulneración, por tanto, de su derecho constitucional a la tutela judicial efectiva (STC 138/2006, de 8 de mayo, entre otras). En fin, el art. 191.3.d) LRJS añade como requisito para que pueda prosperar la nulidad de actuaciones el relativo a la necesidad de formular protesta en tiempo y forma, es decir, en el momento de producirse la infracción y por el cauce procesal adecuado. Así las cosas, si trasladamos tales exigencias al supuesto de autos, la conclusión que se alcanza es que no procede decretar la nulidad de actuaciones en ninguno de los supuestos mencionados, ya que no concurren las notas en cuestión, singularmente la relativa a la infracción procesal, lo que conduce a que el motivo esté abocado al fracaso en su doble vertiente.

1.- En efecto, por lo que respecta a la hipotética falta consistente en que no se han practicado pruebas admitidas, nótese que no concurre aquí ningún incumplimiento por parte del juzgador. En este sentido, una vez solicitadas unas determinadas pruebas (en concreto, que la administración aportase, por un lado, un determinado expediente administrativo y, por otro, los contratos y situación administrativa de una serie de trabajadores a su servicio), tales solicitudes fueron admitidas (providencias de 4 de junio y de 11 de julio de 2018 respectivamente), luego ningún incumplimiento se aprecia hasta ese momento en la actuación del órgano judicial. A partir de ahí, si la administración (el Ayuntamiento de X.), con posterioridad, hizo caso omiso de los referidos requerimientos, estaremos, en su caso, ante una falta del Consistorio, pero no del órgano jurisdiccional. Esa falta del Ayuntamiento consistente en no aportar la documentación, al máximo, podría haber traído como consecuencia que el actor pudiese haber solicitado la suspensión de la vista, si se considerase que era absolutamente esencial para el fallo. Ahora bien, no consta que formulase tal petición y, adicionalmente, ni siquiera se aprecia la esencialidad de las pruebas, pues, de un lado, el expediente que motivó las bases publicadas en el BOP de Alicante nº 113, de fecha 14 de junio de 2012, guardará relación con las contrataciones efectuadas entre 2012-2015, frente a las que no puede el actor reclamar como si de un despido se tratase ya que su acción estaría claramente caducada -59 ET y 103 LRJS- y, de otro, la documentación relativa a cuatro concretos trabajadores, al estar los mismos citados como testigos, podría quedar cubierta con su testimonio si hubiese sido necesario o, si el juez albergase alguna duda necesaria para el fondo, aún podría haber hecho uso de las diligencias finales –art. 88 LRJS-. En definitiva, no se aprecia desde esta perspectiva ninguna irregularidad en la actuación del magistrado

de instancia. Una segunda consecuencia que podría haberse derivado de la inobservancia por parte del ayuntamiento del requerimiento para presentar la documentación referida podría ser la de que el órgano jurisdiccional, de conformidad con el art. 94.2 LRJS, hubiese aplicado la ficta documentatio. No obstante, tampoco desde esta perspectiva se aprecia irregularidad alguna, pues como sin dificultad se desprende del precepto que contempla esta medida (art. 94.2 LRJS), se trata de una facultad en manos del órgano jurisdiccional y no de una obligación, como han subrayado de forma reiterada los tribunales (entre otras, la STSJ de Madrid de 21 de septiembre de 2013, rec. 944/2013; en relación con la ficta confessio recogida en el art. 91.2 LRJS, pero con argumentación totalmente extrapolable a la ficta documentatio, STSJ Cataluña de 21 de noviembre de 2013, rec. 1347/2013).

2.- Por otra parte, en cuanto a la eventual falta de motivación o incongruencia por parte de la sentencia, tampoco puede compartirse la argumentación efectuada por la parte recurrente. En este sentido, no puede compartirse la idea de que el razonamiento del magistrado de instancia incurra en tales vicios. Así, la sentencia viene a diferenciar dos momentos: por lo que respecta a las reclamaciones previas al nuevo listado de la bolsa de contratación (el de 10 de noviembre de 2015), estas serían claramente extemporáneas al formularse en 2018; en cuanto a las posteriores, al estar vigente una nueva bolsa de contratación que no fue impugnada en su momento, el actor no tendría derecho a ser contratado, a lo que añade “y en todo caso sería extemporánea la reclamación”. El hecho de que la sentencia no especifique el precepto que fija el plazo incumplido no puede entenderse que haya generado indefensión alguna, pues si está aludiendo a la acción que debería haber ejercitado el actor para atacar su no contratación, ese plazo es el propio de la acción de despido. Al respecto, hay unos datos adicionales de importancia a la hora de valorar la inexistencia de indefensión en el hecho de no haber especificado el precepto que justificaría la extemporaneidad. De entrada, el actor intervino en el proceso con representación letrada; es más, el propio actor es abogado, pues él mismo ha formalizado el recurso en nombre propio; pues bien, desde tales consideraciones, cuesta creer que desconozcan donde aparece regulado el plazo de ejercicio de la acción de despido. De hecho, en segundo lugar, los hechos probados dan cuenta de un proceso de despido previo instado por el recurrente en el año 2012 contra el mismo Ayuntamiento por un “no llamamiento” y que finalizó en una sentencia que declaró su improcedencia, lo que hace más inverosímil el llegar a apreciar la existencia de indefensión por no haberle indicado el precepto del que se deduce la extemporaneidad de su acción. En fin, la sentencia también da cuenta de porqué se procedió a actualizar la Bolsa de Trabajo, siendo la razón la necesidad de ajustarse al RD 836/2012, de 25 de mayo. Otra cosa es que el recurrente discrepe de la interpretación dada al mencionado RD, pero ello es cuestión a plantear por la vía del art. 193.c) LRJS y no por la de la letra a) de dicho precepto.

Por todo ello, tal y como se anticipó en párrafos anteriores, el motivo, en sus dos vertientes, debe ser desestimado.

TERCERO.- En segundo lugar, a través del cauce habilitado por el art. 193.b) LRJS, la parte recurrente parece perseguir la modificación del relato de hechos probados que consta en la sentencia recurrida. Y decimos “parece” porque a lo largo del desarrollo de su fundamentación, con una técnica defectuosa, va mutando hacia la censura jurídica, para volver finalmente a plantear una revisión fáctica. El propio encabezamiento de este segundo motivo da cuenta de este dato cuando indica “REVISAR LOS HECHOS DECLARADOS PROBADOS, A LA VISTA DE LAS PRUEBAS DOCUMENTALES Y TESTIFICALES PRACTICADAS AL AMPARO DE LO PREVISTO EN EL ART. 193.b) DE LA LRJS EN CONCORDANCIA CON EL ART. 193.c) LRJS AL APLICAR LAS NORMAS SUSTANTIVAS QUE DEBEN REGIR EL PROCEDIMIENTO”.

Antes de resolver las peticiones revisoras propuestas en el escrito de

formalización por la parte recurrente, interesa recordar que esta Sala (entre otras, STSJ Comunidad Valenciana de 11 de junio de 2013, rec. 3093/2012) viene sosteniendo de manera reiterada, con apoyo en la doctrina emanada del Tribunal Supremo (SsTS de 16 de marzo y 5 de mayo de 1987, 3 de marzo de 1998 y 11 de diciembre de 2003; igualmente, SsTS de diciembre de 2014, rec. 201/2013 y de 22 de diciembre de 2014, recs. 147/2014 y 185/2014), que los hechos declarados probados en la instancia sólo pueden ser objeto de revisión (adicionarse, suprimirse o rectificarse) en este recurso extraordinario de suplicación si concurren ciertas circunstancias entre las que cabe recordar ahora las siguientes: de entrada, que se concrete con precisión y claridad el hecho que ha sido negado u omitido en la resultancia fáctica que contenga la sentencia; asimismo, que tal hecho resulte de forma clara, patente y directa de la prueba documental o pericial obrante en autos, sin necesidad de argumentaciones más o menos lógicas; igualmente, que se señale el concreto documento o pericia en que se basa a petición de manera suficiente que permita su identificación; por otra parte, que se ofrezca el texto concreto a figurar en la narración que se tilda de equivocada, bien sustituyendo alguno de sus puntos, bien completándola; en fin, que tal hecho tenga trascendencia para llegar a la modificación del fallo recurrido, pues si carece de virtualidad, no puede ser acogida. Pues bien, si se aplica esta delimitación del alcance de la revisión fáctica a las peticiones formuladas en el presente recurso, la conclusión que se alcanza es que la petición no puede tener favorable acogida, por lo que el motivo va a ser rechazado.

1.- En efecto, de entrada, la parte recurrente, tras reproducir el párrafo segundo del apartado 2.2.2 de los fundamentos de derecho de la sentencia de instancia, señala que <<Al contrario, debería decir, por claro error de la parte juzgadora, en aplicación de las normas sustantivas que se deben aplicar en autos de nulidad de actuaciones por vulneración de principios constitucionales: “Así pues si desde la fecha de la Sentencia de despido del Juzgado núm Uno, de 15-2-13, hasta el nuevo listado de la bolsa de contratación, 10-11-15, se realizaron contrataciones vulnerando el orden de la bolsa de 2.012, y habiendo reclamado frente a actuaciones arbitrarias de la administración, con clara discriminación hacia el actor, produce la nulidad de los actos, con estimación de todas las peticiones de la demanda”>> (pp. 6 y 7 del escrito de formalización, pp. 383v y 384). A partir de ahí, continúa indicando que las normas que se consideran infringidas son el art. 47.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre (nulidad de pleno derecho de los actos que lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional), así como el derecho a la igualdad y no discriminación y a un proceso equitativo con todas las garantías sin que se produzca indefensión (arts. 14 y 24 CE), particularmente en lo relativo a la garantía de indemnidad, aportando como indicio que en el pasado litigó contra el Ayuntamiento (pp. 7 a 15v, pp. 384 a 385v).

Así las cosas, la simple lectura de esta parte del motivo evidencia que no estamos ante una revisión de hechos, sino ante una censura jurídica, algo que ya de por sí permitiría proceder a su rechazo. En todo caso, ni siquiera desde la perspectiva indicada se aprecia transgresión de las normas citadas por parte de la sentencia de instancia. Y es que no se ha demostrado la vulneración de ninguno de los derechos fundamentales alegados: por lo que respecta a la discriminación, no se indica la causa en que se motiva la misma; en cuanto a la igualdad, el recurso aparece también huérfano de razonamiento; finalmente, en cuanto a la indemnidad, no se aprecia indicio alguno, pues en los hechos probados se recoge que tras la primera demanda de despido, hubo una segunda contratación. Por lo tanto incluso desde la perspectiva de la censura jurídica, el motivo debería ser rechazado.

2.- A continuación (p. 10 del escrito, p. 385v), la parte recurrente alude a que la sentencia se contradice a sí misma, pues en realidad da por hecho que ha existido una nulidad del acto y, sin embargo, “sin motivación alguna y contrario a la tutela judicial efectiva establecida en el artículo 24 de la constitución, no indica porque (sic: por qué) es extemporánea la petición del actor al consistorio, ya que, los actos nulos no están

sujetos a caducidad ni prescripción, como determinan las normas sustantivas que deben regir este tipo de asuntos”. A partir de ahí, indica que se debe proceder a suprimir lo señalado en el apartado 2.2 de los fundamentos de derecho y establecer “se aprecia por la demandada vulneración que posibilite la estimación de la demanda en su totalidad”.

Al igual que indicamos en el apartado 1 de este motivo, la simple lectura de esta parte del motivo nuevamente evidencia que no estamos ante una revisión de hechos, sino ante una censura jurídica, algo que ya de por sí permitiría proceder a su rechazo. Y nuevamente, al igual que indicamos en el apartado anterior, ni siquiera desde la señalada perspectiva se aprecia transgresión de norma alguna por parte de la sentencia de instancia. De entrada, la sentencia no encierra ninguna contradicción. El párrafo transcrito por el recurrente no da por hecho que haya habido una actuación de la administración nula. En efecto, de manera bien distinta lo que viene a señalar es que en el caso de que la exclusión de la lista de contratación sin una causa justificada y motivado sólo por el hecho de haber demandado al ayuntamiento, tal decisión “se habría de considerar nula”. Así pues, se está situando en el terreno de las hipótesis, como evidencia el empleo del condicional; pero es que, además, tal afirmación va seguida de un apartado 2.2.2, en negrita y cursiva cuya rúbrica es “existencia de justificación”, en la que el magistrado de instancia da cuenta de las razones que justificaron la exclusión de la lista (la necesidad de ajustarse a los requerimientos del RD 836/2012 de 25 de mayo), iniciando el párrafo con la locución adversativa “No obstante ello”. Así pues, por todo ello, la inexistencia de contradicción resulta evidente. Por otra parte, en cuanto a la extemporaneidad, no parece necesario volver sobre una cuestión ya abordada al tiempo de resolver el primer motivo del recurso, por lo que al punto 2 del fundamento segundo se esta sentencia nos remitimos.

3.- Finalmente (p. 11 del escrito, p. 386), la parte recurrente pretende introducir un nuevo párrafo en el que se dé cuenta de una serie de contrataciones efectuadas por el Ayuntamiento y las razones de las mismas en unos términos que se dan por reproducidos. Para ello, inicialmente, afirma ampararse en la pág. 300 de los autos (certificación del secretario de la corporación), si bien a continuación alude a “la vida laboral de la empresa página (sic.: página) 4, 6 y 11 que se corresponden con la (sic: las) paginas (sic: páginas) 59, 61, 66 y 330 de los autos, y las testificales practicadas”.

Pues bien, a pesar de que en este caso sí que nos encontramos ante una verdadera revisión de hechos declarados probados, lo cierto es que no puede tener favorable acogida. Y es que, al margen de que los datos cuya incorporación se pretende no tienen trascendencia para resolver el asunto, la redacción propuesta no deriva directamente de los documentos indicados y se apoya parcialmente en prueba testifical que, como hemos recordado y recoge expresamente la LRJS, no es prueba hábil para llevar a cabo la revisión fáctica. En definitiva, también esta propuesta debe ser rechazada.

Así pues, de conformidad con lo argumentado, todo el motivo segundo se desestima.

CUARTO.- Por último, la parte recurrente utiliza la vía abierta por el art. 193.c) LRJS para plantear la censura jurídica de la sentencia, en concreto, suscita la eventual vulneración de los arts. 9, 14 y 103 de la CE; de los arts. 40, 47, 48 y 49 de la Ley 39/2015; de la base primera de la convocatoria para la constitución por el sistema selectivo de concurso de una bolsa de trabajo de conductores de transporte sanitario publicadas en el BOP nº 113 de fecha de 14 de junio de 2012; del art. 4 RD 836/2012, de 25 de mayo; del RD 896(1991, de 7 de junio, por el que se establecen las reglas básicas y los programas mínimos a que debe ajustarse el procedimiento de selección; de los arts. 91 y 100 a 102 de la Ley 7/1985, de 2 de abril (Reguladora de las Bases del Régimen Local); y “de la jurisprudencia dictada en su interpretación”.

Tampoco este motivo va a encontrar mejor fortuna, pues analizada la sentencia de instancia no se aprecia que la misma haya infringido ninguna de las previsiones normativas citadas por el recurrente, ni de la jurisprudencia.

1.- Por lo que respecta a las previsiones normativas, de tener alguna trascendencia, tan sólo la tendrían respecto el hecho de no haber sido llamado para ocupar las plazas ofertadas con posterioridad a la actualización de la Bolsa de Trabajo el 10 de noviembre de 2015, ya que el hecho de no haber sido llamado en las anteriores, debería haberse impugnado como un despido por incumplir el orden de llamamiento fijado en la bolsa publicada el 14 de junio de 2012, siendo evidente que en 2018 las acciones correspondientes estarían caducadas pues el plazo fijado en el art. 59 ET y 103 LRJS estaría de sobra superado. Pero es que ni siquiera respecto las posteriores a dicha fecha tienen trascendencia, pues la concreta falta de llamamiento, en su caso, también debería impugnarse como un despido, sujeto al plazo de caducidad antes reseñado que también habría transcurrido; y si no fuera así (hipótesis de acción no caducada), en todo caso, nos encontraríamos con que la decisión del Ayuntamiento estaría amparada por el hecho de que el trabajador ya no está incluido en la Bolsa de Trabajo. Eso conduce a analizar si la actualización de la Bolsa de Trabajo por parte del Consistorio era nula o, por el contrario, resultaba legítima. Pues bien, al margen de que el actor debería haber impugnado este extremo en el momento de la revisión, lo cierto es que no se aprecia ninguna irregularidad en esta actuación, ni contravención de ninguna de las normas citadas por el recurrente, algunas de las cuales, por cierto, vienen referidas a funcionarios y no a personal laboral.

En efecto, el Ayuntamiento no ha procedido a constituir una nueva Bolsa de Trabajo, sin cumplir los trámites y procedimientos legales. Antes bien, en la medida en que el RD 836/2012, de 25 de mayo, exige en su art. 4 que los conductores de las ambulancias cuenten con una titulación específica o un certificado de profesionalidad, procedió a requerir a los integrantes de la Bolsa de 2012 que acreditasen tal extremo (Decreto de la Alcaldía 365/2014) y, a partir de ahí, se actualizó la Bolsa de 2012 (Decreto 1156/2015). Así pues, el ayuntamiento se ha limitado a dar cumplimiento a una previsión legal que, en realidad, ya era exigible en el momento de constituirse la primera bolsa que se convocó en junio de 2012, pues el RD 836/2012, de 25 de mayo, entró en vigor al día siguiente de su publicación. Por ello, desde esta consideración, no puede entenderse vulnerada tampoco la DT 2ª del mencionado RD (el 836/2012, de 25 de mayo) como pretende el recurrente, de conformidad con la cual los requisitos de titulación recogidos en el art. 4 solo serían exigibles a los conductores y ayudantes de nuevo ingreso, pues hay que entender que se refiere a que sean de nuevo ingreso tras la entrada en vigor del RD en cuestión. Así las cosas, en realidad, ya al constituirse la Bolsa de Trabajo de 2012 tal requisito era de cumplimiento preceptivo, por lo que, el Ayuntamiento no hizo sino que regularizar una exigencia que debería haber estado presente desde el momento inicial de constituirse la Bolsa de Trabajo.

2.- En fin, tampoco se aprecia vulneración de la jurisprudencia por parte de la sentencia de instancia. Al respecto, la recurrente invoca la STS de 4 de diciembre de 2013, rec. 1706/2013; sin embargo, no se trata de una sentencia del TS, sino del TSJ de Madrid, razón ya por sí sola suficiente para desestimar el recurso de forma directa, pues a los efectos de la suplicación (y también de casación), la jurisprudencia a la que alude el art. 193.c) LRJS se entiende en sentido estricto, esto es, ha de emanar del TS y además en sentido reiterado, pues una sola sentencia no genera jurisprudencia. Por otra parte, aun superando este escollo insuperable, a los meros efectos dialécticos, debe reseñarse que el conflicto que resuelve dicho pronunciamiento no coincide con el aquí planteado, pues los hechos de dicha sentencia vienen referidos a un supuesto en el que una determinada Consejería autonómica incumple el orden de llamamiento derivado de una bolsa para evitar superar los límites relativos al encadenamiento de

contratos temporales, algo que aquí no se plantea. Por ello, también esta línea argumental debe rechazarse.

En definitiva, ninguno de los motivos planteados por el recurrente puede tener favorable acogida, lo que lleva a desestimar el recurso en su totalidad.

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

FALLO

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por D. A.J.P.G. en su propio nombre y representación contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº. 2 de los de ELCHE de fecha 7 de noviembre de 2018 y, en consecuencia, confirmamos la resolución recurrida.

Sin costas.

2436

Sentencia núm. 830, de 13 de marzo de 2019

Materia: Declaración de invalidez: Invalidez permanente para el ejercicio de profesión habitual derivada de enfermedad común. Trabajador que ejerce sus funciones en empresa como responsable comercial. El demandante se encuentra afiliado al RGSS y solicita pensión de invalidez como consecuencia de las lesiones que padece. Limitaciones orgánicas y funcionales. Las patologías le limitan para tareas de bipedestación y/o deambulaci3n así como para mantener posturas fijas debiendo evitar las de riesgo de accidentabilidad. Para llevar a cabo su actividad laboral el actor ha de utilizar el vehículo para visitar a sus clientes.

Juzgado: Desestima la demanda, absolviendo al organismo demandado de las pretensiones deducidas en su contra. No procede la declaraci3n de invalidez.

Sala: Estima el recurso y revoca la sentencia de instancia. Las lesiones que padece el actor le incapacitan para el normal desarrollo de su actividad laboral, máxime cuando ha de hacer uso del vehículo para desplazarse por todo el territorio de la Comunitat Valenciana dada su profesi3n de responsable comercial. Se condena a la entidad gestora a abonar al actor una pensión vitalicia y mensual en la cuantía del 55% de determinada base reguladora.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Frente a la sentencia de instancia que desestima la demanda presentada en materia de incapacidad permanente, interpone la representaci3n letrada de la parte actora recurso de suplicaci3n.

1. Los cuatro primeros motivos del recurso se redactan al amparo del apartado b) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicci3n Social –en adelante, LRJS-. En el primero solicita la revisi3n del hecho probado tercero, a fin de que se le adicione el siguiente texto, “En el dictamen de la Unidad de Valoraci3n de Incapacidades establece las limitaciones orgánicas y funcionales siguientes: cadera derecha protésica (un total de 4 operaciones), marcha claudicante con bast3n, molestias continuas, cambios posturales frecuentes, dolores ocasionales. Riesgo de TV por mutaci3n gen de la proltrombina. Habiéndose calificado err3neamente la profesi3n del trabajador como de “Tareas administrativas”.

En el Dictamen propuesta del EVI de 6-10-16 (folio 72), constan las siguientes limitaciones orgánicas y funcionales: “cadera derecha protésica (un total de 4 operaciones), marcha claudicante con bast3n, molestias continuas, cambios posturales frecuentes, dolores ocasionales. Riesgo de TV por mutaci3n gen de la proltrombina”, y siendo que dichas limitaciones ya constan en el hecho probado segundo, la adici3n resulta innecesaria, y en cuanto a la profesi3n el texto propuesto es una mera valoraci3n de la parte, por lo que el motivo se desestima.

2. En el segundo motivo, interesa la adici3n de un nuevo hecho probado, de ordinal quinto, que diga, “En el Informe de Valoraci3n Médica de 29 de septiembre de 2016 se plasma como última profesi3n de D. F.M.S. la de Agente Comercial. Así también, en la propuesta de resoluci3n de la Direcci3n Provincial del INSS de 30 de mayo de 2016, respecto a la emisi3n del alta médica, aportado como documento nº 2 por el actor, se establece como profesi3n del trabajador la de Agente Comercial”.

La revisión no puede admitirse, pues la magistrada de instancia ha obtenido su convicción, tanto del Dictamen del EVI en el que consta "Tareas administrativas" como del Certificado del director de RRHH, obrante en el expediente administrativo, -cuyo contenido se da por reproducido en el hecho probado segundo, en el que se indican las funciones realizadas por el actor con categoría de responsable comercial, por lo que no cabe apreciar que se haya incurrido en error en la valoración de la prueba.

3. En el tercer motivo, solicita la adición de un nuevo hecho probado, que diga "Con fecha de 25 de julio de 2016, el Dr. D. E.G.P., Especialista en Medicina Legal y Forense y Especialista Universitario en Valoración del Daño Corporal, tras realizar una anamnesis o entrevista al demandante, una exploración clínica y un estudio de los diferentes informes y pruebas médicas practicadas al mismo, emitió un Informe Médico respecto a la valoración de las patologías padecidas, correlacionadas con los requerimientos propios del ámbito laboral, concluyendo que el demandante presenta un cuadro patológico, objetivo y permanente consistente en Prótesis Total de Cadera derecha con un mal resultado funcional tras tres intervenciones quirúrgicas por complicaciones infecciosas. Marcha patológica, claudicante e inestable. Cojera ostensible debida a rigidez dolorosa de cadera. Menoscabo funcional del 43% que afecta a arcos importantes: Trombosis Venosa Profunda en pierna derecha en dos ocasiones. Susceptibilidad genética a las trombosis, precisa tratamiento profiláctico en ciertas situaciones como los viajes largos; y Síndrome Ansioso-Depresivo, lo que le produce una inhabilitación completa para el ejercicio eficaz, continuo y sin riesgos de las tareas fundamentales de la profesión de Agente Comercial, existiendo incompatibilidad lesión/tareas, riesgo de agravación y riesgo de accidente laboral".

La revisión no se admite, pues la valoración de la prueba es una facultad que incumbe en exclusiva a la juez de instancia y que es ella quien, a la vista de los diferentes informes y pruebas que hayan podido practicarse, debe expresar su convicción declarando los hechos que estime probados (ex art. 97.2 LRJS). De modo que tal declaración únicamente podrá modificarse en el presente recurso de naturaleza extraordinaria, cuando el error en la redacción de los hechos sea patente y manifiesto a la vista de una determinada prueba pericial o documental, pero no cuando exista una mera discrepancia en la valoración de los diferentes informes médicos que hayan podido aportarse, ya valorados por la Magistrada de instancia. Por ello, no puede aceptarse una petición como la deducida en el motivo cuarto de este recurso que sólo tiene por objeto dejar constancia del informe médico pericial de parte, pues lo jurídicamente relevante no es la opinión profesional de uno u otro médico, sino la convicción alcanzada por la magistrada tras el proceso de valoración de los diferentes medios de prueba previstos en el ordenamiento jurídico

4. En el cuarto motivo, solicita la adición de un nuevo hecho probado que diga, "Con fecha 23 de agosto de 2016, el demandante fue despedido de la empresa SRCL C. por considerar que se hallaba impedido para desarrollar las funciones propias de su puesto de trabajo de responsable comercial como consecuencia de la ineptitud sobrevenida para el desempeño de su trabajo al concluir el examen de salud realizado por el servicio de prevención de la empresa con la calificación de No Apto para su tarea", en base a la carta de despido.

Consta en la fundamentación jurídica de la sentencia, con valor fáctico, que el actor fue despedido el 23-8-16, obrando copia de la carta de despido en el expediente administrativo, por lo que la adición de tal dato resulta innecesaria, debiéndose tener en cuenta que si bien en dicha carta se dice que el servicio de prevención le calificó de no apto, la ineptitud sobrevenida en el ámbito del derecho del trabajo, no es trasladable a la incapacidad permanente a efectos prestaciones que se rige por las normas propias de la Seguridad Social.

SEGUNDO.- En el quinto motivo redactado al amparo del apartado c) del artículo

193 de la LRJS, se denuncia la infracción por la sentencia de lo dispuesto en los artículo 194 de la Ley General de la Seguridad Social, texto refundido de 2015 –en adelante, LGSS. Sostiene el recurrente que las dolencias que padece el demandante y las limitaciones que de ellas derivan le incapacitan para el ejercicio de su profesión habitual.

Dispone el artículo 193 de la LGSS que “La incapacidad permanente contributiva es la situación del trabajador que, después de haber estado sometido al tratamiento prescrito, presenta reducciones anatómicas o funcionales graves, susceptibles de determinación objetiva y previsiblemente definitivas, que disminuyan o anulen su capacidad laboral. No obstará a tal calificación la posibilidad de recuperación de la capacidad laboral del incapacitado, si dicha posibilidad se estima médicamente como incierta o a largo plazo”. Por su parte el art. 194.4 del mismo texto legal, dice, “Se entenderá por incapacidad permanente total para la profesión habitual la que inhabilite al trabajador para la realización de todas o de las fundamentales tareas de dicha profesión, siempre que pueda dedicarse a otra distinta”.

De la declaración de hechos probados que contiene la sentencia de instancia, se desprende que en la parte actora concurrían las condiciones exigidas por los mencionados preceptos para ser acreedor de una incapacidad permanente total para su profesión habitual. Y ello es así, porque el demandante, cuya profesión habitual es la de responsable comercial, presenta dolencias que le causan las siguientes limitaciones orgánicas y funcionales: deambulación con bastón refiriendo molestias y sensación de enganches en la cadera con dolor que le reclama cambios posturales frecuentes. El diagnóstico de mutación 20210G del gen de la protrombina supone un incremento de entre 2-4 veces del riesgo de trombofilia. Las patologías le limitan para tareas de bipedestación y/o deambulación mantenidas y a la carga, así como para mantener posturas fijas de cadera derecha, debiendo evitar las de riesgo de accidentabilidad (mantenerse mucho tiempo en inmovilidad) por el riesgo de trombosis. Y, puestas en relación dichas limitaciones con las tareas fundamentales de su profesión, que exige de desplazamientos en automóvil, por todo territorio de la Comunidad Valenciana, para visitar clientes, debe concluirse que tales limitaciones orgánicas y funcionales son, en su estado actual, incompatibles con los requerimientos físicos de su profesión habitual, por lo que procede estimar el recurso y declarar a la actora en situación de incapacidad permanente total para su profesión habitual.

FALLO

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de F.M.M.S., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº.15 de los de Valencia, de fecha 29-noviembre-2017, y con revocación de la sentencia de instancia, estimamos la demanda formulada por la recurrente contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, y declaramos que el actor se encuentra afecto de invalidez permanente en grado de total para su profesión habitual, con origen en enfermedad común; y en consecuencia, condenamos a la Entidad Gestora a estar y pasar por la citada declaración y a abonar a la parte actora una pensión vitalicia y mensual en la cuantía del 55% de la base reguladora de 2.411,49 euros mensuales, más los incrementos legales correspondientes, con efectos desde el día 6-octubre-2016.

2437

Sentencia núm. 892, de 26 de marzo de 2019

Materia: Declaración de invalidez. Trabajador que presta sus servicios como autónomo en puesto de frutas y verduras. Anteriormente, había ejercido su actividad como marmolista. El actor inicia un proceso de incapacidad permanente permaneciendo un año en dicha situación. Iniciado el correspondiente expediente administrativo el actor solicita se le declare en situación de incapacidad permanente como consecuencia de la cardiopatía y obesidad mórbida que padece. Limitaciones de esfuerzos físicos.

Juzgado: Desestima íntegramente la demanda, confirmando íntegramente las resoluciones del INSS, y procede a absolver al organismo demandado de cuantos pedimentos se deduzcan en su contra. No procede declaración de invalidez.

Sala: Estima parcialmente el recurso y revoca la sentencia de instancia. Las lesiones que padece el actor le incapacitan para desarrollar de manera eficaz y continua su profesión habitual. Declara al actor afecto de una incapacidad permanente total para el ejercicio de su profesión habitual de vendedor de frutas con derecho a percibir una pensión mensual en el porcentaje del 55% de determinada base reguladora.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Frente a la sentencia de instancia, desestimatoria de la demanda del trabajador en su pretensión de reconocimiento de incapacidad permanente absoluta o total para su profesión habitual de marmolista o vendedor de puesto de mercado, se alza en suplicación la representación letrada de la parte actora al amparo de los apartados b) y c) del art. 193 de la LRJS.

Por el primero de ellos solicita la sustitución del hecho probado 1º de la sentencia por otro en el que consten determinados antecedentes y entre ellos que ha sido trabajador por cuenta ajena, marmolista, durante los periodos de tiempo que hace constar así como la indicación de periodos de percepción de desempleo, con apoyo en los documentos que indica, entre ellos informe de vida laboral.

No aceptamos la sustitución pedida ya que con la misma se está tratando de imponer una redacción más del gusto de la parte a la fijada por el juez a quo, que es lo suficientemente completa y expresiva y es fruto de su valoración probatoria (art. 97.2 LRJS).

Seguidamente se pide la adición de un hecho primero bis para que conste cuales son las enfermedades frecuentes en el sector de la piedra natural y los agentes que las provocan, lo que no admitimos por ser irrelevante, a la vista del tenor del hecho probado 1º y la no estimación de la adición solicitada.

También se pide la corrección de errores mecanográficos en el hecho segundo y cuarto para que en lugar de constar "fabricación auricular" conste "fibrilación auricular", lo que corregimos como error material tanto en el hecho 2º como donde se haya producido (hecho 3º).

A renglón seguido se solicita adicionar un nuevo hecho 7º sobre dolencias y limitaciones funcionales y orgánicas en una extensa redacción que obra a los folios 16

y 17, que dice basar en informes de especialistas de la Sanidad Pública y en el informe del médico forense, pero que no admitimos ya que, como reiteradamente ha dicho esta Sala, no cabe olvidar que en el proceso laboral la valoración de la prueba en toda su amplitud únicamente viene atribuida por el art. 97.2 de la LRJS al juzgador de instancia, juzgador que ha formado su convicción de la valoración ponderada del conjunto de la prueba practicada, permitiéndole la misma y su libre apreciación, el apoyarse en todos los informes aportados, en sólo algunos, en uno de ellos o en determinada parte de uno o varios, desechando los demás, u otra u otras partes de uno sólo o de un conjunto documental. Y en el presente caso, como se desprende del fundamento primero, el juez a quo ha deducido los hechos declarados probados por la documental aportada, incluyendo como tal el expediente administrativo, la reconocida por ambas partes, las alegaciones que ambas compartieron, y las referencias en cuestión y al respecto que constan en la fundamentación jurídica, valorado todo ello conforme a la sana crítica, -artículo 348 LEC-, y recogiendo de entre lo acreditado aquello que resulta sustancial para resolver la litis.

En definitiva, no se evidencia error patente y manifiesto en la valoración probatoria efectuada por el magistrado de instancia derivado de documentos o pericias con eficacia radicalmente excluyente, por lo que procede desestimar el primer motivo de recurso.

SEGUNDO.- Al amparo del art. 193 c) de la LRJS, la recurrente denuncia la infracción del art. 194 de la LGSS de 2015, en los términos de la DT 26ª, párrafo 5º, que describe la IPA y subsidiariamente en el párrafo 4º, que describe la IPT para la profesión habitual. También se interesa la infracción del párrafo 2º que recoge lo que se entiende por profesión habitual en relación con lo dispuesto en el art. 11.2 de la O.M. 15-04-1969 que entiende como profesión habitual aquella a la que el trabajador dedicaba su actividad fundamental durante los doce meses anteriores a la fecha en la que se hubiere iniciado la deriva de la invalidez, si bien alega la parte que en el caso en el que se produce una transición de trabajo por cuenta ajena a trabajo por cuenta propia, no debe incluirse el intervalo de desempleo, durante el cual no se ha ejercido profesión alguna. Y hasta febrero de 2015 su profesión fue la de marmolista, que es la que se debe tener en cuenta, pues solo en 2-2-15 se dio de alta como comerciante autónomo regentando un puesto de frutas y verduras, y 58 días más tarde causó baja por nuevo ingreso hospitalario por la misma dolencia cardíaca que le llevó a intentar un cambio de profesión. Aduce asimismo la recurrente que a la vista del informe del forense, antecedentes patológicos y numerosos ingresos hospitalarios, el demandante está incapacitado para realizar esfuerzos físicos y también los que conllevan estrés, por lo que pide se le declare en situación de IPA o de IPT.

Dispone el artículo 193 de la LGSS de 2015 que: "la incapacidad permanente contributiva es la situación del trabajador que, después de haber estado sometido al tratamiento prescrito, 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 194 del mismo texto legal, en la redacción dada por la DT 26ª, señala en su punto 5 que: "se entenderá por incapacidad permanente absoluta para todo trabajo la que inhabilite por completo al trabajador para toda profesión u oficio"; y en su punto 4 que: "se entenderá por incapacidad permanente total para la profesión habitual la que inhabilite al trabajador para la realización de todas o de las fundamentales tareas de dicha profesión, siempre que pueda dedicarse a otra distinta".

TERCERO.- Así las cosas, debemos analizar en primer lugar el tema de la profesión habitual, que según el hecho probado 1º de la sentencia es la de propietario (autónomo) de un puesto de frutas y verduras en el mercado de abastos de N.. Y cierto es que el actor trabajó durante un dilatado periodo temporal en el sector del mármol, pero no podemos desconocer que desde casi dos años antes a la solicitud (baja en

M.R. SLU el 19-07-13) el demandante no trabajaba de marmolista y que desde febrero de 2015 es propietario de un puesto de frutas y verduras en el mercado de abastos de N., por lo que en aplicación de los propios preceptos citados por la recurrente, hemos de estar a esta última tarea y, en consecuencia, profesión, lo que conecta con la desestimación de la revisión fáctica pedida al respecto.

Expuesto lo anterior, para la adecuada resolución de la controversia debe atenderse al cuadro patológico que sufre la parte demandante y sus repercusiones funcionales. Y así, según el hecho probado 2º, que el juzgador hace suyo, resulta que el demandante presenta: "cardiopatía no específica y episodio de fibrilación auricular desde marzo de 2015. Como limitaciones funcionales y orgánicas obesidad mórbida e intolerancia a esfuerzo físico, concluyendo que se obtuvo buen resultado en la cardioversión realizada, que su situación hemodinámica con tratamiento era estable y sin signos de cardiopatía inestable ni agudizaciones sintomáticas, en tratamiento médico con revisiones semestrales, con intolerancia al esfuerzo físico debido a su obesidad mórbida."

Pues bien, poniendo este cuadro clínico en relación con su profesión, debemos indicar que, pese a que el actor no ha acreditado los concretos cometidos del puesto de trabajo, es de conocimiento general de las profesiones que el mismo no solo comporta el acto propiamente de venta y cobro de la mercancía, sino también las actuaciones de montaje y desmontaje del puesto con las frutas y verduras, lo que, incluso contando con ayuda de carritos auxiliares y otros elementos, necesita de importantes requerimientos físicos. Dado que el propio INSS ha reconocido que el demandante presenta intolerancia al esfuerzo físico por su obesidad mórbida, que el forense aprecia limitaciones para requerimientos físicos moderados, y que la profesión del actor exige no solo moderados sino también, en numerosas ocasiones, requerimientos importantes, es por lo que entendemos que la parte actora se encuentre incapacitada para el ejercicio de su profesión habitual, que no va a poder desempeñar con un mínimo de continuidad, eficacia y profesionalidad.

Procede por ello la revocación de la sentencia de instancia, previa estimación del recurso de suplicación interpuesto en su pretensión subsidiaria. Todo ello fijando la base reguladora de la pensión que consta en el factum de la sentencia a quo, de 1885,37 €, y fecha de efectos de 1-8-2016.

F A L L O

Estimamos parcialmente el recurso de suplicación interpuesto en nombre de Don A.B.P., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº. 3 de los de Alicante, de fecha 12 de mayo de 2017; y, con revocación de la misma, declaramos a la parte actora afecta de una invalidez en el grado de incapacidad permanente total para su profesión habitual de vendedor autónomo de puesto de frutas y verduras en mercado, con derecho al percibo de una pensión mensual en el porcentaje del 55% sobre la base reguladora mensual de 1885,37 €, y fecha de efectos de 1-8-2016, condenando al INSS a estar y pasar por esta declaración y al pago de la referida pensión.

Sin costas.

2438

Sentencia núm. 920, de 26 de marzo de 2019

Materia: Conflicto colectivo. Crédito horario. Reducción de horas del crédito sindical de los miembros del comité de empresa y delegados sindicales por no generación de las mismas en periodo vacacional.

Juzgado: Estima parcialmente la demanda declarando contrario a derecho la decisión de restringir los permisos notificada por la empresa al comité de empresa y secciones sindicales constituidas en la misma. Declara el derecho de los miembros del comité de empresa y delegados sindicales reconocidos conforme a la LOLS a que le sean retribuidas las horas de crédito sindical de cuarenta horas que no hayan sido reconocidas, cuando hayan sido limitadas en proporción al tiempo efectivo de trabajo de cada mes y no en condiciones de igualdad del número efectivo de horas de trabajo asignadas en el calendario laboral en el mes de disfrute parcial de las vacaciones.

Sala: Desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia. Se está imputando a la sentencia de instancia una infracción que no ha cometido, pues en ningún caso se reconoce en ella a los representantes de los trabajadores el derecho a disponer del crédito horario de cuarenta horas durante el periodo que no se trabaje por vacaciones.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. Se recurre por el letrado designado por la empresa FORD ESPAÑA, S.L. (en adelante Ford) la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 12 de Valencia en materia de conflicto colectivo.

2. Los sindicatos Confederación General del Trabajo del País Valenciano (CGT) y Sindicato de Trabajadores y Trabajadoras del Metal, Intersindical Valenciana (STM) promovieron demanda de conflicto colectivo contra la decisión adoptada por la empresa que les fue comunicada el 21 de agosto de 2017 en la que se decía lo siguiente:

“A raíz de la reciente jurisprudencia del tribunal Supremo, les informamos de que durante el periodo vacacional de cada uno de los miembros del Comité de Empresa y de los delegados sindicales, no se genera derecho a horas sindicales, por lo que el uso del crédito horario sindical del mes de agosto deberá ser proporcional a las jornadas efectivamente trabajadas.

Por tanto, en cumplimiento de lo establecido en nuestro convenio colectivo vigente, deberá solicitar expresamente, los días concretos y las horas sindicales que quieran disfrutar proporcionales al tiempo de trabajo efectivo y debiendo acudir a su puesto de trabajo el tiempo restante, en cumplimiento de su jornada laboral...”.

El suplico de la demanda contenía tres peticiones: a) que se declarara contraria a derecho la decisión de restringir los permisos; b) que se reconociera a los miembros del comité de empresa y a los delegados sindicales el derecho a disfrutar de un permiso de 40 horas semanales con independencia de las jornadas efectivamente realizadas; c) que se condenara a la empresa a restituir las horas que, como consecuencia de la decisión empresarial, no hayan sido reconocidas desde el mes de agosto hasta la fecha de la sentencia.

3. La sentencia del Juzgado de lo Social estimó parcialmente la demanda presentada y, en esencia, declaró lo siguiente:

a) Que es contraria a derecho la decisión empresarial de restringir los permisos por crédito horario de los miembros del comité de empresa y de los delegados sindicales en proporción a las horas efectivamente trabajadas en cada mes, pues esa reducción debería hacerse “en la misma cuantía de horas a trabajar en el mes que se disfrute parte de las vacaciones, cuando sea inferior a las cuarenta horas del crédito sindical”.

b) Que se debe restituir a los miembros del comité de empresa y a los delegados sindicales las horas -de las cuarenta mensuales- “que no hayan sido reconocidas cuando hayan sido limitadas en proporción al tiempo efectivo de trabajo de cada mes y no en condiciones de igualdad del número efectivo de horas de trabajo asignadas en el calendario laboral en el mes de disfrute parcial de las vacaciones”.

SEGUNDO.- 1. En el primer motivo del recurso se invoca por la empresa la inadecuación del procedimiento de conflicto colectivo instado por los sindicatos para dirimir la cuestión litigiosa. Se argumenta en este motivo, que “no puede existir un reconocimiento genérico de disfrute de las horas sindicales en la medida que exige una petición previa de cada uno de los empleados y, en su caso, una negativa (... y que) se trata de derechos individuales que dependen de las circunstancias concretas”, por lo que considera la empresa que se trata de una cuestión individual de cada uno de los representantes de los trabajadores con carácter plural, que no colectivo.

2. Dispone el artículo 153.1 Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (en adelante LRJS) lo siguiente:

“Se tramitarán a través del presente proceso las demandas que afecten a intereses generales de un grupo genérico de trabajadores o a un colectivo genérico susceptible de determinación individual y que versen sobre la aplicación e interpretación de una norma estatal, convenio colectivo, cualquiera que sea su eficacia, pactos o acuerdos de empresa, o de una decisión empresarial de carácter colectivo, incluidas las que regulan el apartado 2 del art. 40, el apartado 2 del art. 41, y las suspensiones y reducciones de jornada previstas en el art. 47 del Estatuto de los Trabajadores que afecten a un número de trabajadores igual o superior a los umbrales previstos en el apartado 1 del art. 51 del Estatuto de los Trabajadores, o de una práctica de empresa y de los acuerdos de interés profesional de los trabajadores autónomos económicamente dependientes, así como la impugnación directa de los convenios o pactos colectivos no comprendidos en el art. 163 de esta Ley. Las decisiones empresariales de despidos colectivos se tramitarán de conformidad con lo previsto en el art. 124 de esta Ley.”

Como hemos señalado en el fundamento de derecho primero, lo que se impugna por los sindicatos demandantes a través de este procedimiento, es la decisión empresarial adoptada el 21 de agosto de 2017, en la que se comunicaba al presidente y secretario del comité de empresa y a los secretarios de las secciones sindicales constituidas en la empresa, que durante el periodo vacacional no se generarían horas sindicales y que el crédito horario sindical del mes de agosto sería proporcional a las jornadas efectivamente trabajadas. Por tanto, con independencia del número de horas sindicales que en ese momento les quedaran por disfrutar a cada uno de los miembros del comité de empresa o a los delegados sindicales, es lo cierto que esa decisión reunía los dos presupuestos necesarios para su impugnación por el procedimiento de conflicto colectivo: el subjetivo, que es la existencia de un grupo homogéneo definido por caracteres objetivos que lo configuran; en este caso son los representantes unitarios y sindicales de los trabajadores de la empresa; y el elemento objetivo, que consiste en la presencia de un interés general que reside en el grupo. En este sentido, en la reciente STS de 16 de octubre de 2018 (rec.229/2017) se razona lo siguiente:

“Hemos venido señalando de modo reiterado y constante que “las pretensiones propias del proceso de conflicto colectivo se definen por dos elementos: 1) Uno subjetivo, integrado por la referencia a la afectación de un grupo genérico de trabajadores, entendiéndose por tal no la mera pluralidad, suma o agregado de trabajadores singularmente considerados, sino un conjunto estructurado a partir de un elemento de homogeneidad. 2) Otro objetivo, consistente en la presencia de un interés general, que es el que se actúa a través del conflicto y que se define como un interés indivisible correspondiente al grupo en su conjunto y, por tanto, no susceptible de fraccionamiento entre sus miembros” (STS/4ª de 19 febrero 2008 -rec. 46/2007-, 16 octubre 2012 -rec. 234/2011-, 7 octubre 2015 -rec. 247/2014- y 11 octubre 2017 -rec. 255/2016-, entre otras).

Es evidente que la existencia del grupo genérico al que el conflicto colectivo da cobertura “no constituye una unidad aislada de los individuos que en última instancia lo integran, y a los que como tales trabajadores individuales en definitiva afecta el conflicto colectivo y que pueden en su momento hacer valer el derecho que eventualmente se reconozca y declare en el mismo”. Ahora bien, “existe una clara diferencia entre el grupo como tal y los trabajadores individuales que en última instancia lo componen” y consiste en que, mientras que el grupo está configurado por rasgos y conceptos que lo configuran a priori, el que los trabajadores individuales formen parte o no del grupo dependerá ulteriormente de las circunstancias personales que en cada caso han de probarse (STS/4ª de 15 diciembre 2004 -rec. 115/2003- y 26 mayo 2009 -rec. 107/2008-).

Asimismo, hemos sostenido que la diferencia entre la pretensión propia del conflicto colectivo y aquella otra que, aun siendo individual en su ejercicio tiene naturaleza plural, no debe hacerse atendiendo únicamente al carácter general o individual del derecho ejercitado, sino también al modo de hacer valer, por lo que en el conflicto colectivo se incluyen las demandas en que el reconocimiento del derecho sea interesado, no para cada uno de los trabajadores individualmente considerados, sino en cuanto colectivo, cualesquiera que sea el número de trabajadores singulares comprendidos en el grupo, “el hecho de que un litigio tenga por objeto un interés individualizable, que se concrete o pueda concretarse en un derecho de titularidad individual, no hace inadecuado el procedimiento especial de conflicto colectivo, siempre que el origen de la controversia sea la interpretación o aplicación de una regulación jurídicamente vinculante que afecte de manera homogénea e indiferenciada a un grupo de trabajadores”. En suma, la cuestión estriba en la dimensión en que se plantea el litigio y en el carácter general de la declaración que se quiere obtener.”

Así pues, como se dice en esta sentencia, el hecho de que este proceso tenga por objeto un interés individualizable no hace inadecuado el procedimiento de conflicto colectivo, pues lo que se está impugnando es la decisión adoptada por la empresa el 21 de agosto de 2017 que afecta al grupo genérico de los trabajadores que formen parte del comité de empresa o que tengan reconocida la condición de delegado sindical.

TERCERO.- 1. En el segundo motivo del recurso y al amparo del apartado c) del artículo 193 LRJS se denuncia la infracción por la sentencia recurrida de los artículos 37.1 y 68 del Estatuto de los Trabajadores (ET) y de la jurisprudencia del Tribunal Supremo expresada en la sentencia de 1 de febrero de 2017 (rec. 119/2016).

Se argumenta por la empresa recurrente, que de acuerdo con la doctrina contenida en esa sentencia del Tribunal Supremo el crédito horario es un permiso retribuido y, por tanto, requiere que sea disfrutado durante los meses de trabajo efectivo. Y se añade, “que si durante la mayoría del mes de agosto los representantes

de los trabajadores están de vacaciones y no están realizando actividad alguna, no es concebible que se les retribuya de forma íntegra un permiso”; y que “de no admitirse el criterio de esta parte, supondría que los representantes de los trabajadores tendrían un crédito en cómputo anual equivalente a 40 horas al mes por 12 meses”.

2. Este motivo debe ser desestimado en los términos en que ha sido formulado, pues la sentencia de instancia en ningún caso está afirmando que los representantes unitarios o sindicales de la empresa puedan disfrutar del crédito horario durante los doce meses del año, como se dice por la empresa recurrente en este motivo. Por el contrario, la sentencia de instancia reproduce, y hace suyos, los pasajes de la STS (Pleno) de 23 de marzo de 2015 (rec. 49/2014), cuya doctrina ha sido seguida por posteriores sentencias del mismo Tribunal Supremo de 1 de febrero de 2017 (rec. 119/2016) y 18 de enero de 2018 (rec. 58/2017). Es decir, la sentencia del Juzgado de lo Social no reconoce a los representantes de los trabajadores el derecho a disfrutar del crédito horario durante el mes de vacaciones, como se dice en este motivo del recurso, sino que lo que reconoce es el derecho a disponer del crédito horario no en proporción a los días trabajados, como señala la empresa en su comunicación, “sino en la misma cuantía de horas a trabajar en el mes que se disfrute parte de las vacaciones cuando sea inferior a las cuarenta horas del crédito sindical”. Por eso, en su fallo se condena a la empresa a restituir las horas de ese crédito que “hayan sido limitadas en proporción al tiempo efectivo de trabajo de cada mes y no en condiciones de igualdad del número efectivo de horas de trabajo asignadas en el calendario laboral en el mes de disfrute parcial de las vacaciones”.

En definitiva, el motivo no puede ser estimado desde el momento en que se imputa a la sentencia una infracción que no ha cometido, pues en ningún caso se reconoce en ella a los representantes de los trabajadores el derecho a disponer del crédito horario de cuarenta horas durante el periodo que no se trabaje por vacaciones, que es la cuestión que se resuelve en la STS de 1 de febrero de 2017.

CUARTO.- 1. En el último motivo del recurso y también por el cauce procesal previsto en el apartado c) del artículo 193 LRJS, se denuncia la infracción de los artículos 37.3 e) y 68 e) ET y del artículo 43 l) del convenio colectivo “que resulta de aplicación” en relación con la jurisprudencia. Se dice por la recurrente que “el ejercicio de este derecho requiere de unos requisitos formales como son el preaviso y justificación que no han sido tenidos en cuenta por el juzgador a la hora de resolver sobre la restitución de determinadas horas”.

2. Este motivo tampoco puede prosperar, pues la sentencia no se pronuncia sobre el concreto ejercicio del derecho a disponer del crédito horario por cada uno de los representantes de los trabajadores y, menos aún, declara que se pueda disfrutar de tal derecho sin cumplir los requisitos formales establecidos en la norma estatutaria o en la convencional. Lo que se reconoce en la sentencia, en consonancia con la naturaleza colectiva de la pretensión ejercitada, es la obligación empresarial de restituir “las horas de crédito sindical de cuarenta horas que no hayan sido reconocidas cuando hayan sido limitadas en proporción al tiempo efectivo de trabajo de cada mes y no en condiciones de igualdad del número efectivo de horas de trabajo asignadas en el calendario laboral en el mes de disfrute parcial de las vacaciones”. Lo que no cabe duda -y la sentencia no dice lo contrario- es que la restitución de esas horas dependerá de la situación de cada uno de los representantes según como hayan disfrutado cada uno sus vacaciones en el mes de agosto, y se deberá canalizar a través del procedimiento establecido en el Estatuto de los Trabajadores y en el convenio colectivo de aplicación. Pero lo que está claro es que la sentencia en ningún caso reconoce, ni explícita ni implícitamente, el derecho a disfrutar del crédito sin seguir los cauces legales.

3. En definitiva y por las razones expuestas, procede desestimar íntegramente el recurso.

QUINTO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 235.2 LRJS no procede imponer condena en costa.

FALLO

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de la empresa Ford ESPAÑA, S.L. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 12 de Valencia de fecha 26 de octubre de 2018 (autos 326/2018); y, en consecuencia, confirmamos la sentencia recurrida.

Sin costas

2439

Sentencia núm. 926, de 26 de marzo de 2019

Materia: Declaración de invalidez. Trabajadora en situación de alta en el RGSS que ejerce la profesión habitual de comercial. Solicitud declaración incapacidad permanente. La actora tiene reconocido un grado de minusvalía del 35% de categoría física, encontrándose inscrita como demandante de empleo. La actora ha prestado servicios durante 35 años.

Juzgado: Desestima la demanda absolviendo a la entidad gestora de las pretensiones deducidas frente a ella. No procede la incapacidad permanente solicitada por la parte demandante.

Sala: Estima el recurso y revoca la sentencia de instancia. Las patologías que padece la demandante le incapacitan para el desarrollo de su actividad profesional. Declara a la actora afecta de una incapacidad permanente total para el ejercicio de su profesión habitual con derecho a lucrar una prestación mensual del 75% de su base reguladora

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Frente a la sentencia de instancia que desestimó la demanda presentada en materia de incapacidad permanente, interpone la parte actora recurso de suplicación. En un primer motivo redactado al amparo de la letra b) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social –en adelante, LRJS-, solicita la revisión fáctica con la finalidad de añadir hechos omitidos en la sentencia y que constan documentalmente cuales son que: la paciente está pendiente de cirugía por artrodesis tibio astragalina y subastragalina tobillo derecho, así como para añadir otras dolencias: hipercolesterolemia, HTA, lesión de articulaciones y ligamentos pélvicos, osteoartrosis, enfermedad adhesiva del oído medio, síndrome vertiginoso, ciática y cefaleas, que se encuentran mencionadas en el documento numerado como siete. En concreto se pretende añadir al hecho cuarto, lo que sigue: *“Como médicos activos con tratamiento vigente se mantienen: coxalgia, herpes zoster lumbar, neuralgia postherpética, osteoartrosis en tobillo y pie, eczema, hipercolesterolemia pura, traumatismo superficial región costal, dispepsia, lesiones de plexo braquial, efecto tardío de poliomyelitis aguda, enfermedad adhesiva del oído medio, síndrome de tunel carpiano, tendinitis adhesiva hombro, fractura pubis, lesión de articulaciones y ligamentos pélvicos, HTA, trastorno de bolsas y tendones en región del hombro. Ciática, gonalgia y cefaleas”*.

Igualmente se considera que se ha omitido la mención a la vida laboral de la actora, que consta a los docs dos de la demanda y 8 y 9 del ramo de prueba y que evidenciar que ha estado en activo más de 35 años, lo que pone de relieve el esfuerzo mantenido durante todos los años pasados para realizar una actividad laboral penosa, dadas sus circunstancias físicas. A la vista del origen de la documental médica, consistente en el historial de salud de la solicitante, debemos aceptar el contenido de dicho documento, por proceder de la Sanidad Pública, con independencia de la valoración que debamos realizar de cada una de las dolencias activas que allí se reseñan. En cuanto al Informe de Vida laboral, no es necesario que conste en los hechos, salvo para estimar la existencia de carencia, que la actora mantiene sobradamente, lo que tampoco impide valorar su contenido al hallarse incluido en el procedimiento.

SEGUNDO.- En el segundo motivo del recurso y al amparo de la letra c) del artículo 193 LRJS, se denuncia la infracción por la sentencia recurrida de lo dispuesto

en los artículos 193 en relación con el 194 de la Ley General de la Seguridad Social, Nuevo texto refundido del 2015 RDL 8/2015 de 30 de octubre – en adelante, LGSS-. Se sostiene en síntesis por el recurrente que las dolencias que padece la parte actora y las secuelas que de ellas derivan le incapacitan para el ejercicio de su profesión habitual de comercial.

Dispone el artículo 193 de la LGSS vigente “La incapacidad permanente retributiva es la situación del trabajador que, después de haber estado sometido al tratamiento prescrito, presenta reducciones anatómicas o funcionales graves, susceptibles de determinación objetiva y presumiblemente definitivas, que disminuyan o anulen su capacidad laboral. No obstará a tal calificación la posibilidad de recuperación de la capacidad laboral del incapacitado, si dicha posibilidad se estima médicamente como incierta o a largo plazo”

Por su parte el artículo 194 del mismo texto legal señala que, “1. La incapacidad permanente, cualquiera que sea su causa determinante, se clasificará, en función del porcentaje de reducción de la capacidad de trabajo del interesado, valorado de acuerdo con la lista de enfermedades que se apruebe reglamentariamente, en los siguientes grados: a) Incapacidad permanente parcial, b) Incapacidad permanente Total, c) incapacidad Permanente Absoluta, d) Gran Invalidez.

En cuanto al contenido de tales grados, hay que remitirse al de los arts. 136 y 137 de la LGSS en la redacción dada por Real Decreto-Legislativo 1/1.994, de 20 de junio, que se mantienen hasta nueva regulación. Se señala al respecto 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% en su rendimiento normal para dicha profesión, sin impedirle la realización de las tareas fundamentales de la misma”: Igualmente, “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”.

Pues bien, de la declaración de hechos probados que contiene la sentencia de instancia, a los que la Sala queda vinculada necesariamente, a los que debe añadirse el aceptado por esta sala al tratarse de un documento de la Sanidad Pública, que revela el historial médico completo de la actora, se desprende que en la misma sí que concurrían las condiciones exigidas por los mencionados preceptos para ser acreedora de una incapacidad permanente total para su profesión habitual. Y ello, porque aunque la dolencia de la polio, surgió en la infancia, y, por tanto, es anterior a su afiliación, y le ha permitido estar de alta en el sistema durante más de 35 años, no puede olvidarse que se trata de una dolencia que implica en su caso, una disimetría del miembro inferior derecho de 5 cm. y una atrofia muscular en dicho miembro. Además, y por el transcurso del tiempo, el sobreesfuerzo sobre la columna ha conllevado apófisis espinosas cervicales y lumbares, con hernias discales C4-C5, C5-C6 y C6-C7, así como hernia paramedical T12-L1. ES cierto que ésta últimas provocan limitaciones en las articulaciones cervical y lumbar que son inferiores al 50%, pero que hay que poner en relación con las anteriores limitaciones físicas derivadas de la disimetría y atrofia muscular, que unidas, suponen una pluripatología, que, está acreditado, y así lo señala la sentencia, le produce, incluso, dolor a la palpación.

Considera la sala, que es la unión de todas las patologías señaladas, incluidas la fractura del pubis y las lesiones del hombro, las que condicionan de forma grave el mantenimiento de una profesión como la de comercial, que no solo exige la bipedestación y la deambulación, sino también la conducción, y llevar cargas, que, aunque se ignore el peso de las mismas, es evidente que redundan en perjuicio de la ya menguada capacidad física de la actora.

Por ello, entendemos, que debe estimarse la demanda interpuesta por la misma y declarar a la Sra D.S. en situación de IP Total para su profesión de Comercial,

con derecho a lucrar la prestación correspondiente, con fecha de efectos de 18 de junio de 2015

TERCERO.- Sin costas

FALLO

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de DOÑA C.D.S. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº. SEIS de los de VALENCIA, de fecha 17 de noviembre de 2017, en virtud de demanda presentada a su instancia contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL; y, en consecuencia, con revocación de la sentencia de instancia, declaramos a la actora en situación de INCAPACIDAD PERMANENTE Y TOTAL para la profesión habitual de COMERCIAL, con derecho a lucrar una prestación correspondiente del 75% de su base reguladora de 1.827,75 euros mensuales, con las revalorizaciones que correspondan. Sin costas.

2440

Sentencia núm. 943, de 26 de marzo de 2019

Materia: Despido. Extinción de la relación laboral y reclamación de cantidad. Trabajadores al servicio de empresa dedicada a la fabricación de tejas y ladrillos. Estado de concurso de la empresa demandada. Retrasos en el pago de salarios. Extinción relación laboral a instancia del trabajador. Aplicación art. 50 ET.

Juzgado: Estima la demanda por incumplimiento contractual grave del empresario y declara la procedencia del despido impugnado, condenando a la empresa demandada a que abone a los demandantes la indemnización correspondiente más los salarios adeudados y los intereses moratorios de éstos. Condena al FOGASA como responsable legal subsidiario con las limitaciones legalmente establecidas.

Sala: Estima el recurso del trabajador recurrente y revoca el importe de la cantidad adeudada al mismo manteniendo el resto de los pronunciamientos de la sentencia impugnada. El recurrente, al haber desistido de la impugnación de la acción de despido, no puede ser indemnizado por despido improcedente, sino en la cuantía fijada en la carta de despido por razones objetivas.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - La sentencia de instancia estimó la demanda y declaró la procedencia del despido impugnado, declaró extinguida la relación laboral que vinculaba a las partes con efectos de 20-12-2017, condenado a la empresa demandada A.C., S.L., a que abone a los demandantes la indemnización más los salarios adeudados y los intereses moratorios de estos en las cantidades que indica, siendo para Don F.J.R.S. la cuantía de la indemnización de 96.876,08 euros. Frente a esta sentencia interpone recurso de suplicación la parte actora Don F.J.R.S. y en el primer motivo del recurso con amparo procesal en el artículo 193, b) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, se interesa la modificación de los hechos declarados probados, y en concreto pretende que al hecho probado cuarto se le adicione que “En la carta de despido de F.J.R.S. consta que la indemnización legal de 20 días por año de servicio con un máximo de doce mensualidades asciende a un montante global de 31.641,12 euros”, adición fáctica que debe alcanzar éxito por cuanto así resulta de la documentación a la que alude.

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 aplicación errónea del artículo 50.1.b) y art. 50.2 del Estatuto de los Trabajadores y la jurisprudencia que cita, alegando, en síntesis, que abierto el juicio la parte actora se afirma y ratifica en su demanda, salvo don F.J.R.S., que desiste de su impugnación por despido, y por lo tanto al haber desistido de la impugnación de la acción de despido la decisión empresarial devino firme y el contrato extinguido el 20/12/2017. Por lo que debe estarse a la tal decisión y siendo así que se exige que el contrato este vivo en el momento de dictarse la sentencia, lo que ya no ocurre en este caso, la acción derivada del art. 50 del E.T. había decaído y la sentencia impugnada incurre en error al estimar la acción de extinción del contrato por incumplimiento contractual grave del empresario. En efecto, habiendo desistido el actor recurrente de su impugnación por la acción de despido la decisión empresarial devino firme y el contrato extinguido en la fecha de efectos del despido,

lo que aconteció el día 20-12-2017, ya que es reiterada la doctrina que establece que para que prospere la acción de extinción del contrato a instancia del trabajador del art. 50.1. b) del Estatuto de los Trabajadores la relación laboral debe continuar viva a la fecha de la sentencia de instancia que así la declara, lo que no se produce en este caso respecto del actor recurrente y por lo tanto no procedía acoger la pretensión actora sobre la extinción del contrato de trabajo a instancia del trabajador referido ya que este desistió de la acción del despido llevado a cabo en fecha 5-12-2017 con efectos de 20-12-2017 y por ello se ha de fijar la cuantía de la indemnización no en la cantidad establecida en la sentencia, que se refiere a la relativa a la indemnización por extinción del contrato a instancia del trabajador, como si de despido improcedente se tratara, sino en la cuantía fijada en la carta de despido por razones objetivas, que asciende a 31.641,12 euros, cantidad que no consta abonada alegando falta de liquidez. Manteniéndose el resto de los conceptos adeudados para este trabajador en cuanto a los salarios e intereses. Razones que llevan a estimar el recurso y a revocar la sentencia de instancia.

FALLO

Que estimando el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada del actor Don F.J.R.S. frente a la sentencia del Juzgado de lo Social número Dos de los de Valencia, de fecha 22 de mayo de 2018, dictada en virtud de demanda interpuesta, entre otros por el referido actor, a que se contrae el presente rollo, la revocamos en parte y en su lugar declaramos que la cantidad adeudada al citado actor por la empresa demandada A.C. S.L., por el concepto de indemnización por despido asciende a 31.641,12 euros, manteniéndose el resto de los pronunciamientos de la sentencia impugnada en lo que no se opongan a la presente resolución.

2441

Sentencia núm. 970, de 26 de marzo de 2019

Materia: Declaración de invalidez. Trabajadora afiliada al RGSS que ejerce su actividad laboral como peluquera. Solicitud declaración de invalidez. En el momento de solicitar la prestación la actora se encuentra en situación de desempleo.

Juzgado: Desestima la demanda y absuelve al organismo demandado de cuantos procedimientos se deducen en su contra.

Sala: Estima el recurso declarando a la actora afecta de una incapacidad permanente total para el ejercicio de su profesión habitual

Ponente: Ilma. Sra. D^a María Isabel Sáiz Areses.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- D^a. R.M.M.Q. 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 peluquera solicitando con carácter subsidiario la incapacidad permanente en grado de parcial.

La sentencia de instancia desestima la demanda y confirma las resoluciones dictadas por el INSS 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 afecta de una incapacidad permanente total o subsidiariamente parcial.

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 que se adicione un hecho probado quinto con la siguiente redacción: *“Actualmente la actora sufre además de una crisis periférica asociada a lupus conocido, una hernia discal L5-S1 extruida y una lesión radicular L5 derecha crónica (RADICULOPATÍA) de grado moderado severo tal como informa en 3-1-17 NEUROFISIOLOGÍA del hospital universitario de Sant Joan (Folio 26 de autos).*

A dicho nivel por URGENCIAS QUIRÚRGICAS del mismo hospital, se objetiva en 27-5-17 cambios postquirúrgicos con presencia de tejido fibrosocicatricial alrededor del saco tecal vertiente derecha y agujero de conjunción derecho en L5-S1 (Folio 32); todo lo cual se ratifica con el TAC de 18-7-2017 de columna lumbar (Folio 34) que reitera la obliteración de la grasa epidural que rodea la vertiente derecha del saco tecal, la grasa del agujero de conjunción y la que rodea a las raíces L5-S1 derechas, que sugiere a la postre fibrosis postquirúrgica; así como la impronta de localización paracentral derecha en relación con el dispositivo intersomático, levemente desplazado en sentido posterior.

Con lo que (tal y como indica el INFORME DE REUMATOLOGÍA de la AVS de 09-08-2017, folio 35-36), persiste torpeza, debilidad y dolor en la pierna derecha básicamente como consecuencia de esa radiculopatía que califica dicho servicio como SEVERA.”

Argumenta la parte recurrente que conforme a la doctrina del Tribunal Supremo debe recogerse la evolución de las dolencias padecidas por la actora a la fecha del acto de juicio y así en concreto la evolución de la patología a nivel L5-S1 y que sin embargo la Sentencia de instancia entiende que no debe ser objeto del

procedimiento. En este sentido y concluyendo en la necesidad de estar al estado del lesionado a la fecha del acto de juicio, se viene pronunciando la Jurisprudencia, y así entre otras la STS de 5-3-13 (RCUD 1453/2012) citada por la parte recurrente, que indica: *"la doctrina jurisprudencial de esta Sala IV ha perfilado y concretado cual es el alcance de la indicada exigencia de correlación entre vía administrativa y proceso. Hemos señalado que "este mandato no puede conducir, como arguye la Sentencia de esta Sala de 28 junio 1994, a la creencia de que se invierte la relación entre vía administrativa previa y proceso y «se subordina éste a aquélla con las graves consecuencias que de ello se derivan desde la perspectiva del principio de legalidad, del principio "iura novit curia" y, en general, de los principios que rigen la carga de la alegación y de la prueba de los hechos en el proceso" (STS de 2 febrero 1996 (RJ 1996, 843) -rcud. 1498/1995 - y 27 marzo 2007 (RJ 2007, 3189) -rcud. 2406/2006 -, en alusión a la STS de 28 junio de 1994 (RJ 1994, 6319) , dictada por el Pleno de la Sala en el rcud. 2946/1993). Esa misma doctrina fue seguida por la STS de 7 de diciembre de 2004 (RJ 2005, 1593) (rcud. 4274/2003), en la que se recordaba que la Sala no ha considerado hechos nuevos ajenos al expediente las dolencias que sean agravación de otras anteriores, ni las lesiones o enfermedades que ya existían con anterioridad y se ponen de manifiesto después, ni siquiera las que existían durante la tramitación del expediente pero no fueron detectadas por los servicios médicos. Se trata de una doctrina que ha tenido plasmación positiva en el texto de la LRJS -si bien no era aplicable al proceso de instancia por razones temporales-, cuyo art. 143.4 incorpora la posibilidad de incorporar hechos distintos si son nuevos o se hubieran podido conocer con anterioridad. En el presente caso se trata, sin duda de la misma enfermedad cardíaca, cuyo grado de afectación se pone de relieve por una prueba quirúrgica posterior a la resolución administrativa que pone fin a la vía previa -la colocación del stent-, de la que lógicamente se puede extraer el nivel de deterioro cardíaco del demandante".*

Conforme a la doctrina expuesta, no se consideran hechos nuevos la agravación de una dolencia que ya presentaba la actora cuando se instruyó el expediente administrativo y derivado de ello es ajustado a derecho reflejar el estado patológico de la actora a la fecha del acto de juicio conforme a lo interesado por la recurrente, haciendo referencia a los informes y pruebas realizadas en fechas posteriores al dictamen del EVI en los términos que se recogen en la revisión fáctica interesada, si bien sin reflejar las apreciaciones subjetivas que se realizan en el texto propuesto, así en el último inciso del mismo haciendo constar la causa de la torpeza y dolor en la pierna derecha cuando nada de ello se refleja en el documento citado al efecto, haciéndose ya referencia en el relato fáctico a la hernia discal extruida que fue intervenida y no mencionando los informes citados en la revisión propuesta la presencia actual de una crisis periférica asociada al lupus conocido, salvo la ya recogida también en el relato fáctico. Derivado de ello la revisión propuesta se admite en los siguientes términos: *"Actualmente la actora sufre una lesión radicular L5 derecha crónica (RADICULOPATÍA) de grado moderado severo tal como informa en 3-1-17 NEUROFISIOLOGÍA del hospital universitario de Sant Joan (Folio 26 de autos).*

A dicho nivel por URGENCIAS QUIRÚRGICAS del mismo hospital, se objetiva en 27-5-17 cambios postquirúrgicos con presencia de tejido fibrosociatricial alrededor del saco tecal vertiente derecha y agujero de conjunción derecho en L5-S1 (Folio 32); todo lo cual se ratifica con el TAC de 18-7-2017 de columna lumbar (Folio 34) que reitera la obliteración de la grasa epidural que rodea la vertiente derecha del saco tecal, la grasa del agujero de conjunción y la que rodea a las raíces L5-S1 derechas, que sugiere a la postre fibrosis postquirúrgica; así como la impronta de localización paracentral derecha en relación con el dispositivo intersomático, levemente desplazado en sentido posterior.

El INFORME DE REUMATOLOGÍA de la AVS de 09-08-2017, folio 35-36) indica que persiste torpeza, debilidad y dolor en la pierna derecha"

TERCERO.- Formula el recurrente un segundo motivo de recurso al amparo del apartado c) del artículo 193 LRJS denunciando la infracción de lo dispuesto en los artículos 194-4 y 194-3 conforme a la redacción dada por la DT 26 de la LGSS aprobada por Rdleg 8/2015 de 30 de Octubre, alegando que las dolencias que presenta la demandante le imposibilitan para su profesión habitual de peluquera y en cualquier caso le ocasionan una disminución no inferior al 33 por 100 en su rendimiento normal para dicha profesión, alegando también como infringido el artículo 143-4 LRJS.

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 Rdleg 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 en el artículo 137.3 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 cualitativo 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 los requisitos para ser tributaria de la incapacidad permanente interesada en la demanda y escrito de recurso, debemos partir de las dolencias y limitaciones funcionales que recoge el relato fáctico, así como la evolución y agravación de tales dolencias a la fecha del acto de juicio. A la vista de ello y conforme a la revisión fáctica que hemos accedido a realizar, si bien en relación a la artritis periférica asociada al lupus la situación de la

actora está estable y únicamente consta un brote resuelto, la patología de columna lumbar con una hernia discal extruida que fue intervenida con discectomía y artrodesis, sí ha evolucionado y a la fecha del acto de juicio se objetivaba una fibrosis postquirúrgica que oprime el saco tecal, la persistencia de torpeza, debilidad y dolor en la pierna derecha donde tuvo la radiculopatía confirmándose la persistencia mediante nuevo estudio neurofisiológico de una radiculopatía severa (informe obrante al folio 36). Poniendo en relación dichas secuelas y limitaciones con las tareas propias de su profesión habitual de peluquera que exige permanecer en bipedestación y deambulación la práctica totalidad de la jornada con lo que ello implica de sobrecarga de columna lumbar y de los miembros inferiores, consideramos que no puede desarrollar dicho trabajo y las tareas fundamentales del mismo en condiciones mínimas de rendimiento, eficacia y habitualidad por lo que sí reúne los requisitos para ser tributaria de la incapacidad permanente total interesada, sin perjuicio de que puesto que está pendiente de revisión quirúrgica, en su caso mejore su situación patológica y deje de reunir los requisitos para lucrar dicha prestación. En consecuencia, estimamos el recurso formulado, y revocando la Sentencia de instancia declaramos a la actora en situación de incapacidad permanente total para su profesión habitual con derecho a percibir una pensión equivalente al 55% de la base reguladora mensual de 857,33 euros con los incrementos y revalorizaciones que legalmente procedan y efectos del 27-9-2016, fecha del dictamen del EVI, todo ello conforme se recoge en la Sentencia de instancia y no se discute por las partes.

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 el recurso de suplicación interpuesto por D^a R.M.M.Q. contra la sentencia de fecha quince de diciembre del Dos Mil Diecisiete, dictada por el Juzgado de lo Social número 7 de Alicante en autos 705/2016 seguidos a instancias del recurrente frente al INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL sobre INCAPACIDAD PERMANENTE, debemos de revocar la Sentencia de instancia y en su lugar estimar la demanda y reconocer a la demandante la situación de incapacidad permanente Total para su profesión habitual derivada de enfermedad común y con derecho a percibir con cargo a la Entidad Gestora una pensión vitalicia equivalente al 55% de la base reguladora mensual de 857,33 euros con efectos del 27-9-2016.

Sin costas.

2442

Sentencia núm. 999, de 2 de abril de 2019

Materia: Minusvalía. Actor declarado incapaz nombrándose tutora del mismo a su madre. El actor tiene reconocida una pensión de invalidez no contributiva. La madre es beneficiaria de una pensión por hijo a cargo. El actor tiene declarada una discapacidad del 95% física y psíquica. Incompatibilidad de prestaciones. Extinción de prestación de invalidez no contributiva por incompatibilidad con prestación por hijo a cargo. Devolución cantidad indebidamente percibida. Aplicación art. 189.3 LGSS y artículo 361.3 del TRSS.

Juzgado: Desestima la demanda, absolviendo a la parte demandada de los pedimentos formulados de contrario. Procede la devolución de las cantidades indebidamente recibidas.

Sala: Desestima el recurso y confirma la sentencia. La recurrente no puede compatibilizar la prestación no contributiva de hijo minusválido con la de hijo a cargo por el periodo en el que coinciden ambas prestaciones debiendo devolver las cantidades indebidamente percibidas de una de ellas.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Frente a la sentencia dictada el 20 de diciembre de 2017 por el Juzgado de lo Social número 17 de Valencia, recurre en suplicación la Letrada de D. J.M.R.L., al que representa su tutora legal y madre Doña F.T.L.P., al desestimarse su demanda, interpuesta frente a la Conselleria d'Igualtat i Polítiques Inclusives de la Generalitat Valenciana.

SEGUNDO.- Al amparo del apartado b) del art. 193 LRJS, se formula el primero de los motivos de recurso, en el que se realizan distintas peticiones, que pasamos a exponer a continuación:

1º.- Se propone en primer lugar revisar el hecho probado séptimo para que tenga el siguiente redactado: *“El Sr. J.M.R.L., titular de una pensión no contributiva por invalidez, percibe la misma desde el 1 de agosto de 1998. La Sra. L., titular de la prestación familiar por hijo a cargo, está percibiendo la prestación desde Septiembre de 2010”.*

La redacción que se propone no aportaría nada nuevo a la resolución recurrida, ni sería relevante a efectos de modificación de su fallo, pues en hechos probados ya se identifica quién cobra cada una de las pensiones y desde cuándo, no discutiéndose su titularidad.

2º.- En segundo lugar, se pide la modificación del hecho probado octavo en el siguiente sentido: *“El 21 de septiembre de 2015 (fecha de salida) la Dirección Provincial del INSS dictó resolución comunicando a la Sra. L. que había detectado que era beneficiaria de pensión/subsidio de las que el art. 30 del Decreto 1335/2005, de 11 de noviembre, establece que son incompatibles con la prestación familiar por hijo a cargo, e instaba a la actora a ejercitar la opción por la prestación por hijo a cargo o por la prestación incompatible, en el plazo de 10 días. La actora ejercitó la opción el 12 de enero de 2016 por la prestación por hijo a cargo. El INSS en fecha 29 de abril de 2018 (fecha de salida), comunicó a la Conselleria de Igualdad y Políticas*

Inclusivas, la incompatibilidad de ambas prestaciones y la opción ejercida por la Sra. L.”.

Lo único que difiere del texto propuesto al que figura en la resolución recurrida es la fecha de salida de la comunicación del INSS a la Conselleria, pero la recurrente no indica en qué documento se basa ni su posición en los autos para proponer la misma, por lo que ha de ser rechazada.

3º.- En tercer y último lugar, se propone la siguiente redacción del hecho probado noveno: *“La cuantía mensual de la prestación familiar por hijo a cargo, otorgada por resolución de fecha 20 de octubre de 2010, se abona desde la fecha de la solicitud, el 9 de septiembre de 2010, a razón mensual de 551,90 euros”.*

No se relaciona ningún documento en el que consten las fechas indicadas, por lo que no puede acceder a su incorporación a la sentencia de instancia. Por lo demás, el importe de la prestación ya aparece registrado en el hecho probado, por lo que no procede añadir la fecha que se indica por la recurrente.

TERCERO.- Al amparo del apartado c) del art. 193 LRJS, se formula el segundo motivo de recurso en el que se denuncia la infracción de los arts. 138 y 181 LGSS en relación con lo dispuesto en el art. 182 del mismo Texto Legal. (TR 1/1994).

Sostiene el recurrente que incurre la Juez a quo en un error al considerar que existe un único beneficiario para las prestaciones de invalidez no contributiva y por hijo minusválido a cargo.

Que en el expediente administrativo tramitado para acceder a la prestación titularidad de la Sra. L. no se advirtió en ningún caso que la misma era incompatible con la de su hijo, que la venía percibiendo desde hacía doce años.

Y que el anuncio de dicha incompatibilidad mucho tiempo después es desproporcionado, pues debió informarse a la representante del actor de dicha circunstancia cuando en 2010 solicitó la prestación por hijo minusválido a cargo.

Por otro lado, se apunta también a la infracción del art. 146.1 LRJS en relación con lo dispuesto en el art. 106 LRAP y PAC y el art. 3.2 CC, así como sentencias del Tribunal Supremo que cita.

Lo que parece argumentar la recurrente trayendo a colación precepto procesal citado, es que la Administración no pudo de oficio revisar el acto declarativo de derecho por el que se concedió la prestación que ahora se revoca, sino que debió acudir a los Tribunales mediante la oportuna demanda para hacer valer la posibilidad de revocar aquél.

Antes de resolver las cuestiones que se nos plantean, deben reproducirse los hechos declarados probados en la sentencia de instancia que servirán de base a la presente resolución. Son los siguientes:

1.- El actor, nacido en 1975 fue declarado incapaz en 2015 nombrándose tutora a su madre. Tiene reconocida una minusvalía del 95% desde el año 1991.

2.- En 1998 solicitó una pensión de invalidez no contributiva, que le fue reconocida por resolución de febrero de 2000, con reconocimiento de atrasos desde el 1-8-98 hasta el 29-2-2000 pero que nunca se cobró porque se advirtió que era causante de una prestación familiar por hijo a cargo que vino percibiendo su padre desde el año 1996 (pese a constatarse esta circunstancia en hechos probados el recurrente reconoce que lleva percibiendo pagos desde el año 1998). En el año 2010,

la madre del actor solicitó prestación por hijo a cargo que también le fue reconocida y que viene cobrando desde entonces.

3.- El 21-12-15 el INSS dicta resolución comunicando a la Sra. L. que había detectado que era beneficiaria de pensión/subsidio incompatible con la prestación familiar por hijo a cargo, e instaba a la actora a ejercitar la opción por la prestación por hijo a cargo o por la prestación incompatible, ejercitando dicha opción la Sra. L. por la prestación por hijo a cargo.

4.- Por resolución de 27-4-2016 se acuerda la extinción de la pensión de invalidez no contributiva del actor por “ser causante de la prestación incompatible por hijo a cargo”, declarando indebidamente percibida 24.583,14 euros correspondientes al periodo coincidente de 1-4-12 al 30-11-15.

La primera cuestión que debamos resolver es si la Administración podía de oficio revertir el reconocimiento de la invalidez no contributiva sin necesidad de demanda judicial previa, y la respuesta ha de ser positiva.

En primer término, hemos de apuntar que aun cuando la parte impugnante sostiene en su escrito de impugnación que esta cuestión es novedosa y no se planteó en el juicio, lo cierto es que se trata de un tema de orden público procesal y por tanto la Sala no se encuentra vinculada a lo que pudo alegarse o no en la instancia, debiendo velar en su caso por el cumplimiento del procedimiento correcto para revisar el acto declarativo del derecho.

En segundo lugar, conforme a lo dispuesto en el art. 146.1 LRJS, las Entidades, órganos u Organismos gestores, o el Fondo de Garantía Salarial, no podrán revisar por sí mismos sus actos declarativos de derechos en perjuicio de sus beneficiarios, debiendo, en su caso, solicitar la revisión ante el Juzgado de lo Social competente, mediante la oportuna demanda que se dirigirá frente al beneficiario del derecho reconocido.

Se exceptúan de lo dispuesto anteriormente, la rectificación de errores materiales o de hecho y los aritméticos, así como las revisiones motivadas por la constatación de omisiones o inexactitudes en las declaraciones del beneficiario.

Si ello es así, se constata por esta Sala que sí existieron inexactitudes u omisiones por parte de la madre del actor que permitían revisar de oficio el reconocimiento de la prestación. No consta que, al momento de solicitarse la prestación por hijo minusválido a cargo, la demandante pusiera en conocimiento de la Administración que el Sr. R., declarado incapaz, y del que es su representante, percibiera una prestación.

Tal omisión incidió directamente en el reconocimiento de la prestación, que no se hubiera otorgado, máxime si se conociera el dato anterior, más que relevante. Y por ello, puede la Administración revisar el reconocimiento del derecho sin necesidad de interponer demanda, al concurrir una de las excepciones legales que habilitan dicha posibilidad.

Por lo que respecta al fondo del asunto, y que no es otro que determinar si las pensiones percibidas por madre e hijo eran incompatibles y por ende, si debe devolverse la cantidad reclamada, la respuesta ha de confirmar la resolución de instancia.

Dispone el art. 189.3 LGSS (TR 1/1994) que la percepción por las asignaciones económicas por hijo minusválido a cargo, establecidas en el apartado 2, párrafos b) y c), del art. 182 bis, será incompatible con la condición, por parte del hijo, de pensionista

de invalidez o jubilación en la modalidad no contributiva. Dicha incompatibilidad se reitera en el art. 361.3 del vigente TRLGSS.

Se ha de citar por otro lado, el contenido de la STS de 15-06-2010, rcud. 2683/2009 en la que se argumenta lo siguiente:

"(...)Hay que indicar que el artículo 189 de la Ley General de la Seguridad Social bajo el epígrafe "incompatibilidades", establece en su apartado 3, en la redacción dada por la Ley 8/2005 de 6 de junio lo siguiente: " La percepción de las asignaciones económicas por hijo minusválido a cargo, establecidas en el apartado 2, párrafos b) y c) del artículo 182 bis, será incompatible con la condición, por parte del hijo, de pensionista de invalidez o jubilación en la modalidad no contributiva."

Tal y como resulta del relato fáctico de la sentencia de instancia, el actor tiene reconocida una minusvalía del 69%, percibiendo desde el año 2003 la prestación por hijo a cargo, minusválido, -que se le reconoció a su padre (artículo 182.2 de la Ley General de la Seguridad Social)-, siendo asimismo beneficiario de una pensión de invalidez no contributiva, por lo que, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 189.3 de la Ley General de la Seguridad Social , tales prestaciones son incompatibles y, habiendo optado el actor por el percibo de la prestación de invalidez no contributiva, dicha prestación es la que le corresponde percibir."

Es cierto que en el supuesto analizado por la Sala Cuarta el beneficiario de ambas prestaciones es el mismo, lo que no ocurre en el caso que ahora analizamos, pues mientras que el Sr. Requena es beneficiario de la invalidez no contributiva, su madre es la beneficiaria de la prestación por hijo minusválido a cargo.

Ahora bien, no puede obviarse un dato más que relevante para confirmar el fallo de la instancia, que no es otro que el actor fue declarado incapaz por sentencia judicial en 2015, nombrándose tutora a su madre.

Si ello es así, ante la existencia de prestaciones incompatibles, era la Sra. López la que debía optar entre la que era más beneficiosa, máxime cuando su hijo, habiendo sido incapacitado, nunca podría ejercitar dicha opción.

Por tanto, habiendo elegido percibir la prestación por hijo minusválido a cargo frente a la percibida por su hijo, esta última nunca debió abonarse en periodo coincidente con aquélla, y por ende, siendo la incompatibilidad entre ambas de tipo legal, no cabe sino confirmar la resolución de instancia, debiendo devolverse las cantidades reclamadas por la Conselleria, en consonancia con lo previsto por la Juez de instancia.

CUARTO.- No procede la imposición de costas al recurrente, al gozar el mismo 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 D. J.M.R.L., representado por su tutora legal DOÑA F.T.L.P. frente a la Sentencia dictada el 20 de diciembre de 2017 por el Juzgado de lo social número 17 de Valencia, en autos número 681/2016 seguidos a instancia del precitado recurrente frente a la CONSELLERIA DE BIENESTAR SOCIAL DE LA GENERALITAT VALENCIANA; y, en consecuencia, confirmamos íntegramente la resolución recurrida. Sin imposición de costas.

2443

Sentencia núm. 1.005, de 2 de abril de 2019

Materia: Despido y reclamación de cantidad. Aparejador que presta servicios para empresa demandada con contrato de trabajo eventual por circunstancias de la producción. El actor es despedido de la empresa por falta muy grave del art. 101 b) del convenio general del sector de la construcción. Improcedencia el despido. Reclamación de salarios y reconocimiento complemento de discapacidad del actor.

Juzgado: Estima en parte la demanda y declara improcedente el despido condenando igualmente a la empresa demandada a abonar determinada cantidad por los conceptos salariales reclamados, más otra en concepto de interés por mora.

Sala: Estima el recurso y revoca parcialmente la demanda, confirmándola sobre el resto de pronunciamientos de la instancia. Una vez acreditada la discapacidad del actor, procede reconocer el complemento en la cuantía reclamada.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Dictada sentencia por el Juzgado de lo Social número 16 de Valencia por la que se estimaba en parte la demanda interpuesta por D. S.V.G. frente a la empresa T.L. S.L, recurre en suplicación el actor, al no estar conforme con el fallo de la recurrida que no acogía su pretensión de serle abonado el complemento de discapacidad reconocido en convenio colectivo.

SEGUNDO.- En el primer motivo de recurso, redactado al amparo del apartado b) del art. 193 LRJS, se solicita la revisión del hecho probado cuarto, para que se añada a su redacción que el actor, junto con fotocopia de carnet en el que aparece un grado de discapacidad de 38%, ha aportado también "Modelo 145 de retenciones donde consta la minusvalía del demandante en el que consta la firma y sello de la empresa demandada que se da por enterada de que existe minusvalía".

La revisión ha de ser acogida parcialmente, pues efectivamente consta en autos dicho Modelo en el que figura el sello y firma de la empresa, sin que proceda añadir la previsión de que la demandada se da por enterada de la existencia de minusvalía, pues constituye una conclusión de parte fruto de la valoración de dicha documental.

TERCERO.- Se pide en el segundo motivo que se proceda a la revisión del fundamento de derecho 3.d) de la resolución de instancia, entendiéndose esta Sala que dicho motivo se redacta al amparo del apartado c) del art. 193 LRJS.

Y decimos esto por cuanto que lo que se combate por el recurrente es la denegación por parte del Juez a quo del abono del complemento por discapacidad previsto en el art. 14.c) del convenio colectivo de aplicación. En definitiva, lo que se persigue es combatir el derecho aplicado en sentencia, y en dicho sentido será resuelto el motivo que nos ocupa.

Sostiene el trabajador que la empresa sí tenía conocimiento del hecho de haberle sido reconocido al Sr. V. un grado de discapacidad del 38% y que por tanto tiene derecho a que le sea abonado el complemento reclamado.

El art. 14.c) del convenio colectivo del sector de la construcción y obras públicas de la provincia de Valencia prevé que los trabajadores que, reconocidos por el organismo oficial correspondiente, acrediten los grados de discapacidad que se recogen en dicho precepto, percibirán como complemento personal las cantidades que se detallan.

Para una discapacidad del 33% o superior, se prevé una cuantía de 39,59 euros brutos por mes.

El Juez de instancia entendió que dicha cantidad no era abonable al trabajador demandante por dos motivos: a) El primero, porque el trabajador no había acreditado ante la empresa tener cualquier grado de discapacidad (se dice que no consta así ni en el contrato, no en la documentación presentada ante la TGSS a efectos de cotizaciones); b) El segundo, que la documentación aportada para acreditar la discapacidad no era suficiente, al no constatarse su vigencia, siendo el carnet aportado antiguo.

Sin embargo, esta Sala no puede estar conforme con dicha conclusión. Decimos esto por cuanto consta efectivamente que la empresa estampó su sello y firma en el Modelo 145 de retenciones en el que figura que el actor tiene reconocido un grado de discapacidad superior al 33% e inferior al 65%, estando fechado dicho documento a 1 de marzo de 2018.

Ello choca frontalmente con el documento número 1 de los aportados por la empresa, al que se refiere el Juez de instancia, en el que en el informe de datos para la cotización no consta grado de discapacidad alguno, siendo que este último documento está fechado a 1 de febrero de 2018, data anterior al 1 de marzo, cuando se pone en disposición de la empresa el Modelo 145.

Por otro lado, se dice por el Juez a quo que el carnet que se aportó no acredita el grado de discapacidad alegado por el recurrente, pues este último puede verse revisado. Pero lo cierto es que en dicho documento consta que la validez del mismo es "permanente" por lo que nada hace pensar que haya sido revertida la situación de discapacidad reconocida en el mismo.

Por tanto, acreditada la condición de discapacitado, procede reconocer el complemento en la cuantía reclamada, que asciende a 215,11 euros, pues el convenio colectivo no condiciona su abono al hecho de que tal circunstancia sea conocida por la empresa sino a la simple acreditación de dicha condición, que ha sido corroborada en los presentes autos.

CUARTO.- No procede la imposición de costas, al no existir parte vencida en el recurso.

Por todo lo anteriormente expuesto

FALLAMOS

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de D. S.V.G. frente a la sentencia dictada el 17 de diciembre de 2018 por el Juzgado de lo Social número 16 de Valencia, en autos número 823/2018 seguidos a instancia del precitado recurrente frente a la empresa T.L. S.L; y con revocación parcial de la precitada resolución, condenamos a la citada empresa a abonar al actor la cantidad de 215,11 euros en concepto de complemento de discapacidad, manteniendo el resto de pronunciamientos del fallo. Sin imposición de costas.

2444

Sentencia núm. 1.037, de 2 de abril de 2019

Materia: Reclamación de cantidad. Profesional ATS que ejerce su actividad en centro hospitalario. La trabajadora sufre baja derivada de incapacidad permanente total por patología grave con causa en actividad laboral. Indemnización por daños y perjuicios y por lucro cesante. Prescripción acción para solicitar indemnización por lucro cesante. Cómputo tiempo.

Juzgado: Estima en parte la demanda, condenando a la administración estatal a que abone a la parte actora determinada cantidad por los conceptos reclamados en la demanda.

Sala: Desestima el recurso de la parte actora y confirma la sentencia de instancia. La Sala considera ajustada a derecho la apreciación de prescripción de la indemnización por lucro cesante, al haber transcurrido el plazo establecido para poder tener opción a reclamarlo.

Ponente: Ilma. Sra. D^a. María Isabel Sáiz Areses.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- D^a. T.L.V. interpone demanda frente al MINISTERIO DE DEFENSA en reclamación de resarcimiento de daños y perjuicios con causa en accidente de trabajo, solicitando se condene a la demandada a abonar al actor la suma de 4.231,50 euros por diferencia en el periodo del 1-1-2014 al 31-12-2014 entre la retribución que le hubiere correspondido de permanecer en activo y la prestación percibida por incapacidad permanente absoluta.

La Sentencia de instancia estimó en parte la demanda tras acoger la prescripción alegada y condeno a la demandada a abonar a la actora el importe de 604,50 euros por los conceptos reclamados en la demanda y frente a dicho pronunciamiento se alza la parte actora recurriéndola en suplicación y solicitando la revocación de la Sentencia de instancia dejándola sin efecto y en su lugar que se dicte otra por la que se estime íntegramente la demanda y condene a la parte demandada al abono a la parte actora de la cantidad de 4.231,50 euros en concepto de indemnización de lucro cesante producido desde el 1-1-2014 al 31-12-2014. La parte demandada impugnó el recurso.

SEGUNDO.- La parte actora articula su recurso a través de tres motivos de suplicación formulados todos ellos al amparo del apartado c) del artículo 193 LRJS al objeto de examinar las infracciones de normas sustantivas o Jurisprudencia. Nos encontramos en este caso en un supuesto en el que ya en distintos pleitos anteriores se ha establecido por Sentencias firmes reflejadas en el relato fáctico de la Sentencia recurrida que la demandante contrajo hepatitis C en su trabajo como ATS en el H.M.V. y que ello tuvo por causa la falta de formación y de medidas prevención de contagios en el trabajo. En Sentencias firmes la demandante ha obtenido distintas cantidades por el concepto de daños y perjuicios y en concreto en dos pleitos anteriores se le ha reconocido el derecho a percibir una indemnización por lucro cesante por las diferencias retributivas entre las percepciones que le hubieran reconocido de haber permanecido en activo y el importe de la prestación que se le abona por la incapacidad permanente absoluta que tiene reconocida por sentencia con efectos del 5-4-2007. En la primera Sentencia referida a la indemnización por lucro cesante se le reconocen tales diferencias por el periodo desde los efectos de la incapacidad permanente absoluta y el 31-12-2009 y en otra dictada el 13-6-2016 y confirmada por esta Sala se le reconoce el periodo referido al ejercicio 2013, formulándose ahora una pretensión similar si bien reclamando las diferencias

referidas al ejercicio 2014, formulando reclamación previa el 23-12-2015 y la demanda iniciadora del procedimiento el 29-4-2016.

En el primero de los motivos de recurso se denuncia la infracción por indebida aplicación del artículo 59-2 ET e infracción por inaplicación del artículo 1966-3 del código civil, argumentando que la Sentencia de instancia aplica el artículo 59-2 ET previsto para las acciones que no se pueden ejercer una vez extinguida la relación laboral y que como en el caso de la actora la relación laboral está extinguida por la incapacidad permanente absoluta, el precepto que en todo caso sería aplicable sería el artículo 1966-3 del código civil que recoge un plazo prescriptivo de cinco años. No podemos apreciar las infracciones alegadas por la parte recurrente pues el artículo 59 ET aplicado por la Sentencia recurrida es el que debe tenerse en cuenta en este caso en el que nos encontramos ante una relación laboral en la que se ejercita una acción de reclamación de daños y perjuicios frente al empresario en el marco de tal prestación de servicios laboral. Así el artículo 59 ET señala que "1. Las acciones derivadas del contrato de trabajo que no tengan señalado plazo especial prescribirán al año de su terminación.

A estos efectos, se considerará terminado el contrato:

a) El día en que expire el tiempo de duración convenido o fijado por disposición legal o convenio colectivo.

b) El día en que termine la prestación de servicios continuados, cuando se haya dado esta continuidad por virtud de prórroga expresa o tácita.

2. Si la acción se ejercita para exigir percepciones económicas o para el cumplimiento de obligaciones de tracto único, que no puedan tener lugar después de extinguido el contrato, el plazo de un año se computará desde el día en que la acción pudiera ejercitarse....."

Lo que se ejercita en el presente caso es una acción para exigir percepciones económicas y no una obligación de tracto único que no puede tener lugar después de extinguido el contrato, en concreto se ejercita una reclamación de daños y perjuicios por lucro cesante, en cuyo caso el plazo de un año debe computarse desde el día en que la acción pudiera ejercitarse, lo que por otro lado se corresponde con lo que señala el artículo 1969 del Código Civil. De este modo, el Estatuto de los Trabajadores recoge de manera clara cuál es el plazo prescriptivo en el caso de las acciones derivadas de la relación laboral y aun cuando en este caso la relación laboral finalizó por la declaración de incapacidad permanente absoluta de la actora, como se ejercita una acción de reclamación de cantidad por lucro cesante derivado de las diferencias retributivas entre lo que hubiera percibido de continuar en activo y lo que percibe por la incapacidad permanente absoluta, que se van devengando a medida que se va percibiendo la pensión, pudiendo reclamarse también tras la extinción del contrato, es de plena aplicación lo previsto en el referido apartado 2 de dicho precepto, no resultando de aplicación el artículo 1966 del código civil citado por el recurrente y que se refiere al cumplimiento de las obligaciones de tipo civil y no laboral como la que aquí se analiza. No podemos por ello apreciar las infracciones denunciadas y debemos desestimar este primer motivo de recurso.

TERCERO.- En el segundo motivo de recurso se denuncia la infracción de la doctrina Jurisprudencial sobre los daños continuados, refiriéndose la parte actora a la Sentencia del TS de 10 de Junio del 2009 (RCUD 1333/2008) y señalando que en este tipo de daños el dies a quo no comienza sino desde el momento en que cesan los efectos, citando a su vez también la STS de 16 de noviembre del 2010 (RC 1483/2009) y otras que se reflejan en el escrito de recurso también referidas a los daños de producción sucesiva e ininterrumpida. Sin embargo dicha doctrina Jurisprudencial no es de aplicación al presente supuesto pues no nos encontramos ante daños continuados y de producción sucesiva que es preciso esperar a que cesen sus efectos para valorar la entidad de tales daños y poder reclamar la indemnización

correspondiente sino que se trata de daños producidos por el lucro cesante, es decir por los ingresos dejados de percibir por la actora al haber sido declarada en situación de incapacidad permanente absoluta en lugar de seguir permaneciendo en activo en la demandada y tal lucro cesante se va produciendo al final de cada mensualidad que es cuando la demandante habría percibido sus salarios y cuando sin embargo percibe la pensión de incapacidad permanente absoluta, liquidándose tanto los salarios como la pensión mensualmente conforme a los preceptos indicados en la resolución recurrida, así el artículo 29 ET y el artículo 140 LGSS. Por ello a partir del último día de cada mensualidad, tras el abono de la pensión de incapacidad permanente absoluta puede la demandante reclamar el referido lucro cesante, comenzando a transcurrir el plazo del año prescriptivo, refiriéndose precisamente a ello el artículo 59 ET cuando indica que el cómputo del año comienza desde el día en que la acción pudiera ejercitarse. El daño por lucro cesante se produce en este caso mes a mes y se puede reclamar de esa misma forma sin necesidad de esperar a que se finalice la situación de incapacidad permanente de la trabajadora, que puede ser que nunca finalice, con la evidente inseguridad jurídica que contraviene precisamente el efecto al que se dirige la institución de la proscripción, para poder reclamar tal indemnización, que parece es lo que pretende con la alegación vertida en este motivo de recurso. No podemos por ello tampoco estimar este motivo de recurso.

CUARTO.- Finalmente el tercer motivo de recurso denuncia la infracción de la doctrina jurisprudencial sobre la excepcionalidad de la prescripción y su interpretación restrictiva, citando al afecto al Sentencia del TS de 24-11-2010 (Rec 3986/2009) y entendiendo que como la actora no ha hecho dejación de sus derechos pues ha ejercitado infinidad de reclamaciones judiciales, no puede verse perjudicada por el instituto de la prescripción que es de carácter restrictivo. Es cierto que en este caso la actora ha ejercitado distintos procedimientos en relación a la hepatitis C contraída en su puesto de trabajo y se le ha ido reconociendo en cada momento y según lo reclamado la pretensión que correspondía en cada caso incluida en dos ocasiones anteriores una indemnización por lucro cesante, pero desde la demanda presentada en el año 2014 en la que lo que se reclamaba era una indemnización por perjuicios del año 2013, no consta otra reclamación a la demandada hasta la reclamación previa presentada el 23-12-2015 solicitando indemnización por lucro cesante por el ejercicio 2014. En cada procedimiento la actora ha ido ejercitando distintas acciones y reclamando distintos conceptos indemnizatorios y desde luego que la indemnización por lucro cesante referida al año 2014 no consta que la haya reclamado en forma alguna hasta la reclamación previa del 23-1-2015 por lo que no puede ser de aplicación al presente supuesto la doctrina citada por la parte recurrente y habiendo transcurrido más de un año desde las mensualidades reclamadas por lucro cesante de enero del 2014 a noviembre del 2014 a la reclamación previa formulada al efecto el 23-12-2015, consideramos ajustada la apreciación de la prescripción por parte de la Sentencia de instancia, la cual procedemos a confirmar con la consiguiente desestimación del recurso formulado.

QUINTO.- De conformidad con lo establecido en el artículo 235 de la Ley de la Jurisdicción Social, no procede la imposición de costas dada la condición de la recurrente de beneficiaria del derecho a la asistencia jurídica gratuita.

Por ello;

VISTOS los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

FALLO

Que desestimamos el recurso de suplicación formulado por D^a. T.L.V. contra la Sentencia **dictada** el uno de febrero de 2018 por el Juzgado de lo Social número 2 de Valencia en autos nº 346/2016 seguidos a instancias de la recurrente frente al M.D. sobre CANTIDAD y acordamos confirmar íntegramente dicha Sentencia.

Sin costas.

2445

Sentencia núm. 1.048, de 2 de abril de 2019

Materia: Conflicto colectivo. Trabajadoras al servicio de empresas dedicadas al servicio de vigilancia. A los trabajadores les es de aplicación el convenio colectivo estatal de empresas de seguridad privada. Los trabajadores prestan su actividad en instalación aeroportuaria. Modificación del horario de trabajo de los trabajadores del puesto de filtros.

Juzgado: Desestimando la excepción de carencia alegada por la empresa demandada y estimando la demanda del sindicato demandante, declara la nulidad de la modificación operada, condenando a los demandados a pasar por esta declaración y a reponer a los trabajadores del puesto de filtros al horario realizado hasta la fecha de la modificación.

Sala: Desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia. Considera incumplidos los requisitos formales del procedimiento aplicable, por lo que la decisión empresarial ha de ser declarada nula debiendo reponerse a los trabajadores afectados al puesto que ocupaban con anterioridad.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia de instancia desestimó la excepción de carencia sobrevenida de objeto alegada por S. SA, y estimando la demanda deducida por el sindicato X.-CSI frente a P. SL, S. SA y los Sindicatos XX, XXX, S y XXX, declaro la nulidad de la modificación operada con efectos de 1-06-2018, condenando a los demandantes a estar y pasar por las consecuencias de dicha declaración y a S. SA a reponer a los trabajadores del puesto de filtros al horario realizado hasta el 31-05-2018.

Frente a esta sentencia interpone recurso de suplicación la parte demandada S., S.A., que es impugnado por la parte actora XX y por el Sindicato X. En el primer motivo del recurso se interesa la revisión de los hechos declarados probados con amparo procesal en el artículo 193, b) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, y en concreto pretende que al hecho probado segundo quinto se le adicione que “La mercantil S., conforme consta al hecho probado PRIMERO, presta el servicio desde el 12.06.2018, no habiendo realizado modificación alguna en el puesto de filtros Víctor 7 o salidas”. Adición fáctica que no puede prosperar, respecto de lo que consta en el hecho probado primero por razones obvias de no reiterar lo ya asentado. Y en cuanto a que no ha realizado ninguna modificación en el puesto de filtros debe recordarse que la referida empresa asumió la situación que le fue entregada por la empresa precedente Prosegur.

SEGUNDO.- Considera la parte recurrente que de una plantilla de 125 trabajadores aproximadamente, existe un filtro (Víctor 7 o salidas) que ocupa a 15 trabajadores/día, con rotación de todos los trabajadores en todos los puestos de trabajo existentes en el aeropuerto de M., que no realizó ninguna modificación, sino que se subrogó en el sistema de trabajo que había implantado ya la empresa saliente y que para valorar si se ha producido tal modificación, habría que valorar, que ya existía el sistema de turnos previo que no difiere del que se del que se plantea a partir del 1-6-18, discrepando de la argumentación realizada por el Juzgador “a quo” en el sentido de que por ello hay una “mayor irregularidad en la turnicidad” ya que los turnos son absolutamente regulares. Y que el trabajo en dicho filtro es realizado por los 125 trabajadores, con lo que la modificación operada, ni por la entidad, ni por el número de trabajadores afectados, puede considerarse sustancial. No se ve modificado el

sistema retributivo. Que la programación de los turnos se realiza teniendo en cuenta la hora más tardía de llegada de los vuelos y que el horario que finaliza a la 1:00, es una hora orientativa sujeta a modificación dependiente de la salida del último vuelo y la ronda preembarque, el VS con este turno asignado en cuadrante debe permanecer en su puesto de trabajo hasta la indicación del Víctor 3. En ningún caso se le dice al trabajador que se ha de marchar antes, sino justo lo contrario, que, en caso de retraso del vuelo, ha de permanecer en su puesto de trabajo, con el consiguiente devengo de horas extraordinarias a su favor, y no de débito de horas.

Motivo que no puede alcanzar éxito. Debe partirse de los hechos declarados probados en los que se establece que hasta el día 31-05-2018 el horario del puesto de filtros Víctor 7 o salidas, que ocupaba al menos a 15 personas, con 5 trabajadores en cada turno, era el siguiente en tres turnos de 8 horas cada uno: de 6 a 14 horas, de 14 a 22 horas y de 22 a 6 horas. En fecha 31-5-2018 por medio de correo electrónico PROSEGUR comunico a los trabajadores del puesto de filtros “adjuntamos su cuadrante de planificación P. Esto cancela y reemplaza cualquier planificación para el mismo periodo que usted habría recibido previamente” Desde el 1-6-2018 el horario de filtros, en turnos de 8 o 9 horas, pasa a ser el siguiente: de 3 a 11 horas, de 11 a 18 ó a 20 horas, y de 18 a 3 horas. El referido horario fue asumido por la empresa entrante y desde la referida fecha se produjo una modificación y dicha alteración horaria, por su entidad, debe ser considerada una modificación sustancial de las condiciones de trabajo, sin que conste acreditado que se fundamenta en el Pliego del servicio o en las necesidades de Aena, ya que el referido Pliego no consta aportado a autos, ni se encuentra justificada la actuación empresarial, que parece busca operar una flexibilidad en los turnos y en especial en la hora de finalización, que con anterioridad no se efectuaba y que en todo caso debió hacerse efectiva con las formalidades que establece a tales efectos el art. 41 del E.T. Y el Convenio de aplicación en su art. 54 establece que cuando las empresas por necesidades del servicio precisen la modificación de los horarios establecidos podrán cambiarlos de conformidad con el art. 41 del E.T., salvo en los supuestos previstos en el art. 52 de este Convenio Colectivo relativos al cuadrante anual, lo que tampoco se ha cumplido por las empresas codemandadas. Por lo que considerando incumplidos los requisitos formales del procedimiento aplicable, la decisión empresarial debe ser declarada nula, procediendo reponer a los trabajadores al horario que prestaban en el filtro controvertido hasta el 31-5-2018, y al haberlo entendido de ese modo la sentencia impugnada debe ser confirmada.

FALLO

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por S., SA contra la sentencia n.º 374 de fecha 23 de noviembre de 2018, dictada por el Juzgado de lo Social n.º 4 de Valencia (conflicto colectivo 558/2018) y, en consecuencia, confirmamos la sentencia recurrida.

Se decreta la pérdida del depósito efectuado para recurrir al que se dará el destino legal. La parte recurrente abonará en concepto de honorarios de letrado a cada parte impugnante del recurso la cantidad de 200 euros.

2446

Sentencia núm. 1.055, de 2 de abril de 2019

Materia: Reconocimiento de derecho. Trabajadora al servicio de compañía aérea con categoría profesional de agente administrativo. La actora es subrogada en las mismas condiciones por otra empresa de transporte aéreo. Reconocimiento del derecho al disfrute de billetes aéreos en los mismos términos que tenía en la empresa cedente. La nueva empresa no es una compañía aérea.

Juzgado: Estima la demanda declarando el derecho de la parte actora al uso de los billetes en los mismos términos y condiciones en que tenía reconocido tal derecho en la otra empresa.

Sala: Desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia. No puede negarse el derecho reconocida a la parte actora por la empresa cedente en caso de subrogación. No cabe sino mantener el derecho reclamado, sin perjuicio de adoptar las fórmulas adecuadas para hacer efectivo ese derecho respecto de empresas cesionarias que no sean compañías aéreas.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. Se recurre por la letrada designada por la sociedad mercantil G.A. 2015 UTE, la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 3 de Elche que estimó la demanda y declaró el derecho de la demandante “al uso de los billetes en los mismos términos y condiciones en que tenía reconocido tal derecho en I., L.A.E. SA OPERADORA, condenando a G.A.2015 UTE a estar y pasar por tal declaración y ello sin perjuicio de que, hasta que no se produzca un pacto expreso sobre esta materia, la obligación que incumba a la demandada sea la de compensar económicamente a la actora cuando ejercite su derecho en los términos que tenía reconocidos en I., L.A.E.SA OPERADORA”.

2. Se interpone el recurso al amparo del apartado c) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS), en el que se denuncia la infracción por la sentencia de instancia de lo dispuesto en el artículo 73.7 del III convenio colectivo general del sector de servicios de asistencia en tierra. Se argumenta por la empresa recurrente que el derecho reclamado por la actora está condicionada a la vigencia de la relación laboral con I. y, por consiguiente, no puede ser reconocido a quienes han pasado al servicio de otra empresa que, como ocurre en el caso de la demandada, no reúne las condiciones determinantes del derecho en cuestión pues no tiene flota propia de aviones.

3. El recurso no puede prosperar toda vez que la cuestión litigiosa ya ha sido resuelta por el Tribunal Supremo, tanto en las sentencias citadas por la resolución recurrida como en otras posteriores. Así, por ejemplo, en la de 28 de febrero de 2018 (rcud. 1092/2016) se argumenta lo siguiente:

“El problema controvertido ya ha sido unificado por la Sala en diversas sentencias, entre las que pueden citarse las SSTS 777/2016, de 27 de septiembre (rcud. 350/2015)- con la misma sentencia de contraste que en el presente supuesto-; 791/2016, de 30 de septiembre (rcud. 3930/2014) y de 29 de septiembre de 2016 (rcud. 882/2015), seguidas por las de 4 octubre 2016 (rcud. 689/2015), 3 mayo 2017 (rcud. 2356/2015), 19 julio 2017 (rcud 2845/2015), 3 octubre 2017 (rcud 2179/2015) y 25 enero 2018 (rcud 4030-2015).

En las mismas hemos considerado que el artículo 73.7 del II Convenio Colectivo del Sector de Handling es de una gran complejidad aplicativa. Su tenor literal establece: «Se respetará el derecho de utilización de billetes de avión en las condiciones en que esté establecido en el Convenio Colectivo de la Empresa cedente. Si la empresa cesionaria no fuera línea aérea podrá pactar la compensación de este derecho. Se acuerda crear un grupo de trabajo que en el plazo de tres meses a partir de la firma del presente convenio negocie la compensación de este derecho. En caso de desacuerdo, las partes podrán pactar el sometimiento de esta cuestión a arbitraje». Por ello, en las precitadas sentencias hemos entendido que la redacción del precepto suministra un argumento sólido a favor de la pretensión de la parte demandante: el convenio aplicable respeta "el derecho de utilización de billetes de avión en las condiciones en que esté establecido en el Convenio Colectivo de la Empresa cedente" de manera expresa, sin condicionante temporal; y que el mayor obstáculo material para el ejercicio del derecho (que el empleador no es compañía aérea) aparece contemplado y obviado por la redacción del precepto convencional referido que mantiene el derecho a disfrute de pasajes en condiciones ventajosas y contempla de forma expresa la hipótesis de que "la empresa cesionaria no fuera línea aérea".

Consecuentemente, el derecho en cuestión no desaparece, sino que se abre una nueva posibilidad en orden a su ejercicio: la empleadora "podrá pactar la compensación". Pero la posibilidad ofrecida sigue comportando la existencia de compensación patrimonial y, además, está sujeta al acuerdo, lo que no tiene nada que ver con la unilateral supresión del derecho que aquí ha generado este litigio. La ausencia de pacto en modo alguno comporta la inexigibilidad del derecho; todo lo contrario: lo deja sometido a los puros términos en que se pronuncia el convenio colectivo de la empresa cedente.

Por todo ello concluimos en que condicionar el derecho al nacimiento del pacto sería tanto como dejar al arbitrio de una de las partes el cumplimiento de la obligación, simplemente negándose a negociar, o imposibilitando un acuerdo sobre esas otras fórmulas. Por el contrario, lo que existe es el compromiso de las partes para la plena efectividad del derecho a la utilización de los billetes de avión, para lo cual las empresas, que no sean compañías aéreas, deberán desarrollar las fórmulas que sean precisas, con la sola excepción de que estas hubiesen alcanzado acuerdos para compensar de otra forma el disfrute del derecho, y a los que por ello habrá que estar. En el supuesto de que no se hubiese alcanzado pacto alguno sobre este particular, como es el caso, solo cabe cumplir el derecho en los términos establecidos en el convenio colectivo de la empresa cedente.

En definitiva, estando obligada la empresa cesionaria por el convenio colectivo del sector a respetar a los trabajadores subrogados, como garantías ad personam, el derecho de utilización de billetes de avión, en las condiciones en las que esté establecido en el Convenio colectivo de la cedente, no cabe sino mantener el derecho reclamado, sin perjuicio de que se adopten las fórmulas adecuadas para hacer efectivo ese derecho respecto de empresas cesionarias que no sean compañías aéreas."

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

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

FALLO

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de la sociedad G.A. 2015 UTE contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 3 de Elche de fecha 23 de octubre de 2017 (autos 245/2017) en virtud de demanda presentada a instancia de DOÑA S.G.M.; y, en consecuencia, confirmamos la sentencia recurrida.

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

Se condena a la parte recurrente a que abone al Letrado impugnante la cantidad de 600 euros.

2447

Sentencia núm. 1.061, de 2 de abril de 2019

Materia: Incidente concursal laboral. Resolución individual de contrato a instancia de la trabajadora. Cierre empresarial y liquidación de la entidad mercantil.

Juzgado: Estima la demanda y declara la extinción de la relación laboral que unía a la trabajadora con la mercantil demandada, por cierre empresarial y liquidación de la mercantil. La actora tiene derecho a una indemnización de 20 días trabajados por año de trabajo con un límite de 12 mensualidades.

Sala: Estima el recurso y revoca la sentencia de instancia dejando sin efecto la extinción contractual acordada.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- 1. El presente recurso se estructura en tres motivos formulados todos ellos con amparo procesal en el apartado c del artículo 193 de la LRJS. El Fondo de Garantía Salarial considera, según expone en todos ellos, que la resolución del Juzgado Mercantil infringe lo dispuesto en los artículos 8.2 y 64 de la LC en relación con lo dispuesto en los artículos 1.2 a, 6, 8 y 10 de la LRJS y artículos 16, 50, 56 y 57 del ET, así como lo dispuesto en los artículos 6.4 y 7.1 del CC en la interpretación que de los mismos hace entre otras la STS1/7/2011.

Sostiene en definitiva la ahora recurrente, que el Juzgado actuante carecía de competencia para acordar la extinción de la relación laboral de la trabajadora, que en cualquier caso esta pretensión carecía de acción al ser una cuestión previamente resuelta por la jurisdicción social en el correspondiente proceso por despido tácito iniciado a instancias de la misma ante la falta de llamamiento por parte de la empresa al inicio de la campaña en diciembre de 2016, y que aun en el caso de admitir a los solos efectos dialecticos la procedencia de la acción ejercitada, el cauce procesal elegido no sería el adecuado. Considera además que la actora actúa contraviniendo sus propios actos y que la resolución recaída es improcedente e incongruente con lo solicitado al no fijar el crédito reconocido a la trabajadora.

2. Tal como se desprende de los antecedentes de hecho de la resolución recurrida, nos encontramos ante un incidente concursal laboral sobre resolución individual de contrato a instancia de la trabajadora, por falta de llamamiento, que se plantea como demanda incidental de impugnación de la lista de acreedores, sin que conste la incoación de un expediente colectivo de extinción. Y en la que el magistrado del Concurso accede a lo solicitado por allanamiento de la empresa concursada y su administración concursal al entender que concurren los presupuestos legales recogidos en los artículos 19 y 21 de la LEC, y sin entrar a valorar las concretas circunstancias expuestas en este caso por el FOGASA. La resolución dictada acuerda la extinción de la relación laboral de la trabajadora con la empresa concursada pero no fija importe alguno en materia de crédito concursal.

3. El artículo 8.2 de la LC en línea con lo dispuesto en el artículo 8 de la LOPJ delimita las competencias exclusivas y excluyentes del Juez del Concurso en materia laboral y entiende que el Juez del concurso conocerá de las acciones sociales que tengan por **objeto la extinción, modificación o suspensión colectivas de los contratos de trabajo en los que sea empleador el concursado**, así como la suspensión o extinción de contratos de alta dirección, sin perjuicio de que cuando estas medidas supongan modificar las condiciones establecidas en convenio colectivo aplicable a estos contratos se requerirá el acuerdo de los representantes de los trabajadores. En el enjuiciamiento de estas materias, y sin perjuicio de la aplicación

de las normas específicas de esta ley, deberán tenerse en cuenta los principios inspiradores de la ordenación normativa estatutaria y del proceso laboral. Por su parte el artículo 9 de la LC extiende la jurisdicción a todas las cuestiones prejudiciales sociales directamente relacionadas con el concurso o cuya resolución sea necesaria para el buen desarrollo del procedimiento concursal, matizando que la decisión sobre las cuestiones a las que se refiere el apartado anterior no surtirá efecto fuera del proceso concursal en que se produzca.

4. Como se desprende de los antecedentes de hecho de la resolución recurrida la representación procesal de la Sra. M., comparece en el concurso y ejercita acción individual solicitando la extinción de su contrato por falta de ocupación efectiva. La competencia para conocer de este tipo de acciones viene expresamente definida en el artículo 64.10 de la LC que establece que: *“Las acciones resolutorias individuales interpuestas al amparo del artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores, motivadas por la situación económica o de insolvencia del concursado, tendrán la consideración de extinciones de carácter colectivo, desde que se acuerde la iniciación del procedimiento previsto en este artículo, para la extinción de los contratos. Acordada la iniciación del procedimiento previsto en este artículo, la totalidad de los procesos individuales seguidos frente a la concursada posteriores a la solicitud del concurso pendiente de resolución firme, se suspenderán hasta que adquiera firmeza el auto que ponga fin al procedimiento de extinción colectiva. La resolución que acuerde la suspensión se comunicará a la administración concursal a los efectos del reconocimiento como contingente del crédito que pueda resultar de la sentencia que en su día se dicte, una vezalzada la suspensión. Igualmente se comunicará a los tribunales ante los que estuvieren tramitando los procedimientos individuales. El auto que acuerde la extinción colectiva producirá efectos de cosa juzgada sobre los procesos individuales suspendidos.”*

En el presente caso la acción se interpone de forma individual y en el marco de la impugnación de la lista de acreedores sin que la resolución recurrida contenga referencia alguna a la incoación de un proceso colectivo de los previstos en el artículo 64 de la LC y en consecuencia sin que concurra el presupuesto legal que determina la competencia exclusiva y excluyente del juez mercantil en este tipo de acciones. La falta de competencia objetiva es una cuestión de orden público que vicia la resolución recaída aun cuando la misma se apoye en el allanamiento de una de las partes.

Procede en consecuencia estimar el recurso planteado por el FOGASA y revocar la resolución recurrida en los términos solicitados.

F A L L O

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto por la representación legal del FONDO DE GARANTÍA SALARIAL contra la sentencia dictada el 3 de diciembre de 2018 por el Juzgado de lo Mercantil número uno de los de ALICANTE y en consecuencia revocamos la citada sentencia dejando sin efecto la extinción contractual acordada

2448

Sentencia núm. 1.071, de 27 de marzo de 2019

Materia: Reconocimiento de derecho: permiso de maternidad. Trabajadora al servicio de entidad demandada con contrato de trabajo de técnico de grado medio, en virtud de contrato de trabajo indefinido a tiempo parcial. A la actora le es de aplicación el convenio colectivo estatal de acción e intervención social. La actora ha solicitado diversos permisos de lactancia y excedencia por cuidado de hijo. Reestructuración organigrama personal de la empresa. Solicitud de reingreso al puesto de trabajo. Estimación.

Juzgado: Desestima la demanda, absolviendo a la demandada de los pedimentos formulados en su contra.

Sala: Estima en parte el recurso y revoca la sentencia de instancia en el sentido de reconocer a la autora la inmediata reincorporación a su puesto de contabilidad que tenía reservado en la empresa.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. El recurso interpuesto, que ha sido impugnado de contrario, bajo la rúbrica “motivos de recurso” señala textualmente: “De conformidad con lo dispuesto en el artículo 193.c) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, el presente recurso tiene por objeto “examinar las infracciones de normas sustantivas o jurisprudencia” y conforme al art. 193.b) “revisar los hechos probados a la vista de las pruebas documentales practicadas”. A continuación, bajo el epígrafe “alegaciones” se refiere a una sola, aunque numerada como “primera” aduciendo “infracción del art. 46.3 del ET y de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Social) de fecha 19 de octubre de 2004 citada por la Juzgadora en la Sentencia para fundamentar su fallo desestimatorio”. A continuación efectúa un alegato respecto de la falta de valoración de dos documentos de “esencial importancia para el correcto entendimiento de los hechos objeto de controversia y que consisten en acuerdos entre la empresa y la trabajadora pactando expresamente la reserva del puesto de trabajo durante las excedencias”, y después de transcribir el artículo 46.3 del Estatuto de los Trabajadores, critica la fundamentación jurídica de la sentencia de instancia, al estimar que la reserva del puesto de trabajo hay que referirla no al primer año de vida del hijo sino al primer año de duración de la excedencia, y que en cualquier caso debe prevalecer el documento suscrito por las partes referido a la reserva del puesto de trabajo desde el 5 de marzo al 18 de agosto de 2015.

2. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 196.2 y 3 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social “2.En el escrito de interposición del recurso, junto con las alegaciones sobre su procedencia y sobre el cumplimiento de los requisitos exigidos, se expresarán, con suficiente precisión y claridad, el motivo o motivos en que se ampare, citándose las normas del ordenamiento jurídico o la jurisprudencia que se consideren infringidas. En todo caso se razonará la pertinencia y fundamentación de los motivos. 3. También habrán de señalarse de manera suficiente para que sean identificados, el concreto documento o pericia en que se base cada motivo de revisión de los hechos probados que se aduzca e indicando la formulación alternativa que se pretende”, como quiera que en las “alegaciones” en que se basa el recurso se mezclan cuestiones fácticas y jurídicas sin indicar la formulación alternativa que se pretende, deberá rechazarse el mismo en cuanto postula la modificación del relato histórico, ciñendo el examen del motivo a la infracción denunciada del artículo 46.3 del Estatuto de los Trabajadores y sin atender a la eventual infracción de la Sentencia del Tribunal

Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Social) invocada, ya que la misma no es constitutiva de jurisprudencia (artículo 1.6 del Código Civil) y por ende no puede ser objeto del recurso de suplicación.

3. Determinado en el artículo 46.3, párrafos primero, tercero y cuarto, del TR de la Ley del Estatuto de los Trabajadores que “los trabajadores tendrán derecho a un período de excedencia de duración no superior a tres años para atender al cuidado de cada hijo, tanto cuando lo sea por naturaleza, como por adopción, o en los supuestos de acogimiento, tanto permanente como preadoptivo, a contar desde la fecha de nacimiento o, en su caso, de la resolución judicial o administrativa... Cuando un nuevo sujeto causante diera derecho a un nuevo período de excedencia, el inicio de la misma dará fin al que, en su caso, se viniera disfrutando... Durante el primer año tendrá derecho a la reserva de su puesto de trabajo. Transcurrido dicho plazo, la reserva quedará referida a un puesto de trabajo del mismo grupo profesional o categoría equivalente”. Por su parte, el artículo 33 del convenio colectivo de aplicación (CONVENIO COLECTIVO ESTATAL DE ACCIÓN E INTERVENCIÓN SOCIAL 2015-2017-BOE 3/7/2015), bajo la rúbrica “excedencias legales” señala en lo que aquí interesa que “los trabajadores y las trabajadoras tendrán derecho a un período de excedencia de duración no superior a tres años para atender al cuidado de cada hijo o hija menor de tres años, tanto cuando lo sea por naturaleza, como por adopción, o en los supuestos de acogimiento, tanto permanente como preadoptivo, aunque éstos sean provisionales, a contar desde la fecha de nacimiento o, en su caso, de la resolución judicial o administrativa... Durante el primer año se tendrá derecho a la reserva de su puesto de trabajo.

4. Del inalterado Relato histórico de la sentencia de instancia y datos contenidos en su fundamentación jurídica destacamos: R.1942/2018. Reingreso excedencia cuidado de hijos. A) La demandante D^a S.Y.B.S. presta servicios por cuenta y orden de C.D. S-C desde el 7-12-2005, con categoría profesional según contrato de trabajo de técnico de grado medio en virtud de contrato de trabajo indefinido a tiempo parcial (hechos no controvertidos). Resulta aplicable el Convenio Colectivo Estatal de Acción e Intervención Social de 22 de junio de 2015 (BOE 3 de julio de 2015). B) La actora durante la relación laboral ha prestado sus servicios en los siguientes periodos:

Desde el 5-02-2008 al 26-05-2009 estuvo de baja médica y posterior permiso de maternidad y lactancia, reincorporándose el 27-05-2009.

Desde el 3-06-2009 al 16-06-2009 disfrutó de un permiso no retribuido.

Desde el 1-12-2009 al 4-05-2011 estuvo de baja médica y permiso de maternidad y lactancia.

Desde el 2-10-2012 al 3-04-2013 estuvo de baja médica y permiso de maternidad y lactancia.

Desde el 5-05-2014 al 30-10-2014 estuvo en excedencia con reserva de puesto. Entre el 1-12-2014 y el 30-12-2014 estuvo de baja médica.

Entre el 6-03-2015 y el 15-08-2015 estuvo en excedencia con reserva de puesto y entre el 2-11-2015 y el 13-03-2017 se encuentra de baja médica.

(Cuadrante aportado por la demandada y no controvertido).

C) En fecha 2 de febrero de 2016 la actora dirigió comunicación a C. solicitando su reincorporación al puesto de trabajo para el que fue contratada realizando tareas de técnico de grado medio en el departamento de contabilidad-administración. El 2

de marzo de 2016 C. responde a la petición indicando que en la cláusula primera del contrato de la actora se especifica que presta servicios como administrativa, incluida en el Grupo Profesional de grado medio, con el actual Convenio de aplicación es Grupo 2 Técnico de administración.

D) El Convenio Colectivo aplicable determina como Grupo 2, categoría de la actora las siguientes labores: Grupo profesional 2.

Criterios generales: son puestos que exigen la comprensión y dominio de fundamentos teóricos y prácticos. Las decisiones que se toman y su nivel de autonomía están relacionadas con la aplicación de sistemas, pautas, procedimientos y métodos de trabajo previamente definidos.

Funciones: consisten en la realización de tareas de complejidad media y caracterizados por el desempeño de un conjunto de actividades profesionales operativas bien determinadas, con la capacidad de utilizar instrumentos y técnicas que conciernen principalmente a un trabajo de ejecución, que puede ser autónomo en el límite de dichas técnicas. Estas actividades se circunscriben a áreas de especialización profesional.

Formación: Formación profesional superior o de grado medio, o formación académica equivalente, complementada con conocimientos adquiridos por demostrada experiencia en su puesto de trabajo y complementado con formación específica necesaria para desarrollar la función el puesto de trabajo.

En este grupo se incluyen actividades profesionales análogas a las referidas a continuación a título orientativo y que podrán dar lugar a la aplicación del «complemento de puesto de trabajo» que pudiera corresponder:

Técnico en Integración Social, Técnico en Animación Socio-cultural, Programador informático, Técnico de Administración y Finanzas. Cocinero titulado, Técnico administrativo, etc.

Como consecuencia de la aplicación del Convenio Colectivo C. realizó una reestructuración de su organigrama de personal incorporando en el Área de Servicios Generales y Coordinación los departamentos de contabilidad, gestión de proyectos y vías de financiación, comunicación y estudio, capital humano e informática, mantenimiento, equipo administrativo (integrado por S.B. como técnico administrativo, P.R. como auxiliar y Y.B. como ordenanza) y formación y voluntariado (do. 47 de la demandada y testifical de la Sra. A.B.).

E) La actora en el año 2007 prestó servicios como técnico administrativo y sus funciones eran las de gestión de programa de transeúntes, presupuestos, contabilizar gastos y cajas, contabilizar subvención, seguimiento de subvención, facturación de albaranes, contabilizar bancos, nóminas o mecanizar servef (folio 105 vuelto). C. en 2014 dispone en su equipo administrativo como tareas fijas del puesto de la actora la de gestión de fondo de crisis, plantilla mensual, SICCE, revisión de documentación, empaquetado de campañas (folio 150).

F) Dª Mª.A.G., técnico de administración, comenzó a prestar servicios para C. cubriendo la baja por enfermedad de la actora y continuó prestando servicios hasta la actualidad que se encuentra prestándolos en el departamento de contabilidad, si bien combinó esta labor con la de gestión de sistema informático.

5. Como subrayó la sentencia del Tribunal Supremo Sala 4ª, de 21-02-2013 (rec. 740/2012) “la excedencia por cuidado de hijo garantiza al trabajador el derecho a la reserva del puesto de trabajo en la empresa, no nos encontramos ante un derecho

potencial o expectante que depende de la existencia de vacantes en la empresa, sino ante un derecho ejercitable en el momento en que el trabajador excedente solicita su reincorporación a la empresa, al tener ésta la obligación de reservar (conservarle) su puesto de trabajo durante el primer año o un puesto del mismo grupo profesional o categoría equivalente si la excedencia se prolonga transcurrido el año, de manera que la negativa empresarial al reingreso alegando la inexistencia de vacante, lleva como consecuencia que la decisión empresarial sea calificada como un despido, sin necesidad de considerar si existe o no puesto vacante, ya que el puesto de trabajo del excedente, en los términos ya indicados ha de existir por imperativo legal”.

6. Siendo así que la demandada, a la petición de la actora de reincorporación a su puesto de trabajo repuso “que en la cláusula primera del contrato de la actora se especifica que presta servicios como administrativa, incluida en el Grupo Profesional de grado medio, con el actual Convenio de aplicación es Grupo 2 Técnico de administración”, teniendo en cuenta que la excedencia disfrutada por la actora para el cuidado de hijo menor de tres años, en el período de 5 de marzo a 15 de agosto de 2015, correspondía al primer año de disfrute de la misma, tal y como se deduce también de la propia comunicación dirigida a la actora, obrante al folio 152 vuelto de los autos, consideramos ante la falta de constancia de una modificación sustancial de las condiciones de trabajo de la actora (ex artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores), que la misma debía reincorporarse por imperativo legal al mismo puesto de trabajo que desempeñaba en el momento de pasar a la situación de excedencia por cuidado de hijo menor de tres años en el departamento de contabilidad de la empresa, por lo que en este aspecto deberá prosperar el motivo de recurso que se examina.

SEGUNDO.- Corolario de todo lo razonado será la estimación parcial del recurso interpuesto, y con revocación de la sentencia impugnada, dar lugar a la pretensión ejercitada tal y como quedó configurada en el suplico del escrito de interposición del recurso. Sin costas ante el signo revocatorio del fallo (artículo 235.1 de la LJS).

FALLO

Estimamos en parte el recurso de suplicación interpuesto en nombre de D^a S.Y.B.S. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 2 de los de Castellón, el día 14 de marzo de 2018 en proceso sobre reconocimiento de derechos seguido a su instancia contra la empresa C.D. S-C, y con revocación de la expresada sentencia y estimación de la pretensión ejercitada tal y como quedó delimitada en el escrito de interposición del recurso declaramos el derecho de la actora a su inmediata reincorporación al puesto de trabajo de contabilidad que tenía reservado, condenando a la demandada a estar y pasar por tal declaración y a que reincorpore a la actora en dicho puesto.

Sin costas.

2449

Sentencia núm. 1.090, de 9 de abril de 2019

Materia: Extinción contrato. **Despido:** Declaración como improcedente y nula la extinción de la relación laboral de las trabajadoras. **Trabajadoras que ocupan puesto de trabajo como responsable de prensa y coordinadora administrativa relaciones con la prensa y directoria de gestión y planificación, en organismo dependiente de la administración autonómica. Amortización de puestos de trabajo. Despido por causas objetivas. Aplicación del Decreto Ley 7/2012, de medidas de restructuración y racionalización del sector público empresarial y fundacional de la Generalitat Valenciana.**

Juzgado: Estima la demanda declarando improcedente la extinción de la relación laboral de una de las trabajadoras y nula la extinción del contrato de trabajo de la otra trabajadora.

Sala: Desestima el recurso parcial interpuesto por la empresa demandada frente a una de las demandantes y confirma la sentencia de instancia. No queda acreditada la causa organizativa que da lugar a la extinción de la relación laboral por parte de la recurrente. No existe causa justificada y veraz.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Dictada sentencia por el Juzgado de lo Social número 1 de Castellón de la Plana en fecha 27-12-2018 por la que se declaraba improcedente del despido de la trabajadora Doña S.F.C. y nulo el de Doña L.B.V., se interpone recurso de suplicación por la Abogada de la Generalitat Valenciana, en representación del Instituto Valencià de Cultura (en adelante IVC), al no mostrarse conforme con la recurrida. El recurso se centra única y exclusivamente en el despido de la Sra. B., sin atacarse el pronunciamiento de improcedencia del cese de la Sra. F. lo que motiva la declaración de firmeza del mismo.

SEGUNDO.- El primer motivo de recurso, redactado al amparo del apartado b) del art. 193 LRJS, se destina a la revisión de los hechos declarados probados en la resolución de instancia, y en él se contienen distintas peticiones que pasamos a examinar a continuación:

1º.- En primer lugar, se pretende la supresión del hecho probado décimo o para el caso de que sea desestimada esta petición, su modificación, para que se añada un nuevo párrafo entre el primero y el segundo que consignó la Juez a quo en el que se diga lo siguiente:

“Ya que como directora, sus funciones eran la gestión y administración del espacio, lo que comprende la organización de exposiciones y las invitaciones de instituciones a actos”.

Se dice que el hecho probado debe ser suprimido por cuanto que no debió valorarse la prueba testifical de D. F.C.C., que según expresa la recurrente, convive en el mismo domicilio que la Sra. B. según documento que aportó junto con el recurso de suplicación, y que ha sido rechazado por esta Sala por medio de auto de fecha 26 de marzo de 2019, al ser dicho documento de fecha anterior a la celebración del acto de juicio.

Si ello es así, no puede eliminarse el ordinal citado con base al mismo, al margen de que la valoración de la testifical es facultad que incumbe en exclusiva a la Juez a quo. En cuanto a la petición de revisión parcial del ordinal, tampoco puede ser estimada, pues se pretende la introducción de una consideración de parte no avalada por documento alguno.

2º.- En segundo lugar, se pretende completar el ordinal cuarto para añadir al mismo el siguiente párrafo:

“Los puestos mencionados de nueva creación se cubrirán mediante los procesos selectivos correspondientes que serán convocados respetando los principios constitucionales de igualdad, publicidad, mérito y capacidad, y a los mismos se podrán presentar las y los ocupantes de los puestos que se amorticen, siempre que se cumplan los requisitos exigidos...” (documento obrante al folio 205 de autos).

Esta adición es irrelevante a efectos de modificación del fallo, pues no se discute si la Sra. B. pudiera presentarse a los puestos de nueva creación tras la amortización de la plaza, sino si su cese obedeció a causas productivas organizativas reales, con independencia del curso de los procesos para la cobertura de puestos de nueva creación. Por tanto, esta petición ha de ser desestimada.

3º.- En tercer lugar, se pide añadir un nuevo y extenso hecho probado en el que se reproduzca el contenido del acuerdo alcanzado por el Consejo de dirección del IVC para la amortización del puesto de trabajo número 96 que ocupaba la Sra. B.

Dicha petición se sustenta en documento rechazado por la Sala por auto de 26 de marzo de 2019, por lo que no puede ser estimada.

TERCERO.- En términos de revisión jurídica, ex art. 193 c) LRJS, se denuncia la infracción de lo dispuesto en los arts. 52.c) y 51.1 ET, en relación con el art. 5 y concordantes del D Ley 7/2012, de 19 de octubre, del Consell, de Medidas de Reestructuración y Racionalización del Sector Público Empresarial y Fundacional de la Generalitat; art. 5 y concordantes de la Ley 1/2013 de 21 de mayo, de la Generalitat, de Medidas de Reestructuración y Racionalización del Sector Público Empresarial y Fundacional de la Generalitat; y de la reunión del Consejo de Dirección del IVC de 10-7-2017 en la que se propone amortizar el puesto nº 96 de Directora de gestión y comunicación ubicado en Castellón.

Sostiene la recurrente que es puesto de directora de arte del Espai d`Art Contemporani de Castelló (en adelante EACC) nunca ha existido, y por ende no resulta fundamental para el funcionamiento del mismo, ni se ha creado para dicho espacio, concluyendo que la demandante nunca ejerció funciones de dirección artística de dicho espacio.

Que la elección de la demandante fue porque las funciones del puesto que ella ocupaba como directora de gestión y comunicación del EACC han sido asumidas por la jefatura del servicio de la Dirección Territorial de Castellón, siendo que dicho puesto es innecesario en la nueva organización.

Y concluye que los acuerdos adoptados por el Consejo de Dirección del IVC fueron adecuados dentro de sus competencias, en el marco de la actuación administrativa correspondiente y en cumplimiento de las previsiones legales, concurriendo la razonabilidad de la medida adoptada, y por ende, solicita la revocación de la sentencia de instancia, con petición de la declaración de procedencia del despido de la Sra. B.

La Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado

laboral en su Disposición Adicional Segunda añadió al ET una Disposición Adicional 20ª, en la que se establecía que: "El despido por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción del personal laboral al servicio de los entes, organismos y entidades que forman parte del sector público de acuerdo con el artículo 3.1 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, se efectuará conforme a lo dispuesto en los artículos 51 y 52.c) del Estatuto de los Trabajadores y sus normas de desarrollo y en el marco de los mecanismos preventivos y correctivos regulados en la normativa de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera de las Administraciones Públicas" (DA 20ª.I ET) y que a efectos de las causas de estos despidos en las Administraciones Públicas, se entenderá que concurren organizativas, cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal adscrito al servicio público " (DA 20ª.II ET).

En cuanto al control judicial de la causa invocada, la STS de 18-9-2018 realiza un amplio estudio atinente a dicha cuestión, y concluye que "de cuanto antecede deriva que el control judicial (con los condicionantes de la casación unificadora, en nuestro caso) sobre calificación del despido incluye, necesariamente, el de apreciación de si concurre una causa real y verosímil. Los motivos alegados han de ser reales, actuales, proporcionales. La empresa no tiene un poder absoluto en orden a configurar el tamaño de su plantilla, sino que ha de actuar con respeto a todos los derechos e intereses en presencia." y que "una cosa es que se le permita, de manera amplia, gestionar las crisis, adoptando al efecto las decisiones que estime más oportunas y adecuadas para sus necesidades, decidiendo qué tipo de intervención realiza y con qué alcance; y, otra bien distinta, es que ello le confiera un poder absoluto de intervención en las condiciones de los trabajadores y en la propia subsistencia de los vínculos contractuales. Con carácter general, hemos señalado ya que no sólo cabe un control sobre la concurrencia de la causa alegada, es necesario, además, un control de razonabilidad pleno y efectivo sobre la medida extintiva comprobando si las causas alegadas y acreditadas, además de reales, tienen entidad suficiente como para justificar la decisión extintiva y, también, si la medida es plausible o razonable en términos de gestión empresarial.

Conforme a los hechos declarados probados en la resolución de instancia:

1.- La Sra. B. ha venido prestando servicios por cuenta y orden de "Proyecto Cultural Castellón S.A" desde el 4-8-1999 con la categoría profesional de administrativa, pasando a ser coordinadora administrativa y de relaciones con la prensa desde el 5-2-2000 y a partir del 1-1-2005 como directora de gestión y comunicación del Espai d'Art Contemporani de Castelló. Desde el 1-2-2018 redujo su jornada por razones de guarda legal.

2.- El 31-3-2017 se publicó en prensa escrita el nombramiento de D. A.R. como nuevo responsable de la unidad territorial del Institut Valencià de Cultura en Castellón, con funciones de ejecución y gestión ordinaria de las actividades de la entidad en la provincia y en los espacios dependientes del Consell, así como la coordinación del personal adscrito a los diferentes centros.

3.- En reunión del Consell del Instituto Valenciano de Cultura (IVC) se presenta informe emitido por el Sr. R. en el que se propone la amortización de cuatro puestos de trabajo procedentes de la mercantil Proyecto Cultural Castellón y que tienen la consideración de personal a extinguir, entre los que se encuentra el puesto de directora de gestión y comunicación y la creación de la plaza de directora artística del Espai d'Art Contemporani de Castelló, siendo que desde la creación de la plaza de coordinación territorial del IVC en las comarcas de Castellón tiene más sentido que la gestión administrativa se lleve directamente desde ésta.

4.- En sesión extraordinaria del Consejo de dirección del IVC celebrada el 22-3-2018 se acuerda la amortización de la RPT número 96 (directora de gestión y comunicación), plaza calificable como amortizable en la RPT.

5.- La demandada notificó carta de despido a la Sra. B., por causas organizativas, con efectos de 31-3-2018. En ella, tras una exposición general de las diferentes normas autonómicas que amparaban el cese (entre ellas el Decreto Ley 7/2002) en el que se dice que el 100% del capital social de la empresa Proyecto Cultural de Castellón, se incorporarán en favor de la entidad de derecho público Culturarts, procediéndose de forma inmediata a la extinción de dicha mercantil, y que el personal laboral no temporal de aquélla se integrará en las entidades de derecho público que asumen el ejercicio de funciones, sin perjuicio de la posibilidad de amortizar el puesto de trabajo que se ocupe, se le comunica a la trabajadora su cese por cuanto que las funciones de puesto de directora de gestión y comunicación del Espai d`Art Contemporani de Castelló se asumen por el puesto de jefatura de servicio en la dirección territorial de Castellón, sin que sea necesario una gestión administrativa específica.

6.- Se declara probado que a nivel de prensa escrita la Sra. B. ha sido tratada como "directora del Espai d`Art Contemporani de Castelló" y en tal calidad le han sido dirigidas comunicaciones y consideraciones desde diferentes departamentos de la GV y del Ayuntamiento de Castellón, ha firmado catálogos de exposiciones organizadas en tal espacio y recibido invitaciones de diversas instituciones. L.B. era considerada la directora artística de dicho espacio, no únicamente directora de gestión y administración (prueba testifical).

Ateniendo a los hechos anteriores, el recurso ha de ser desestimado. Y ello porque la Sala entiende que no ha quedado acreditada la causa organizativa que se invoca por la empresa para justificar el despido operado.

Se dice en la carta de despido, que el cese vino motivado por los cambios estructurales en la organización, de suerte que las funciones que venía desempeñando la actora como Directora de Gestión y Comunicación del EACC se asumirán por la jefatura de servicio de la Dirección Territorial de Castellón y en concreto por la persona que ocuparía dicha plaza.

Pero más allá de dicha alegación, no existe prueba alguna que avale o convalide la necesidad de realizar dicho cambio, sin que la mera afirmación de tales circunstancias haga que la causa de despido sea real y verosímil, por mucho que el puesto de trabajo número 96 de la RPT haya sido amortizado, si dicha amortización no aparece respaldada por una causa justificada y veraz.

De hecho, la Juez de instancia ya apunta a esta conclusión en su resolución al entender que la decisión adoptada por el Consejo de Dirección del IVC en fecha 10-7-2017 acordando extinguir dicho puesto de trabajo no es causa organizativa suficiente, alegándose la existencia de un nuevo organigrama pues la presencia formal de dichos acuerdos no supone la presencia de una realidad material, desde la perspectiva causal esgrimida por la empleadora.

Por todo ello, el recurso ha de ser desestimado y confirmada en su integridad la resolución de instancia, con independencia de la amortización del puesto número 96 de la RPT (al que se alude en el tercero de los motivos de recurso, sin más argumentación) y de la posibilidad de la Sra. B. de concurrir a la cobertura legal de la plaza cuando se produzca su efectiva creación.

CUARTO.- Procede la imposición de costas, al no gozar la recurrente del

beneficio de justicia gratuita, debiendo incluir los honorarios de la representación letrada de la parte impugnante, que la Sala cifra en 600 euros (art. 235.1 LRJS).

En virtud de lo expuesto,

FALLAMOS

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada del I.V.C. frente a la Sentencia dictada el 27 de diciembre de 2018 por el Juzgado de lo Social número 1 de Castellón de la Plana, en autos número 325/2018 seguidos a instancia de DOÑA. S.F.C. Y DOÑA L.B.V.; y en consecuencia, confirmamos íntegramente la resolución recurrida.

Procede la imposición de costas, al no gozar la recurrente del beneficio de justicia gratuita, debiendo incluir los honorarios de la representación letrada de la parte impugnante, que la Sala cifra en 600 euros.

2450

Sentencia núm. 1.107, de 9 de abril de 2019

Materia: Pensión de orfandad: Derecho a prestación. La actora solicita reconocimiento de prestación de orfandad tras fallecimiento de madre. Solicitada la misma, le es denegada al ser mayor de edad y no estar afecta de una incapacidad permanente absoluta para el ejercicio de cualquier profesión u oficio. La demandante padece trastorno depresivo recurrente teniendo reconocido un grado de discapacidad del 65% por parte de la Conselleria de Benestar Social. Consideración carácter congénito de la patología.

Juzgado: Desestima la demanda absolviendo a los organismos demandados de las peticiones deducidas en su contra. No procede la prestación demandada.

Sala: Desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia. El hecho causante de la prestación de orfandad es el fallecimiento del padre de la actora y no de su madre. Además, en el momento del fallecimiento de éste, la actora no se encontraba afecta de una incapacidad permanente absoluta o gran invalidez, con independencia de que posteriormente si lo estuviera.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- De tres motivos consta el recurso de suplicación entablado por la representación letrada de la parte actora frente a la sentencia del Juzgado de lo Social nº Seis de los de Alicante que desestima la demanda sobre prestación de orfandad al considerar que la demandante en la fecha del hecho causante de la prestación no se encontraba incapacitada para el ejercicio de todo trabajo, no habiéndose impugnado el recurso de contrario, conforme se refirió en los antecedentes de hecho.

Los dos primeros motivos se introducen por el apartado b del art. 193 de la Ley de la Jurisdicción Social (LJS) y tienen como objeto la revisión de los hechos declarados probados de la resolución recurrida y antes de entrar en su examen conviene recordar la doctrina jurisprudencial recogida entre otras muchas, en la sentencia del TS de 22 de julio de 2015 (ROJ: STS 3433/2015 - ECLI:ES:TS:2015:3433), Recurso: 130/2014, y según la cual "En SSTs 13 julio 2010 (Rec. 17/2009), 21 octubre 2010 (Rec. 198/2009), 5 de junio de 2011 (Rec 158/2010), 23 septiembre 2014 (rec. 66/2014) y otras muchas, hemos advertido que "el proceso laboral está concebido como un proceso de instancia única (que no grado), lo que significa que la valoración de la prueba se atribuye en toda su amplitud (art. 97.2 LRJS) únicamente al juzgador de instancia (en este caso a la Sala "a quo") por ser quien ha tenido plena inmediación en su práctica y la revisión de sus conclusiones únicamente puede ser realizada cuando un posible error aparezca de manera evidente y sin lugar a dudas de documentos idóneos para ese fin que obren en autos, por lo que se rechaza que el Tribunal pueda realizar una nueva valoración de la prueba, como si el presente recurso no fuera el extraordinario de casación sino el ordinario de apelación. En concordancia, se rechaza la existencia de error si ello implica negar las facultades de valoración que corresponden primordialmente al Tribunal de Instancia, siempre que las mismas se hayan ejercido conforme a las reglas de la sana crítica, pues lo contrario comportaría la sustitución del criterio objetivo de aquél por el subjetivo de las partes".

Conforme a dicha doctrina se resolverá sobre las revisiones fácticas interesadas por la recurrente.

La primera de ellas atañe al hecho probado segundo para que se adicione al mismo las conclusiones del informe de valoración médica según las cuales la demandante no está en condiciones de realizar actividad laboral con normalidad y regularidad.

La indicada adición se extrae del informe de valoración médica obrante al folio 56 y no puede ser acogida por cuanto que la referencia al informe médico de síntesis permite el examen íntegro del mismo sin necesidad de reseñar todo su contenido, pero es que además en el hecho probado quinto en el que se recoge el cuadro de dolencias residuales que sufre la actora ya se refiere que la demandante “Actualmente no puede realizar ninguna actividad laboral con regularidad” , por lo que la adición solicitada no añade nada novedoso respecto al relato de hechos declarados probados en la sentencia recurrida.

La segunda modificación interesada se refiere al hecho probado quinto para el que insta la siguiente redacción: "Doña M.J.R.V., aqueja el cuadro clínico de dolencias siguiente: Trastorno Depresivo Mayor Grave, estirpe endógena, trastorno de personalidad mixto (esquizofrenia/autodestructivo), secundarismo y artrogénico farmacológico (benzodiacepinas/hipnóticos). Limitaciones orgánicas y funcionales: trastorno psiquiátrico con afectación socio familiar importante y necesidad de seguimiento psiquiátrico y tratamiento psicofarmacológico. Actualmente no puede realizar ninguna actividad con regularidad. Que el origen de la enfermedad de la demandante es congénito, endógeno a su persona, contando antecedentes familiares enfermedades mentales las cuales finalizaron en suicidio, incluida la del padre, hecho por el cual la demandante sufrió un acontecimiento traumático, al ser ella quien encontró el cuerpo a la edad de 9 años; repitiéndose varios episodios que han agravado su situación, si bien la menor hubiera necesitado de ayuda desde la adolescencia, por lo que la fecha de cumplir la mayoría de edad, ya sufría la enfermedad incapacitante."

La nueva redacción difiere de la original sobre todo en el carácter congénito que quiere atribuir a las dolencias síquicas que presenta la demandante y se sustenta en la pericial médica practicada a instancias de la parte actora y en los informes médicos obrantes a los folios 23, 34, 25 y 56 y no puede ser acogida porque muchas de las referencias que se reflejan en dichos informes médicos proceden de la propia demandante y no han sido constatadas directamente por los médicos que los emiten, pero es que además dichas conclusiones periciales no fueron asumidas como expresivas de la realidad acreditada por el Juzgado de instancia -que en el caso no las aceptó- no pudiendo tampoco aceptarlas este Tribunal de suplicación habida cuenta que la documental o pericial en que se base la revisión ha de evidenciar por sí misma de manera irrefutable e indiscutible el error del Juez “a quo” (SSTS 24-11-86 y 18-7-89, entre otras), lo que no ocurre cuando, como en el presente caso, existen dictámenes discrepantes que han podido ser asumidos, concediendo mayor valor probatorio a unos que a otros por parte del Juez “a quo”, al que corresponde la misión de fijar los hechos probados con libertad de convicción, según lo actuado y el conjunto de la prueba practicada, conforme al art. 97.2 de la Ley Procesal Laboral – actualmente de la LJS – (STS 24-2-92), sin que, a efectos de suplicación una prueba alcance mayor valor que otra, ni quepa el intento de sustituir por el del propio recurrente el criterio fáctico del Juez, más objetivo e imparcial.

SEGUNDO.- El tercero de los motivos del recurso se destina al examen del derecho aplicado en la sentencia de instancia y se introduce por el apartado c del art. 193 de la LJS. En él se denuncia la infracción de los artículos 216, 217 y 224 de la Ley General de la Seguridad Social, aun cuando no se especifique que corresponden a dicho texto legal, así como del art. 3 de la OM de 13 de febrero de 1967.

Las infracciones jurídicas denunciadas se han producido, a juicio de la recurrente, por

la incorrecta valoración de la prueba denunciada en los anteriores motivos. Afirma la defensa de la parte actora que de la prueba practicada ha quedado acreditado que las dolencias y patologías que afectan a la demandante tienen carácter congénito y endógeno y que la actora ya las sufría en la fecha del hecho causante por lo que la demandante es acreedora de la prestación de orfandad solicitada, conforme resulta de la doctrina jurisprudencial contenida en la STS de 4 de noviembre de 2009 que transcribe y que según la recurrente contempla un supuesto similar al ahora examinado.

Como indica la STS de 10 de noviembre de 2009, Recurso: 61/2009, *“La consideración de beneficiarios de la pensión de orfandad ha ido experimentando loables ampliaciones, en especial, a partir de las Leyes 24/1997 de 15-julio (de consolidación y racionalización del sistema de Seguridad Social), 66/1997 de 30-diciembre (de medidas fiscales, administrativas y del orden social), 30/2005 de 29-diciembre (de Presupuestos Generales del Estado para el año 2006) y finalmente por la Ley 40/2007 de medidas en materia de Seguridad Social (BOE 5-diciembre-2007).*

2.- *Conforme a ésta última Ley, puede esquematizarse ex. art. 175.1 y 2 LGSS, respecto a los posibles beneficiarios de la prestación contributiva de orfandad, que " tendrán derecho a la pensión de orfandad, en régimen de igualdad, cada uno de los hijos del causante, cualquiera que sea la naturaleza de su filiación "; siempre que, al fallecer el causante concorra alguna de las siguientes circunstancias en el/la huérfano/a: a) sea menor de 18 años; b) esté incapacitado para el trabajo; c) tenga 18 o más de 18 años pero sea menor de 22 años (si sobreviviera uno de los dos padres) o menor de 24 años (si no sobreviviera ninguno de los dos padres) siempre que " no efectúe un trabajo lucrativo por cuenta propia o ajena o, cuando realizándolo, los ingresos que obtenga resulten inferiores en cómputo anual a la cuantía vigente para el SMI, también en cómputo anual "; o d) tenga 18 o más de 18 años pero sea menor de 22 años (si sobreviviera uno de los dos padres) o menor de 24 años (si no sobreviviera ninguno de los dos padres) y el " huérfano presentara una discapacidad en un grado igual o superior al 33 por 100 ".*

3.- *En los extremos que afectan más directamente a este recurso de casación unificadora, dispone el art. 175.1 LGSS , -- modificado por las citada Ley 40/2007 , adicionando al texto anterior la exclusiva referencia " en régimen de igualdad " --, que " Tendrán derecho a la pensión de orfandad, en régimen de igualdad, cada uno de los hijos del causante, cualquiera que sea la naturaleza de su filiación, siempre que, al fallecer el causante, sean menores de dieciocho años o estén incapacitados para el trabajo ".*

En el presente caso del inalterado relato fáctico de la sentencia de instancia interesa destacar que la demandante que nació en el año 1976 solicitó el 15-3-2016 pensión de orfandad tras el fallecimiento de su madre, la cual era viuda del padre de la actora que falleció el 7-3-1986. La demandante aqueja el siguiente cuadro clínico: “trastorno depresivo recurrente. Trastorno por dependencia a ansiolíticos e hipnóticos. Trastorno de personalidad mixto (esquizoide/autodestructivo). Limitaciones orgánicas y funcionales: trastorno psiquiátrico con afectación sociofamiliar importante y necesidad de seguimiento psiquiátrico y tratamiento psicofarmacológico. Actualmente no puede realizar ninguna actividad laboral con regularidad.

El primer contacto con la USM fue aproximadamente en el año 2005.”

Para que la actora tuviera derecho a la prestación de orfandad la misma tendría que encontrarse en situación de incapacidad permanente absoluta o Gran Invalidez en la fecha del hecho causante de la prestación de orfandad que es la fecha del fallecimiento de su padre ya que es éste, en su caso, el causante de la pensión de orfandad solicitada por la actora. Así se desprende de lo establecido en el art. 217 de la LGSS, según el cual son sujetos causantes de la prestación de orfandad:

- “a) Las personas incluidas en el Régimen General que cumplan la condición general exigida en el artículo 165.1.
- b) Los perceptores de los subsidios de incapacidad temporal, riesgo durante el embarazo, maternidad, paternidad o riesgo durante la lactancia natural, que cumplan el período de cotización que, en su caso, esté establecido.
- c) Los titulares de pensiones contributivas de jubilación e incapacidad permanente.”

En el presente caso no cabe concluir que la actora presentase en la fecha del fallecimiento de su padre, esto es, en el año 1986, cuando la misma tenía nueve años, un cuadro clínico que le incapacitase para la realización de todo trabajo, pues no es sino a partir del año 2005 cuando la misma tiene el primer contacto con la USM, por lo que resulta inviable el reconocimiento de la prestación de orfandad de la actora, por más que la misma se encuentre en la actualidad incapacitada para desarrollar una actividad laboral con regularidad.

Las consideraciones jurídicas expuestas determinan la desestimación del recurso y, por consiguiente, la confirmación de la sentencia de instancia.

FALLO

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de D.^a M.J.R.V., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social n.º Seis de los de Alicante y su provincia, de fecha 15 de diciembre de 2017, en virtud de demanda presentada a su instancia contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social y, en consecuencia, confirmamos la sentencia recurrida.

2451

Sentencia núm. 1.108, de 9 de abril de 2019

Materia: Pensión de jubilación: Determinación base. Trabajador afiliado al RGSS que finaliza su relación laboral con su empresa en virtud de un ERE por causas económicas. Convenio especial de empresarios y trabajadores sujetos a ERE. La empresa abona al trabajador determinada cuota desde el día siguiente a la extinción de la relación laboral hasta un día antes de cumplir 61 años en que pasa a cobrar la pensión de jubilación. Paralelamente, el actor ha cobrado subsidio de desempleo durante determinado periodo. Cálculo bases cotización. El actor solicita un incremento de la base reguladora de la pensión de jubilación. Cambio normativo.

Juzgado: Estima en parte la demanda, declarando determinada base reguladora mensual para la pensión de jubilación del actor demandante a cargo del servicio público demandado, al tiempo que declara la responsabilidad de la empresa codemandada por la diferencia entre la pensión de jubilación establecida en la instancia y la determinada en vía administrativa.

Sala: Estima el recurso y revoca la sentencia de instancia. No existe fundamento legal ni contractual para exigir a la empresa demandada la obligación de aumentar su cotización que compense la reducción de la cotización por jubilación realizada por el SPEE respecto al demandante. No procede reconocer al trabajador demandante la mayor base reguladora de la pensión de jubilación que solicita.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Frente a la sentencia del Juzgado de lo Social nº Cinco de los de Valencia que estima parcialmente la demanda y reconoce al demandante una mayor base reguladora de la pensión de jubilación, condenando a la empresa demandada al abono de la diferencia de dicha pensión que resulta de aplicar la mayor base reguladora, interpone recurso de suplicación la representación letrada de la empresa C.V., S.A. a través de dos motivos, habiendo sido impugnado el recurso de contrario, conforme se expuso en los antecedentes de hecho.

El primero de los motivos se introduce por el apartado b del art. 193 de la Ley de la Jurisdicción Social (LJS) y tiene como objeto la revisión de los hechos declarados probados, mientras que el segundo motivo se formula por el apartado c del referido precepto y contiene la censura jurídica de la resolución recurrida.

SEGUNDO.- El primero de los motivos consiste en la modificación del hecho probado tercero para que se adicione al mismo los párrafos que se reseñan en negrita, siendo la redacción solicitada la siguiente: “3.- La relación laboral entre el actor y la empresa ‘C.V.. SL se extinguió en fecha 31-1-2010 en virtud de expediente regulador de empleo para la extinción del contrato de trabajo por causas económicas y productivas de 260 trabajadores con acuerdo de los representantes de los trabajadores alcanzado en acta de 2-9-2009, y autorizado por resolución de la autoridad laboral de 16-9-2009. (Documentos n.º 1 a 14 de la empresa).

En cumplimiento de las obligaciones asumidas por la empresa, la misma concertó Convenio Especial de Empresarios y Trabajadores Sujetos a Expedientes de Regulación de empleo entré C. y la TGSS a nombre del actor, que obra a los folios 15-22 de la documental de la empresa, dándose por reproducido a los efectos oportunos, y en el que se fijaba como cuota a abonar por la empresa por cuenta del trabajador

836,84 euros mensuales desde 5-2-2012 (día siguiente a la extinción de la relación laboral del trabajador o fecha del cese en la obligación de cotizar por extinción de la prestación por desempleo contributiva) y hasta el 14-6-2015, día anterior al cumplimiento de los 61 años de edad del trabajador, ascendiendo su importe total a la suma de 33.696,75 euros, que fue abonado de una sola vez (folios 23, 24 y 25 de la empresa).

La cuota mensual correspondiente fue resultado de aplicar al promedio de las bases de cotización del trabajador en los últimos seis meses de ocupación cotizada (3.145, 80 euros) el tipo único de cotización y coeficientes previstos en el artículo 7 de la Orden TAS 2865/2003 en función de la acción protectora dispensada por el Convenio y que actualmente son el 28,30% y el 0,94% respectivamente, todo ello de acuerdo con lo establecido en el apartado 2 de la Disposición Adicional Trigésima Primera del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social y artículo 20 de la Orden TAS 2865/2003.

Conforme a dicho apartado 2 de esa Disposición Adicional Trigésima Primera, procedía que de la cantidad resultante como cuota íntegra se dedujera la cotización a cargo del SPEE y correspondiente al período en que el trabajador tuviere derecho al percibo del subsidio de desempleo, calculando esa cotización en función de la base y tipo aplicables en la fecha de suscripción del convenio especial, lo que daba lugar a que durante ese período -todo el período de vigencia- la cuota por el Convenio quedara fijada en 836,84 euros.

La redacción solicitada se sustenta en el documento nº 2 del ramo de prueba de la empresa demandada que es el Convenio Especial de Empresarios y Trabajadores sujetos a expedientes de regulación de empleo a favor del demandante y ha de ser acogida por desprenderse directamente del mismo y ser relevante para determinar si la empresa demandada tenía o no obligación de aumentar la cotización respecto al demandante a raíz del cambio normativo que impuso una reducción de la cotización por jubilación realizada por el Servicio Público de Empleo Estatal, y todo ello con independencia de que la Sala además pueda examinar íntegramente el indicado Convenio al referirse al mismo el hecho controvertido en el que debe reflejarse íntegramente la forma de cálculo de la cuota a abonar por la empresa demandada, según el susodicho Convenio.

TERCERO.- En el motivo destinado a la censura jurídica se distinguen diversos submotivos en los que se atacan desde diversas perspectivas el fallo de la sentencia de instancia, debiendo examinar en primer lugar el segundo de dichos submotivos por cuanto que en el mismo se combate el derecho del demandante a percibir la mayor base reguladora de la pensión de jubilación reconocida por la resolución recurrida, mientras que en el resto de los submotivos se combate la responsabilidad de la empresa en el abono de la diferencia de prestación resultante de aplicar la mayor base reguladora reconocida por la sentencia de instancia.

Denuncia la representación letrada de la empresa recurrente en el apartado 3.2.2, la infracción de la DA 31ª así como de las estipulaciones contenidas en el Convenio Especial de la Seguridad Social del demandante que excluye los efectos de la modificación normativa controvertida.

En este apartado se discrepa por la recurrente del hecho de que fuera la empresa quien debiera encargarse de realizar las deducciones o totalizar las cuotas a pagar en virtud del Convenio, es más entiende que ni tan siquiera debía haberse procedido a una nueva totalización de las cuotas debidas al producirse el cambio normativo que modificaba el art. 218 del TRLGSS vigente.

Conforme a dicha Disposición Adicional Trigésima Primera del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, en su apartado 2, se establece la forma de cálculo de las cotizaciones que debe satisfacer la empresa, siendo su tenor el siguiente: "A tal efecto, las cotizaciones por el referido periodo se determinarán aplicando al promedio

de las bases de cotización del trabajador, en los últimos 6 meses de ocupación cotizada, el tipo de cotización previsto en la normativa reguladora del convenio especial. De la cantidad resultante se deducirá la cotización, a cargo del Servicio Público de Empleo Estatal, correspondiente al periodo en el que el trabajador pueda tener derecho a la percepción del subsidio de desempleo, cuando corresponda cotizar por la contingencia de jubilación, calculándola en función de la base y tipo aplicable en la fecha de suscripción del convenio especial.”

A su vez el Convenio Especial suscrito por C. con la TGSS a favor de D. F.J. plasma esta forma de cálculo en su Cláusula Segunda en la que se fija la cuota mensual correspondiente al mismo: “Conforme a dicho apartado 2 de esa Disposición Adicional Trigésima Primera, procede/no procede que de la cantidad resultante como cuota se deduzca la cotización a cargo de SPEE, y correspondiente al período en que el (la) trabajador (a) tuviere derecho al percibo del subsidio de desempleo, calculando esa cotización en función de la base y tipo aplicables en la fecha de suscripción del convenio especial, lo que da lugar a que durante ese período la cuota por este convenio quede fijada en 836,84 euros.”

De los indicados preceptos concluye la defensa de la empresa recurrente que la deducción de la cotización a cargo del SEPE debe calcularse en función de la base y el tipo aplicables en fecha 1 de marzo de 2010, fecha de suscripción de dicho Convenio Especial. En concreto el tipo aplicable era el del 125% del Salario Mínimo Interprofesional, por lo que el cálculo y totalización de las cuotas en el propio Convenio suscrito en 2010 fue correcto y acorde con lo dispuesto en las estipulaciones del mismo y en la LGSS.

La censura jurídica deducida por la defensa de la recurrente ha de ser acogida por cuanto que tal y como se preocupa de razonar la misma, de los términos del Convenio Especial suscrito por la empresa demandada y la TGSS a favor del demandante, así como de lo establecido en la Disposición Adicional Trigésima Primera del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social del año 1994 se pone de manifiesto la deducción que se ha de practicar de la cotización a cargo de la empresa durante la duración del Convenio Especial es la que resulta de la cotización del Servicio Público de Empleo Estatal en la fecha de suscripción del Convenio, sin que se prevea la posibilidad de modificar la cuantía de dicha deducción en función de los cambios normativos que incidan en la cotización por jubilación del Servicio Público de Empleo Estatal, de ahí que no quepa apreciar la obligación de la empresa demandada a aumentar la cotización a partir del mes de agosto de 2012 para cubrir la menor cotización realizada por el Servicio Público de Empleo Estatal a raíz del cambio normativo operado en el artículo 218.3 del TRLGSS, por el art. 17.7.19 y la DF 13.3 del RDL 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad que pasó a tener la siguiente redacción: “A efectos de determinar la cotización en los supuestos indicados en los apartados 1 y 2 anteriores se tomará como base de cotización el tope mínimo de cotización vigente en cada momento.” Cuando antes de dicha modificación se tomaba como base de cotización el 125% del tope mínimo de cotización vigente en cada momento.

A la conclusión expuesta no obsta, pese a lo que aduce la parte actora al impugnar el recurso, lo establecido en la Orden TAS 2865/2003, de 13 de octubre acerca de que durante la vigencia del convenio especial la modificación de la base mínima de cotización conllevará el incremento de la base de cotización correspondiente al convenio, como mínimo en el mismo porcentaje que haya experimentado aquella base mínima, en su caso en el porcentaje superior a que tenga derecho a elegir el interesado (art. 6.2.2), ya que el supuesto que nos ocupa no tiene encaje en dicha previsión normativa. En el presente caso lo que solicita el actor es que se incremente la cotización de la empresa para compensar la reducción de la

cotización por jubilación del SPEE derivada del referido cambio normativo, lo que es distinto de la obligación de incrementar la base de cotización del convenio especial por haberse incrementado la base mínima de cotización en el Régimen General.

En definitiva, al no existir fundamento legal ni contractual para exigir a la empresa demandada la obligación de aumentar su cotización para compensar la reducción de la cotización por jubilación realizada por el SPEE respecto al demandante, no procede reconocer a este la mayor base reguladora de la pensión de jubilación que solicita, por lo que se ha de revocar la sentencia de instancia y desestimar la demanda, sin que proceda entrar a conocer del resto de los motivos de censura jurídica deducidos por la recurrente en los que se combate la responsabilidad de la empresa demandada a partir del reconocimiento del derecho del demandante a una mayor base reguladora de su pensión de jubilación, reconocimiento que no procede por las razones expuestas.

CUARTO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 203 LJS, se acuerda que una vez firme la presente sentencia, se proceda a la devolución de la consignación o, en su caso, la cancelación de los aseguramientos prestados, así como del depósito constituido para recurrir.

FALLO

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de la empresa C.V., S.A., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº cinco de los de Valencia y su provincia, de fecha 20 de junio de 2017, en virtud de demanda presentada a instancia de D. F.J.A. contra la recurrente, el Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social y, en consecuencia, revocamos la sentencia recurrida y con desestimación de la demanda, absolvemos a la recurrente de las pretensiones deducidas contra ella.

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

2452

Sentencia núm. 1118, de 10 de abril de 2019

Materia: Minusvalía. Trabajador con minusvalía declarada por disminución orgánica y funcional del 34% con validez definitiva. El actor solicita modificación porcentaje discapacidad. El actor solicita reconocimiento grado de discapacidad del 68% desde la fecha de nacimiento o desde que se le reconoció por primera vez su discapacidad sensorial.

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

Sala: Desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia. El reconocimiento del grado de discapacidad se entiende producido desde el momento de la solicitud, no siendo posible retrotraer los efectos del reconocimiento realizado con anterioridad.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Por la representación letrada del demandante se formula recurso frente la sentencia de instancia, que desestimó la solicitud de que los efectos de la minusvalía que tiene reconocida por la administración desde el año 2008 se retrotrajeran a la fecha en que se le reconoció la discapacidad sensorial que padece, y que la sitúa en el año 1976.

Con dicho objeto se plantea en primer término un motivo amparado en el artículo 193 "b" de la LRJS, con la finalidad de que se revise el primer hecho probado de la sentencia, donde se reflejan las sucesivas solicitudes del grado de minusvalía y la resolución que la estima, así como las deficiencias advertidas por los servicios técnicos facultativos, proponiendo la redacción alternativa que indica en el recurso, y fundando ésta en los documentos que cita expresamente.

Pero no se estima la pretensión de alterar los términos del citado ordinal, en tanto la redacción propuesta no es más que una modificación del orden de la redacción dada en la sentencia y que no altera en lo sustancial la de esta última, aparte de que no resalta el recurrente donde se halla el supuesto error del juzgador, que debe ser palmario, pues la fecha del primer reconocimiento médico a que fue sometido el hoy recurrente no tiene relevancia suficiente para alterar el signo del ulterior fallo.

SEGUNDO.- Por lo que refiere al examen del derecho aplicado en la sentencia, y con correcto amparo procesal, se censura a aquella resolución la infracción de los artículos 6.2 y 10.2 del RD 1971/99, en relación con el artículos 57.3 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, citándose asimismo como infringida la DT Única de la norma citada en primer término.

En la instancia la parte actora interesó que el grado de minusvalía que tiene reconocido el demandante (68%) se retrotrajera a su fecha de nacimiento en abril de 1959, o bien a la fecha en que por primera vez se le reconoció un grado de discapacidad sensorial, lo que tiene lugar en noviembre de 1976, aunque en el suplico del recurso se circunscribe la petición exclusivamente en ese último año. Se alega en síntesis que el demandante ya tenía en esa última fecha la misma limitación que en el año 2007, de modo que como el reconocimiento del grado de minusvalía se entenderá producido desde la fecha de la solicitud, y en esta se pide la retroacción de efectos a dicho lejano momento, y finalmente, habida cuenta que antes de la entrada

en vigor de la norma reglamentaria aludida el recurrente fue declarado minusválido por ser sordomudo, esa discapacidad daría lugar a que se retrotrajeran los efectos de la declaración realizada en el año 2008.

El motivo debe decaer, puesto que, como se dice en la sentencia objeto de recurso, en tanto conforme el artículo 10.2 del RD 1971/99 el reconocimiento del grado de discapacidad se entenderá producido desde la fecha de la solicitud, no es posible retrotraer los efectos derivados del reconocimiento realizado en el año 2008, ni aun apelando a la aplicación de la Disposición Transitoria de la norma reglamentaria aludida, en tanto consta que inicialmente se le reconoce un grado de minusvalía en el año 1992, al homologarse la condición de minusválido otorgada en noviembre de 1976, y posteriormente, el grado de discapacidad del 68% ya otorgado por la resolución de 2008 que se quiere retrotraer en su efectividad, pondera no solo la sordomudez por pérdida neurosensorial de oído de etiología congénita, que fue la que motivó la concesión inicial de la discapacidad sensorial, sino también agrega a aquella la enfermedad del aparato circulatorio y del aparato genitourinario de etiología idiopática, a lo que habría que añadir, aunque sin mayor repercusión a los citados efectos, los siete puntos que se conceden por factores sociales complementarios, de modo que el grado estimado en el año 2008 no se puede entender guarde total mimetismo con el estado del recurrente en el año 1976, de ahí que es correcta la decisión de entender que los efectos del nuevo porcentaje de minusvalía reconocido en el año 2008 son los que la resolución administrativa citaba, es decir, la fecha de su petición, en concreto, el 11 de enero de 2007.

En definitiva, se desestimaré el recurso y se confirmará la sentencia.

FALLO

Que debemos desestimar y desestimamos el Recurso de Suplicación interpuesto en nombre de D. J.G.M. contra la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Valencia en fecha 8 de noviembre de 2016 en virtud de demanda formulada contra la CONSELLERIA DE BIENESTAR SOCIAL DE LA G.V, y en su consecuencia, debemos confirmar y confirmamos la sentencia recurrida.

2453

Sentencia núm. 1.151, de 16 de abril de 2019

Materia: Pensión de jubilación. Denegación prestación al no encontrarse el causante inscrito en las oficinas de empleo como demandante de empleo durante un plazo de al menos seis meses anteriores a la fecha del hecho causante de la pensión. Posteriormente le es reconocida la prestación, reclamando el actor reconocimiento con fecha anterior a la adjudicada.

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

Sala: Desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia. El demandante no ha cumplido con el requisito de estar inscrito como demandante de empleo durante los seis meses inmediatamente anteriores a la solicitud de la jubilación anticipada.

Ponente: Ilma. Sra. D^a. María Isabel Sáiz Areses.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- D. M.S.H. interpone en su día demanda contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y LA TGSS, solicitando se declare el derecho del actor a percibir la prestación de jubilación solicitada en su día y ello con efectos del 28/04/2017, condenando al INSS a abonar las cantidades correspondientes por tal concepto desde dicha fecha.

La sentencia de instancia desestima la demanda y frente a dicha resolución interpone recurso la parte actora solicitando que tras estimarse el recurso se declare el derecho del actor a percibir la prestación de jubilación solicitada en su día y ello con efectos del 28 de abril del 2017 condenando al INSS a abonarle las cantidades correspondientes por tal concepto desde dicha fecha sin perjuicio de que dicho Organismo pueda compensar las cantidades que por dicho concepto ya viene abonando al actor desde el 26/05/2017 en que le ha sido reconocida la pensión de jubilación.

SEGUNDO.- Para ello la parte recurrente formula cuatro motivos destinados a la revisión de los hechos probados al amparo del artículo 193 b) LRJS y un último motivo al amparo del apartado c) de ese mismo precepto a fin de examinar las infracciones de normas sustantivas o de la Jurisprudencia.

Comenzando por los motivos destinados a la revisión de los hechos probados, el primero de ellos pretende la adición de un nuevo hecho probado, el número Quinto, con el siguiente tenor literal: *“El actor no renovó la demanda de empleo en la fecha en la que correspondía, por lo que el SPEE inició expediente de suspensión de prestaciones durante los periodos en los que el actor no estuviera inscrito como demandante de empleo.”* Apoya la parte recurrente en el documento 2 de su ramo de prueba, en concreto en documento que se adjunta a la reclamación, pero dicho documento lo que revela es que la Dirección provincial de empleo el 28 de noviembre del 2016 acordó suspender la prestación por desempleo del actor indicando que se podrá reanudar a partir de la fecha de la nueva inscripción y ello por no figurar inscrito como demandante de empleo el 15 de noviembre del 2016, de manera que no se inicia un expediente de suspensión como trata de reflejar la parte recurrente sino que se le comunica directamente la suspensión de la prestación hasta la fecha de la nueva inscripción, no podemos acceder a la revisión interesada. En todo caso, a los efectos

de este procedimiento lo relevante son las fechas en las que no estuvo inscrito como demandante de empleo que no se hacen constar en el texto propuesto careciendo de trascendencia alguna para resolver la cuestión planteada el hecho de que la Dirección provincial de empleo suspendiera la prestación del actor.

En el segundo motivo se trata de adicionar un hecho probado nuevo, el sexto que indique: *“El actor no estuvo inscrito como demandante de empleo en el periodo comprendido desde el 15/11/2016 al 24/11/2016 inscribiéndose de nuevo el 25/11/2016”*. Tal revisión la apoya en el documento 2 antes citado, documento 3 folio 33 y documento 1 folio 20 así como folio 53 de los autos consistente en resolución del INSS y como tales datos son los que se desprenden de la documental citada, debemos acceder a la adición de tal hecho probado que lo sería con el ordinal quinto al no haber accedido a la anterior revisión propuesta.

El motivo tercero del escrito de recurso trata de adicionar también otro hecho probado con el siguiente tenor literal. *“El SPEE comunicó al actor que se había constatado que en fecha 14/11/2016 no estaba inscrito como demandante de empleo, mediante resolución de fecha 28/11/2016. El actor se inscribió de nuevo como demandante de empleo en fecha 25/11/2016”* Argumenta tal revisión nuevamente en el documento 2 folio 23, y como del folio 23 citado lo único que se desprende es que se comunicó al actor que se había constatado la falta de inscripción como demandante de empleo en fecha 15 de noviembre del 2016, entendiéndose que la cita del día 14 de noviembre se realiza por error y se refiere al día 15 de noviembre, sí accedemos a la revisión mediante la adición de la primera frase propuesta, pero como no consta en tal documento que el 25 de noviembre del 2016 volviera a inscribirse como demandante de empleo y además en todo caso a la vista de otros documentos ya se refleja tal dato en la anterior revisión propuesta, no podemos acceder a la introducción de esa segunda frase.

Finalmente, el motivo cuarto del escrito de recurso pretende la adición de un nuevo hecho probado proponiendo el siguiente texto: *El actor estuvo inmerso en un proceso de divorcio, proceso que culminó el 15/12/2016 con la disolución por divorcio de su matrimonio mediante Decreto número 514/16 del Juzgado de Primera Instancia número 7 de Castellón al que consta unido el convenio regulador suscrito por ambos cónyuges de fecha 17/11/2016.”* Como tales extremos se desprenden de la documental citada por la parte actora, así los folios 24 y siguientes del procedimiento, debemos acceder también a la revisión propuesta.

TERCERO.- El quinto y último motivo de recurso ya hemos señalado que se formula al amparo del apartado c9 del artículo 193 LRJS y denunciando la infracción por no aplicación del artículo 161 bis 2 de la LGSS que regula el acceso a la jubilación anticipada a los 61 años de edad cuando se cumplan determinados requisitos así como la Jurisprudencia que lo interpreta, entendiéndose que el requisito de la inscripción como demandante de empleo en los seis meses anteriores a la solicitud de la jubilación debe atemperarse citando al efecto una Sentencia del TSJ de Castilla La Mancha.

A este respecto compartimos el criterio que en un supuesto similar sigue el TSJ de Madrid en la Sentencia de 15 de Enero del 2016 (RS 661/2015) entendiéndose que como el actor cuando cursa la primera solicitud de jubilación anticipada el 28-4-17 no reunía el requisito de permanecer inscrito como demandante de empleo durante seis meses ininterrumpidos pues hubo una interrupción de diez días en tal inscripción del 15 al 24 de noviembre del 2016, la denegación efectuada en ese primer momento de la pensión interesada es ajustada a derecho, sin que el hecho de que estuviera en un proceso de divorcio permita exonerar al demandante del cumplimiento de tal requisito pues se trató de un divorcio de mutuo acuerdo y dado el escaso periodo de tiempo que se exige como inscripción como demandante de empleo el despiste del

trabajador al no renovar la demanda de empleo, no le produce consecuencias irreversibles sino sólo que haya tenido que esperar incluso menos de un mes para que se le haya reconocido la prestación con efectos del 26 de Mayo del 2017 en lugar de la fecha de la primera solicitud. En este sentido señala la Sentencia citada: “A juicio de esta Sala, la tesis correcta, en una interpretación acorde al artículo 161 bis 2 LGGs, es la que sustenta la resolución judicial de instancia y defiende el INSS en su escrito de impugnación.

En efecto, en línea con la argumentación de las SSTSJ País Vasco de 04 de febrero de 2014, rec. 2324/2013, y 13 de mayo de 2014, rec. 850/2014, la finalidad del segundo de los requisitos exigidos para los ceses no voluntarios, al requerir un período de inscripción como demandante de empleo en los seis meses inmediatamente anteriores a la fecha de petición de la jubilación, es la de que en ese concreto período de tiempo, y no en otro, el trabajador haya mostrado fehacientemente su disponibilidad a la recolocación. Repárese, además, en que el período es breve, "de tal modo que si el trabajador se despista y no renueva su inscripción, el único efecto perjudicial que se le va a generar es que tenga que demorar la petición al momento en que cumpla con esos meses de inscripción ininterrumpida", como en el caso presente ha acontecido, ya que la gestora le ha reconocido al actor, por resolución de 23 de septiembre de 2014, con efectos de esa data, la pensión de jubilación anticipada, al reunir en ese momento todos los requisitos legales, no siendo relevante que la inscripción haya podido ser muy prolongada en un período anterior al del último semestre.

Las razones que nos llevan a ello son, como argumentan las citadas sentencias del TSJ del País Vasco, cuyos criterios compartimos, la literalidad del precepto y la finalidad del requisito, que no es sólo controlar la situación de falta de empleo en esos seis meses últimos sin más, sino la de hacerlo tras haberse mostrado el trabajador predispuesto a la colocación durante ese tiempo, a través de la oferta de sus servicios en la oficina de empleo, lo que no concurre cuando ha causado baja como demandante de empleo.

*Tampoco es relevante que la inscripción haya podido ser muy prolongada en un período anterior al del último semestre, ya que el legislador quiso que fuera entonces, y no en otro, no siendo suficiente como aduce el recurrente haya estado inscrito como demandante de empleo seis meses, sino que ha de cumplirlo en los seis meses **inmediatamente anteriores** a la solicitud de la jubilación anticipada. Presupuesto éste que no cumple, pues, atendiendo a los firmes hechos probados, resulta que pide la jubilación el 10 de abril de 2014 figurando inscrito como demandante de empleo del 9 de enero de 2013 al 10 de enero de 2014, y del 21 de marzo de 2014 al 6 de mayo de 2014, esto es, hay un ínterin dentro de los seis meses anteriores a la solicitud, del 11 de enero al 20 de marzo de 2014, que no está inscrito como demandante de empleo, y la ley exige una inscripción continuada como demandante de empleo durante los seis meses inmediatamente anteriores a la fecha de solicitud de la pensión de jubilación anticipada (SSTSJ Cataluña de de 14 de mayo de 2009, rec. 6619/2007, 15 de marzo de 2011, rec. 2987/201, y 22 de julio de 2015, rec. 2364/2015).” Compartiendo ese mismo criterio debemos desestimar el recurso formulado por la parte actora confirmando la Sentencia de instancia.*

Por ello;

VISTOS los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

FALLAMOS

Que desestimando el recurso de suplicación interpuesto por D. M.S.H. contra la Sentencia de fecha once de enero del Dos Mil Dieciocho dictada por el Juzgado de lo social 2 de Castellón de la Plana en autos 525/2017 promovidos por el recurrente frente al INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y la TGSS sobre PRESTACIÓN DE JUBILACIÓN debemos confirmar dicha Sentencia.

2454

Sentencia núm. 1.156, de 16 de abril de 2019

Materia: Despido con vulneración de los derechos fundamentales. Trabajador conductor al servicio de empresa demandada. El demandante presta sus servicios profesionales en virtud de contrato indefinido de ayuda a emprendedores. Accidente de trabajo con heridas del trabajador. El actor inicia un proceso de baja por IT. Se notifica al trabajador la finalización de su contrato tras no superar el periodo de prueba. El actor solicita la nulidad o bien la improcedencia del despido, así como una indemnización por vulneración de los derechos fundamentales.

Juzgado: Desestima la demanda, absolviendo a la empresa demandada de las peticiones de la demanda. La finalización de la relación laboral se ha realizado conforme a derecho.

Sala: Desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia. El desistimiento empresarial del contrato de trabajo durante el período de prueba producido a raíz de accidente de trabajo sufrido por el trabajador no constituye de entrada discriminación del trabajador ni vulneración de sus derechos fundamentales. Doctrina Tribunal Supremo. No se ha producido un despido sino el cese de la actividad del trabajador al no superar el periodo de prueba.

Ponente: Ilma. Sra. D^a. María Isabel Sáiz Areses.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- D. C.T. interpuso en su día demanda contra la empresa D.D. SL y con citación del MINISTERIO FISCAL ejercitando acción de despido y solicitando que se declare la nulidad del mismo o subsidiariamente la improcedencia, así como una indemnización adicional por vulneración de derechos fundamentales de 9.000 euros.

La sentencia de instancia desestima la demanda y frente a dicho pronunciamiento se alza la parte actora recurriéndolo en suplicación y solicitando que estimando el recurso se revoque la Sentencia de instancia y tras acceder a la revisión de los hechos probados, se declare la nulidad del despido por infracción del artículo 4-2 c) en relación con el artículo 17-1 Rdleg 2/2015 de 23 de octubre por el que se aprueba el TR de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, infracción del artículo 1 a 3 y 10 de la Directiva 2000/78/Ce de 27 de noviembre, por infracción de la Sentencia Supranacional nº C-395/2015 TJUE de 1-12-2016, por infracción de Sentencias TC 94/1984, 198/1968; y 166/1988, y que se pronuncie sobre la indemnización adicional de 9.000 euros solicitada, con toda clase de pronunciamientos favorables inherentes a tales declaraciones. La empresa y el Ministerio Fiscal impugnaron el recurso.

SEGUNDO.- Para ello la parte recurrente formula un primer motivo de recurso al amparo del apartado b) del artículo 193 LRJS para que la Sala proceda a revisar los hechos declarados probados a la vista de las pruebas documentales y periciales practicadas.

Se interesa así la revisión del hecho probado tercero solicitando que el mismo quede redactado de la siguiente forma: *“TERCERO.- En 9-2-2018 el ahora demandante sufrió un accidente de trabajo sobre las 18,30 horas en la autopista AP7 término municipal de Burriana, consistente en la salida de vía con posterior vuelco del tracto camión, matrícula 486HYM accidente del que resultó herido leve el trabajador.*

El accidente se produjo, según formulario de obtención de datos (folio 39 y 42 de la prueba documental) de la Guardia civil, por un desplazamiento de la carga interior del vehículo, siendo la posible causa del accidente el mal acondicionamiento de la carga.

Como consecuencia de dicho accidente, el trabajador inició un proceso de baja por IT y hasta la fecha de 29 de noviembre de 2018 se encontraba en dicha situación.” (documento nº 2 de la prueba documental de la parte actora)”.

Se pretende así por un lado que se sustituya la mención al atestado de la Guardia Civil por la mención del formulario de obtención de datos, y por otro lado que se fije que a fecha 29 de noviembre del 2018 seguía en situación de incapacidad temporal. En cuanto a la segunda mención, el documento 2 de la parte actora revela que efectivamente en dicha fecha se emite el parte de confirmación 16 por lo que es claro que seguía en situación de incapacidad temporal y no tenemos inconveniente en adicionar tal extremo, pero sin embargo no podemos acceder a la modificación interesada en primer lugar tratando de que no se haga constar el término atestado pues frente a lo que alega el recurrente, el folio 39 citado es uno de los que forman parte del atestado instruido por la Guardia civil destacamento de Castellón sobre el accidente de circulación sufrido por el actor, a cuyo efecto se instruyeron las diligencias 95/2018 por lo que la mención reflejada en tal hecho probado al atestado de la Guardia Civil es lo que se desprende de la documental citada y ello aun cuando efectivamente en dicho atestado se haga constar una diligencia resumen del formulario de obtención de datos instruido como consecuencia del accidente, lo que no altera que se trate de un atestado como además consta en el oficio remitido por la Guardia Civil al Juzgado. Por ello no podemos acceder a la revisión interesada en primer lugar y sólo accedemos a adicionar que hasta la fecha de 29-11-2018 se encontraba en dicha situación de incapacidad temporal el actor.

TERCERO.- El segundo motivo de recurso se articula al amparo del apartado c) del artículo 193 LRJS alegando la nulidad del despido por infracción del artículo 4-2 c) en relación con el artículo 17-1 Rdlleg 2/2015 de 23 de octubre por el que se aprueba el TR de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, en relación con el artículo 14 CE por discriminación por razón de discapacidad, infracción del artículo 1 a 3 y 10 de la Directiva 2000/78/Ce de 27 de noviembre, por infracción de la Sentencia Supranacional nº C-395/2015 TJUE de 1-12-2016, por infracción de Sentencias TC 94/1984, 198/1968; y 166/1988. Lo que argumenta el recurrente es que habiendo transcurrido ya 345 días del contrato suscrito con la demandada, un contrato indefinido de apoyo a los emprendedores, con periodo de prueba de un año, es claro que la razón de su cese ha sido el haber causado baja por accidente de trabajo, considerando que ha sido cesado por razón de su discapacidad.

La denuncia alegada por el recurrente en modo alguno puede ser estimada pues el hecho de que el trabajador haya sufrido un accidente de trabajo que haya provocado su baja por incapacidad temporal, no supone por sí solo que concurra una causa de discapacidad que haya podido motivar la decisión extintiva adoptada por la empresa. De hecho el trabajador ni tan siquiera señala en qué consiste concretamente la discapacidad que presenta no constando en ningún apartado del relato fáctico cuáles son las dolencias que padece y tampoco si presenta secuelas o limitaciones funcionales derivadas de tal suceso, no siendo desde luego discapacitado toda persona que inicia un proceso de baja por incapacidad temporal. En el presente caso nos encontramos con un trabajador que suscribe un contrato de trabajo indefinido de apoyo a los emprendedores en el que se fija conforme a la normativa reguladora de tal tipo de contratación, un periodo de prueba de un año que aun cuando se discutía su validez en el acto de juicio siendo desestimada la misma por el Magistrado de Instancia, nada se alega en este trámite de recurso sobre una posible

causa de nulidad de tal cláusula relativa al periodo de prueba de un año. En fecha 9 de febrero del 2018 el actor sufre un accidente de trabajo como consecuencia de un accidente de tráfico y el día 12 de febrero del 2018 tras haber iniciado el actor un proceso de baja por incapacidad temporal el referido día 9 de febrero del 2018, la empresa le notifica la extinción del contrato de trabajo por no superación del periodo de prueba, habiéndose comunicado dicha decisión extintiva dentro del plazo de un año pactado para el referido periodo de prueba en el contrato de trabajo. Como viene señalando la Jurisprudencia, la característica esencial del período de prueba radica en que durante el mismo las partes del contrato de trabajo tienen reconocida la facultad de dar por terminada libre y unilateralmente su relación en cualquier momento, sin necesidad de justificación alguna. TS 2/04/07 (Rcud 5013/05). El período de prueba es una institución que permite a cualquiera de las partes que intervienen en el contrato de trabajo rescindir unilateralmente el mismo, por su sola y exclusiva voluntad, sin necesidad de cumplir ninguna exigencia especial al respecto, bastando con que el período de prueba esté todavía vigente y que el empresario o el empleado extinga la relación laboral, sin que sea preciso para ello llevar a cabo ninguna clase especial de comunicación, ni especificar la causa que ha determinado tal decisión finalizadora, pues su motivación es meramente subjetiva de quien la adoptó, salvo que la decisión este motivada por razón discriminatoria que viole el [art. 14](#) CE o vulnere cualquier otro derecho fundamental (SSTC 17/07, 173/13). Pese a ello debe quedar constancia clara de la fecha de la extinción del contrato y del motivo, pues otra interpretación sería contraria al art. 14-2 del ET, dado su carácter excepcional respecto a los despidos en que no exista en los contratos períodos de prueba. No obstante, la facultad empresarial de desistir excluye los supuestos en los que: - se produzca una discriminación prohibida, si bien el desistimiento empresarial en estos casos no es lo mismo que un despido y, por lo tanto, no está protegido con la nulidad objetiva, sino solo con la nulidad radical cuando exista discriminación (TCo 173/2013). - exista abuso de derecho o fraude de ley (TS 2-2-83).

En este caso la parte actora considera que el desistimiento del contrato por parte de la empresa a los tres días de haber sufrido un accidente de trabajo encubre un despido discriminatorio por razón de discapacidad, argumentando además que no era el demandante el responsable de la correcta sujeción de la carga en el camión y que por ello no existía causa para el cese por no superación del periodo de prueba, el cese constituye un despido y debe dar lugar a inversión de la carga de la prueba. Sin embargo, no podemos compartir tales razonamientos del recurrente pues la doctrina del Tribunal Supremo ha venido a declarar que la extinción del contrato por parte del empresario en el período de prueba, cuando el trabajador sufre un accidente laboral que conlleva una IT, no se considera discriminatorio (TS 12-7-12, EDJ 206744). Indica así dicha Sentencia que " *El desistimiento empresarial del contrato de trabajo durante el período de prueba producido a raíz de accidente de trabajo sufrido por el trabajador no constituye de entrada discriminación del trabajador ni vulneración de sus derechos fundamentales. Tanto esta Sala de lo Social como el propio Tribunal Constitucional han declarado en numerosas ocasiones que la mera enfermedad ni figura entre los factores de discriminación enunciados en el [artículo 14](#) CE [EDL 1978/3879](#), ni puede ser incluida tampoco en la cláusula final genérica de dicho artículo ("cualquier otra condición o circunstancia personal o social"), limitada a aquellos otros posibles factores discriminatorios que hayan comportado o puedan comportar marginación social para un determinado grupo de personas (entre otras, [STS 29-1-2001 \(RJ 2001, 2069\)](#), rec. 1566/2000 [EDJ 2001/1034](#) y [STS 11-12-2007 \(RJ 2008, 2884 \)](#), rec. 4355/2006 [EDJ 2007/347260](#)). No parece dudoso que la misma conclusión ha de imponerse respecto de las dolencias (o enfermedades en sentido amplio) que tienen su origen en lesiones derivadas de accidente de trabajo, y que hayan dado lugar a una situación de incapacidad temporal. Una argumentación un poco más larga requiere el rechazo de la aplicación de la doctrina sobre el fraude de ley y el abuso de derecho a nuestro supuesto litigioso. Como vimos, éste ha sido el sustento que ha procurado a su decisión la sentencia de contraste. Pero una*

consideración atenta de la realidad social de la gestión empresarial obliga a descartar tal calificación para la conducta del empresario (y la afirmación valdría también "mutatis mutandis" para el trabajador) que haya decidido rescindir la relación de trabajo por incapacidad temporal derivada de enfermedad o accidente. En verdad, el empresario que adopta tal decisión lo hace atendiendo a una contingencia sobrevenida en la organización del trabajo en la empresa que puede proporcionar una explicación razonable a su comportamiento desde el punto de vista de la gestión de los recursos humanos de la empresa. La explicación es la siguiente: la contingencia de la baja del trabajador en período de prueba puede obligar al empresario, y así sucederá a menudo, a la contratación para la cobertura del puesto de trabajo de otro trabajador, el cual tendría también una legítima expectativa de continuidad de su relación de trabajo. A ello hay que añadir que la baja del trabajador en período de prueba produce normalmente el efecto de forzar al empresario (salvo el supuesto de acuerdo de interrupción del cómputo del plazo de prueba, que no se ha dado en el caso) a adoptar una decisión sobre la continuación o la extinción del contrato de trabajo del trabajador accidentado. Pues bien, si decide la extinción, en ejercicio de su facultad de desistimiento, deberá hacerlo, como lo han hecho los empresarios en los litigios de las sentencias comparadas, de manera inmediata o casi inmediata; en cualquier caso, antes de que transcurra el plazo de prueba acordado. Parece evidente que la calificación de fraude de ley o abuso de derecho de la conducta empresarial enjuiciada no es sostenible a la luz de las consideraciones precedentes de gestión empresarial. Y lo mismo cabe decir de la omisión de la obligación de realizar las experiencias que constituyen el objeto del período de prueba; omisión que, en casos como los de las sentencias comparadas, se ha debido a la imposibilidad material de su realización por la situación de incapacidad temporal del trabajador, una situación de infortunio que no se deriva de incumplimientos de las partes del contrato de trabajo, pero que, en última instancia, constituye una vicisitud del contrato de trabajo por causa inherente o atinente a la persona del trabajador.(..) el desistimiento del contrato de trabajo en período de prueba es libre, dentro de los límites marcados por el respeto a los derechos fundamentales y a la lógica de economía de costes de transacción que inspira a este instituto jurídico. Por tanto, el control judicial de los actos de ejercicio de esta facultad de desistimiento se ha de ceñir únicamente a estos aspectos. Más allá de ellos la intervención judicial afectaría al derecho constitucional a la libertad de empresa ([art. 38 CE EDL 1978/3879](#)), la cual impone al juez el respeto a las decisiones empresariales, siempre que tales decisiones hayan sido a su vez respetuosas con el marco legal y constitucional. De ahí que, una vez verificado que el cese del trabajador se ha producido durante el período de prueba, no resulte necesaria, ni siquiera pertinente, una indagación ulterior de los motivos de la decisión empresarial, salvo indicios de conducta inconstitucional, abusiva o fraudulenta; indicios que, insistimos, no concurren en principio en las decisiones de cese a raíz de una situación de incapacidad temporal por enfermedad o accidente." En relación a la causa de discriminación alegada por la parte recurrente para considerar que el cese del demandante se ha producido con vulneración de sus derechos fundamentales por razón de su discapacidad, debemos citar la STSJ de Aragón de 9 de mayo de 2018 (RS 211/2018), que realiza un resumen del estado de la cuestión a la vista de la Directiva 2000/78/CE del Consejo y de la Jurisprudencia del TJUE señalando al efecto: "La Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, establece "un marco general para luchar contra la discriminación por motivos de (...) discapacidad (...) en el ámbito del empleo y la ocupación, con el fin de que en los Estados miembros se aplique el principio de igualdad de trato" (art. 1). La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, ratificada por [Instrumento de 23 de noviembre 2007 \(RCL 2008, 956\)](#), explica en el apartado e) de su preámbulo "que la discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás". En su art. 1, párrafo 2º, dispone: "Las

personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás". SEGUNDO.- La sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas [cuando el Tratado de Lisboa entró en vigor, el 1-12-2009, pasó a denominarse [Tribunal de Justicia de la Unión Europea \(en adelante TJUE\)](#)] de [11-7-2006 \(TJCE 2006, 192\)](#) (asunto C-13/05, Chacón Navas), examinó el despido de una trabajadora en situación de incapacidad temporal, sentando la doctrina siguiente:1) Define la discapacidad como la "limitación derivada de dolencias físicas, mentales o psíquicas que suponen un obstáculo para que la persona participe en la vida profesional" (apartado 40).2) La [Directiva 2000/78 \(LCEur 2000, 3383\)](#) utiliza el concepto "discapacidad", lo que supone que el legislador escogió deliberadamente un término que difiere del de "enfermedad", por lo que "es preciso excluir la equiparación pura y simple de ambos conceptos" (apartado 44).3) Para que la limitación pueda incluirse en el concepto de discapacidad "se requiere la probabilidad de que tal limitación sea de larga duración" (apartado 45).4) La Directiva 2000/78 no protege a los trabajadores en virtud de la prohibición de discriminación por discapacidad tan pronto como aparezca cualquier enfermedad (apartado 47).5) Una persona que ha sido despedida por su empresario exclusivamente a causa de una enfermedad no está incluida en el marco general establecido por la Directiva 2000/78 (apartado 48).6) "Ninguna disposición del [Tratado de la CE \(LCEur 1986, 8\)](#) prohíbe la discriminación por motivos de enfermedad en cuanto tal" (apartado 54).7) "La enfermedad en cuanto tal no puede considerarse como un motivo que pueda añadirse a los ya recogidos" (apartado 57).TERCERO.- La [sentencia del TJUE de 11-4-2013 \(TJCE 2013, 12\)](#) (asuntos acumulados C-335 y C-337-2011, Ring) interpreta la [Directiva 2000/78 \(LCEur 2000, 3383\)](#) conforme a la Convención de la ONU ratificada por la UE mediante la [decisión de 26-11-2009 \(LCEur 2010, 78\)](#), concluyendo que el concepto de «discapacidad» a que se refiere la Directiva 2000/78 "comprende una condición causada por una enfermedad diagnosticada médicamente como curable o incurable, cuando esta enfermedad acarrea una limitación, derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores, y si esta limitación es de larga duración". El TJUE explica que las deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales deben ser "a largo plazo" (apartado 41), sin que "la enfermedad en cuanto tal" pueda considerarse un motivo de discriminación por discapacidad (apartado 42). CUARTO.- La [sentencia del TJUE de 1-12-2016 \(asunto C395/15 \(TJCE 2016, 308\), Daouidi\)](#), examinó un pleito en el que un trabajador había resbalado en el lugar de trabajo el día 3-10-2014, dislocándose el codo izquierdo, que tuvo que ser enyesado, iniciando un proceso de incapacidad temporal derivada de accidente laboral. A las dos semanas de ese accidente laboral el Jefe de Cocina contactó con este trabajador interesándose por su estado médico y por la previsión de duración de su situación de incapacidad temporal. El trabajador le contestó que su reincorporación no podía ser inmediata. En fecha 26-11-2014 la empresa le comunicó su despido por no alcanzar las expectativas establecidas por la empresa ni el rendimiento adecuado. El TJUE explica que en la fecha del juicio oral, unos seis meses después del accidente laboral, el codo del Sr. Rodrigo seguía enyesado y no podía desarrollar su actividad profesional. La consideración de este trabajador como persona con discapacidad exige analizar si esa limitación de su capacidad es duradera. Ni la citada Convención de la ONU, ni la [Directiva 2000/78 \(LCEur 2000, 3383\)](#) concretan cuándo dicha limitación es duradera. 1) El concepto de limitación "duradera" de la capacidad de la persona, con arreglo al concepto de "discapacidad" de la Directiva 2000/78, debe ser objeto de una interpretación autónoma y uniforme (apartado 51). 2) De ello resulta que el hecho de que se aplique al Sr. R. el régimen jurídico de la incapacidad "temporal" propio del Derecho español, no puede excluir la calificación de la limitación de su capacidad

como "duradera" (apartado 52). 3) Para determinar cuándo la limitación de la capacidad es duradera, el TJUE sienta la doctrina siguiente: a) El carácter duradero de la limitación debe analizarse con respecto al estado de incapacidad del interesado en la fecha del acto presuntamente discriminatorio (apartado 54). b) Se trata de una apreciación, ante todo, de carácter fáctico (apartado 56). c) Debe acudirse a la técnica indiciaria: que, en la fecha del hecho presuntamente discriminatorio, la incapacidad del interesado no presente una perspectiva bien delimitada en cuanto a su finalización a corto plazo o que dicha incapacidad pueda prolongarse significativamente antes del restablecimiento de dicha persona (apartado 57). d) El Juzgado debe basarse en todos los elementos objetivos de que disponga, en particular, en documentos y certificados relativos al estado de esa persona, redactados de acuerdo con los conocimientos y datos médicos y científicos actuales (apartado 58).

QUINTO.- La aplicación de la citada doctrina del TJUE resulta difícil porque ese Tribunal utiliza conceptos jurídicos dotados de un importante grado de indeterminación. Debido a ello, existe una importante divergencia entre los Tribunales españoles a la hora de determinar cuándo una baja médica es de larga duración, causando una importante inseguridad jurídica. Posteriormente la [sentencia del TJUE de 18-1-2018 \(asunto C-270/16 \(TJCE 2018, 3\), Ruiz Conejero\)](#), explica que el artículo 2, apartado 2, letra b), inciso i), de la [Directiva 2000/78 \(LCEur 2000, 3383\)](#) debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que permite al empresario despedir a un trabajador debido a las faltas de asistencia de éste al trabajo, aun justificadas pero intermitentes, cuando tales ausencias sean consecuencia de enfermedades atribuibles a la discapacidad de ese trabajador, salvo que dicha normativa tenga la finalidad legítima de combatir el absentismo y no vaya más allá de lo necesario para alcanzar esa finalidad.

SEXTO.- La [sentencia del TS de 3-5-2016 \(RJ 2016, 2152\)](#), recurso 3348/2014, anterior a la [sentencia del TJUE de 1-12-2016 \(TJCE 2016, 308\)](#), desestimó la alegación de que concurría un despido discriminatorio por causa de enfermedad en un pleito en el que la trabajadora había sufrido un accidente de tráfico el 1-3-2013 que le provocó un "latigazo cervical", iniciando un proceso de incapacidad temporal en dicha fecha, siendo despedida el 11-3-2013, cuando aún se encontraba en situación de incapacidad temporal, habiéndose despedido ese mismo día otras cuatro trabajadoras, de un total de nueve adscritas al mismo servicio de la actora, que también se encontraban en incapacidad temporal, a fin de posibilitar su sustitución y garantizar la productividad y continuidad del servicio. El Alto Tribunal argumentó: "no nos encontramos en el supuesto en el que el factor enfermedad es tomado en consideración como un elemento de segregación basado en la mera existencia de la enfermedad en sí misma considerada, o en la estigmatización como persona enferma de quien la padece, al margen de cualquier consideración que permita poner en relación dicha circunstancia con la aptitud del trabajador para desarrollar el contenido de la prestación laboral objeto del contrato sino, al contrario, la empresa ha tenido en cuenta que la trabajadora y sus otras compañeras en la misma situación de IT no eran aptas para desarrollar su trabajo, por lo que procedió a despedirlas, a fin de que pudieran ser sustituidas por otras personas y garantizar así la productividad y la continuidad del servicio. No es la mera existencia de la enfermedad la causa del despido, sino la incidencia de la misma en la productividad y en la continuidad del servicio".

SÉPTIMO.- La [sentencia del TS de 15-3-2018 \(RJ 2018, 1403\)](#), recurso 2766/2016, rechazó la nulidad del despido en un supuesto en el que la trabajadora había estado en situación de incapacidad temporal desde el 13 de octubre de 2014 hasta el 12 de octubre de 2015, fecha en que agotó el plazo máximo de incapacidad, con diagnóstico de trastorno depresivo grave EPI recurrente. Cuando llevaba más de nueve meses de baja, el 31 de julio de 2015, fue despedida disciplinariamente alegando un rendimiento laboral inferior al pactado dado que en el periodo comprendido entre el 1 de mayo de 2014 y el 31 de julio de 2015 estuvo de alta en la empresa 453 días de los cuales solo prestó servicios en forma efectiva durante 164 días. El TS explica que la falta de justificación del despido disciplinario es evidente porque no cabe imputar ninguna responsabilidad por incumplimiento a la

trabajadora cuando su ausencia se halla amparada por una incapacidad temporal. El Alto Tribunal insiste en la distinción entre "la enfermedad en cuanto tal" y la discapacidad. La segunda supone una limitación en la participación plena y efectiva en la vida profesional. La primera es una simple baja por enfermedad. El TS deniega la nulidad del despido porque 1) en la fecha del despido no se había agotado el periodo máximo de incapacidad temporal, y 2) no existía resolución alguna acerca de una situación duradera de futuro. Por ello, no debe identificarse con la noción de "discapacidad", que es distinta de "la enfermedad en cuanto tal". Partiendo de la doctrina expuesta y no habiéndose reflejado ni siquiera en el relato fáctico extremo alguno sobre la dolencia que motivó su incapacidad temporal derivada del accidente de trabajo sufrido y las limitaciones que en su caso presenta a fin de determinar si el actor presenta alguna causa de discapacidad que pueda limitar su participación plena y efectiva en la vida profesional, no pudiendo identificarse la noción de discapacidad con la de enfermedad, en modo alguno podemos entender ni siquiera que concurren indicios de la vulneración de algún derecho fundamental del trabajador, así el de no discriminación por razón de discapacidad y no cabe la inversión de la carga de la prueba pretendida por el recurrente. En todo caso la empresa argumentó en el acto de juicio la no superación del periodo de prueba dada la conducta negligente del actor con ocasión del accidente de tráfico sufrido con el camión, señalando que en el atestado se refleja que el conductor manifestó a los guardias que habría notado el desplazamiento de la carga y que no obstante siguió conduciendo y como consta en el atestado de la Guardia civil como posible causa del accidente el desplazamiento de la carga interior del vehículo, sea quien fuera el responsable del acondicionamiento de la carga en el camión, la alegación de la empresa referida a la negligencia del trabajador pues ante el desplazamiento de la carga interior del vehículo no debió seguir conduciendo, constituiría una razón objetiva y razonable que justificaría la decisión adoptada por la empresa dentro del periodo de prueba en el marco del cual no precisa la empresa acreditar de forma efectiva la culpabilidad del trabajador en el accidente como sí se exige en el despido disciplinario. Como en este caso la empresa procede al cese del actor dentro del periodo de un año fijado para el periodo de prueba en el contrato indefinido de apoyo a los emprendedores suscrito por el trabajador y que tiene previsto tal plazo más prolongado de periodo de prueba cuya validez ha sido declarada por el Tribunal Constitucional en las Sentencias citadas por la Sentencia ahora recurrida, entendemos que no se ha producido un despido, no se han producido las infracciones denunciadas en el escrito de recurso, y no procede ni la declaración de nulidad del despido ni tampoco el pronunciamiento sobre la indemnización adicional interesada que va ligada a la acreditación de tal vulneración de derechos fundamentales que en este caso no se ha producido, lo que conlleva la íntegra desestimación del recurso formulado y la confirmación de la Sentencia de instancia.

CUARTO.- De conformidad con lo establecido en el artículo 235 de la Ley de la Jurisdicción Social, no procede imposición de costas, dada la condición del recurrente de beneficiario del derecho a la asistencia jurídica gratuita.

Por ello;

VISTOS los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

FALLO

Que desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por D. C.T. frente a la Sentencia dictada el veintiocho de diciembre de dos mil dieciocho por el Juzgado de lo social nº 10 de Valencia en autos 232/2018 seguidos a instancia del recurrente frente a la empresa D.D. SL y con citación del Ministerio Fiscal, y confirmamos la Sentencia de instancia. Sin costas.

2455

Sentencia núm. 1.176, de 16 de abril de 2019

Materia: Reclamación de cantidad. Trabajadores despedidos como consecuencia de un ERE por razones económicas. Se reconoce a los actores indemnización de 20 días por año de servicio. La empresa es declarada en concurso de acreedores. Acuerdo de conciliación en el que la empresa reconoce unos créditos a los trabajadores. Dichos créditos fueron certificados por la administración concursal. Los demandantes solicitan el pago al FOGASA y este lo deniega por prescripción. Indemnización pactada por incumplimiento de Plan de competitividad.

Juzgado: Se estima la excepción de prescripción y se desestima la demanda.

Sala: Estima parcialmente el recurso condenando al FOGASA a abonar determinada cantidad a uno de los trabajadores, al no haber cubierto la empresa en su totalidad la indemnización por despido objetivo. Absuelve al organismo demandado del resto de pedimentos formulados en su contra. La cantidad que queda por abonar a los trabajadores responde a una indemnización compensatoria pactada entre empresa y trabajador, no siendo responsable de la misma el FOGASA.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se interpone recurso de suplicación por la representación de los trabajadores, frente a la sentencia de instancia que desestimó la demanda al apreciar concurrente la excepción de prescripción. El recurso se plantea con base en los apartados b) y c) del art. 193 de la LRJS y ha recaído impugnación frente al mismo.

Y así, en el motivo dedicado a la revisión fáctica se pide que se elimine la frase entre paréntesis (“no fue parte el FOGASA”) por: “(fue parte el FOGASA, no compareciendo al acto de conciliación y juicio en el mismo día)”, lo que admitimos ya que de los documentos obrantes a los folios 37 reverso y 79 así se desprende, pues consta que se ordena citar a dicho organismo al acto del juicio.

SEGUNDO.- En el siguiente motivo del recurso, redactado al amparo del art. 193 c) de la LRJS, se denuncia la infracción del art. 23 de la LRJS, alegando que en el proceso entre trabajadores y empresa, al que obligatoriamente es llamado el FOGASA, se produce un efecto preclusivo para el Fondo respecto de todo lo que puede oponer para dicha defensa, incluso aquello que, pudiendo y debiendo, opte por no plantear; y por consiguiente, en el eventual proceso posterior en que aparezca como demandado directo, ya no podrá alegar u oponer lo que no alegó ni opuso en el primer juicio en defensa de la empresa.

Expuesto lo anterior resulta que, según se desprende del modificado hecho probado 3º, en fecha 17-12-2014 los demandantes (tras falta de avenencia en el SMAC) formularon demanda de reclamación de cantidad contra la empresa, en la que fue parte el FOGASA, no compareciendo al acto de conciliación y juicio fijados en el mismo día. Las partes llegaron a un acuerdo de conciliación judicial el 10-02-2016, aviniéndose la empresa a reconocer a los actores los créditos que constan en el propio hecho probado. Y si bien el FOGASA no puede conciliarse por su carácter de entidad pública, sí que podía haber asistido y hecho en dicho acto la manifestación de prescripción que ahora realiza, por lo que al no haberlo efectuado así, le ha precluido la oposición de tal defensa, y su alegación ante la solicitud de cantidad efectuada al FGS de 8-4-

2016 no puede surtir el efecto pretendido, y por ello debe revocarse la prescripción apreciada en la instancia.

TERCERO.-Expuesto lo anterior, debemos indicar que las cantidades pedidas por los actores corresponden a la diferencia pactada por el incumplimiento por la empresa de su readmisión incardinada en el Plan de Competitividad, por ello el Administrador concursal, en la conciliación, califica como créditos ordinarios determinadas cantidades, y como créditos de privilegio general otras. Y únicamente de las cantidades estipuladas por ley responde el Fogasa, de acuerdo asimismo con STS de 29-6-15, ya que el organismo público no responde de la indemnización pactada por el incumplimiento del Plan de competitividad por obedecer a un pacto privado (sentencia de esta Sala del TSJ de 4-4-17, rec. 1524/16.)

El Tribunal Supremo, en Sentencia aludida de fecha 29-6-2015, rec. 2082/14, señala: “Finalmente hemos de señalar que el art. 33.3 ET [versión dada por el artículo único 120 de la Ley 38/2011, de 10/Octubre] ofrece expresa respuesta a la cuestión, disponiendo: a) las indemnizaciones a abonar por el FGS, «con independencia de lo que se pueda pactar en el proceso concursal, se calcularán sobre la base de veinte días por año de servicio» [regla segunda]; y b) cuando los trabajadores solicitaran del FGS «el abono de la parte de indemnización no satisfecha por el empresario, el límite de la prestación indemnizatoria a cargo del Fondo se reducirá en la cantidad ya percibida por aquéllos». (...) 5.- A mayor abundamiento procede resaltar que el criterio inspirador que late bajo esta decisión -la voluntad de las partes no puede incrementar la responsabilidad legal del FGS- también se halla presente en nuestra reciente STS SG 16/05/15 [rcud 1519/13], en la que reproduciendo literalmente doctrina de las sentencias 26/12/01 [rcud 4042/00 -] y 11/03/02 [rcud 2492/01], se afirmaba que la responsabilidad del FGS por finalización del contrato temporal se limitaba a la legalmente establecida y no alcanzaba a la superior que colectiva o particularmente pudiera haberse pactado, porque «entender lo contrario ... equivaldría a dejar la institución de garantía, su patrimonio, su financiación y, por reflejo, el porcentaje de cotización que corresponde a los empresarios, a disposición de la autonomía colectiva. Y se estaría desconociendo su naturaleza de Organismo Autónomo adscrito al Ministerio de Trabajo, sometido a los mandatos y límites fijados por el legislador en los artículos 33 ET y 1.1 y 2 del Real Decreto 505/1985 que regula su organización y funcionamiento». Argumentos que -mutatis mutandis- son extrapolables al caso que ahora nos ocupa.”

Esta Sala en asunto sobre reclamación de cantidad de otro trabajador, contra la misma empresa, en sentencia firme de fecha 4-4-2017, rec. suplicación nº 1524/16, señala “la responsabilidad del FOGASA esta tasada, es de máximos y responde subsidiariamente dentro de los topes legales y siendo así que la cantidad percibida por el actor excede de la indemnización que le correspondería abonar subsidiariamente al FOGASA, de acuerdo con la normativa aplicable, y por cuanto que el resto que queda por abonar responde a una indemnización compensatoria pactada entre empresa y trabajador, es a la empresa en todo caso, a quien le corresponde el abono de lo adeudado, lo cual aparece reconocido como crédito ordinario por la Administración Concursal, por lo que no cabe la responsabilidad del FOGASA”

En el presente supuesto, según el hecho 6º de la propia demanda, el actor J.M.B. ha percibido de la empresa 8.710,86 €, cantidad superior a la indemnización legal de 7.847,47 €, por lo que no le corresponde al FGS abono de diferencia alguna a dicho trabajador. En cuanto a S.C., al haber percibido de la empresa 6.537,45 € y corresponderle por su indemnización legal 8.348,33 €, existe un importe a su favor de 1.810,88 €. Téngase en cuenta que cuando hablamos de la indemnización legal nos referimos a la que no comprende pacto compensatorio alguno.

CUARTO.- A efectos de una mayor claridad y comprensión, debemos indicar

que del relato de hechos declarados probados y de los hechos conformes se desprende que por Resolución de 20-1-2010, en virtud de ERE, se autorizó a la empresa para extinguir los contratos de trabajo. Las empresas I.M. FGB SL e I.M.C. SA, suscribieron con los representantes de los trabajadores, un “Plan de competitividad”, con vigencia hasta el 31-12-10, en virtud del cual esta última empresa subrogará a los trabajadores de la primera, y entre otros acuerdos, pactan reducir la plantilla de los trabajadores a jornada completa, incluido el actor, pactando una indemnización de 20 días por año de servicio con un tope de 12 mensualidades, creando una “Bolsa de trabajo” de los trabajadores afectados por el despido objetivo, y caso de incumplimiento por parte de la empresa del llamamiento en los términos establecidos, el trabajador afectado tendrá derecho a percibir una cantidad igual a la diferencia entre la cantidad que perciba como indemnización por el despido objetivo y aquella otra cantidad que se corresponda con 45 días de salario por año de servicio prorrateándose por meses los periodos inferiores a un año, con un máximo de cuarenta y dos mensualidades calculada a la fecha del despido objetivo.

Consta asimismo probado, que I.M. FGB SL fue declarada en concurso el 15-10-2013, y que los actores en 17 de diciembre de 2014 presentaron demanda de reclamación de cantidad en concepto de indemnización por despido improcedente (45 días de salario por año de servicio) al no haber procedido la empresa a llamarles para reincorporación, en virtud de la Bolsa de trabajo acordada en el Plan de competitividad. Acordando ante el Juzgado de lo Social nº 16 de Valencia, el 10-2-2016, los actores y la empresa I.M. FGB SL, con la comparecencia del Administrador concursal, que la mercantil reconoce adeudar al actor Sr. C. 15.096 € y al Sr. M. 12.057,49 € en concepto de indemnización por despido improcedente causada a consecuencia del incumplimiento por la empresa del Plan de competitividad, establecido en el ERE, por incumplir la obligación de readmitirle, calculada conforme a su salario y antigüedad. La Administración concursal se comprometía a emitir las correspondientes certificaciones en el plazo de 10 días.

De lo expuesto se deduce que la cantidad reclamada por los actores en su demanda de diciembre-14 es “la diferencia” entre la indemnización de 20 días por año de servicio, derivada de la extinción contractual autorizada en el ERE en 2010, y el importe de una indemnización de 45 días por año de servicio, pactada en el Plan de competitividad como Indemnización por incumplimiento del llamamiento en Bolsa de trabajo. Y la cantidad pactada en conciliación en el Juzgado, era fruto de una mejora, lo que supone que el Fogasa solo responde del resto de la indemnización por despido objetivo, es decir, de lo que atañe a la indemnización legal strictu sensu, resultando de lo declarado en la propia demanda que el Sr. M.B. ha percibido cuantía por encima de la indemnización legal de 20 días, por lo que no procede abono alguno por el FGS; pero que en el caso del Sr. C.C., al corresponderle una indemnización legal de 8.348,33 € y haber percibido 6.537,45 €, ello arroja a su favor la suma de 1.810,88 €, a cuyo abono debe ser condenado el FOGASA, por lo que procede la parcial estimación del recurso en los términos razonados.

FALLO

Estimamos parcialmente el recurso de suplicación interpuesto en nombre de los trabajadores S.C.C. Y J.M.B. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 7 de los de Valencia, de fecha 2 de abril de 2018, en virtud de demanda presentada contra el FONDO DE GARANTÍA SALARIAL; y, en consecuencia, con revocación de la citada sentencia y desestimación de la excepción de prescripción, declaramos que el FONDO DE GARANTÍA SALARIAL debe pagar a S.C.C. la cantidad de 1.810,88€, absolviendo al citado organismo del resto de pedimentos efectuados en su contra.

Sin costas.

2456

Sentencia núm. 1.180, de 16 de abril de 2019

Materia: Declaración de invalidez y determinación periodo de cotización. Trabajador afiliado al RGSS que ha trabajado como picador de toros y profesor universitario. El actor ha permanecido en alta en el régimen especial de trabajadores taurinos durante 21 años, compatibilizando esta profesión con otras como la de profesor universitario. El demandante presenta unas lesiones invalidantes en hombros. Solicitud declaración invalidez permanente para ejercicio de profesión habitual. Determinación de la profesión habitual.

Juzgado: Desestima la demanda, absolviendo al organismo demandado de las pretensiones que en ella se contienen. Se rechaza la solicitud de declarar al actor afecto de una invalidez permanente total para el ejercicio de su profesión habitual, considerando como tal la de profesor universitario.

Sala: Estima el recurso y revoca la sentencia de instancia. La Sala entiende que la profesión habitual del demandante es la de picador de toros y es ésta la que debe ser tenida en cuenta a efectos de valorar las secuelas invalidantes que padece el actor. Las lesiones son de tal naturaleza que le impiden el ejercicio de su profesión habitual. Procede declarar al actor afecto de una invalidez permanente total para el ejercicio de la profesión de picador. El actor se encuentra en la situación protegida amparada por el art. 194.4 de la LGSS.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se recurre por el letrado designado por don A.C.C., la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 2 de Valencia que desestimó su demanda por la que se impugnaba la resolución del Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) de 12 de febrero de 2016, confirmada por la de 20 de mayo de 2016, que rechazó su solicitud de ser declarado afecto de incapacidad permanente en el grado de total.

SEGUNDO.- Comienza el recurso con unos “Antecedentes” en los que se exponen, de una manera informal, las razones por las que el recurrente discrepa de la resolución dictada por el Juzgado de lo Social. Acto seguido, en el motivo primero del recurso se solicita la revisión del relato de hechos probados que contiene la sentencia recurrida, en los siguientes términos:

1) Se interesa, en primer lugar, que se corrija el número de días cotizados que aparecen recogidos en el hecho probado primero, de modo que se sustituyan los 2.984 por 9.695 hasta el 14 de noviembre de 2015.

El recurrente no justifica la trascendencia que esta modificación tiene para la resolución del recurso, pues en la fundamentación jurídica de la sentencia se dice que ni la base reguladora ni la fecha de efectos de la prestación solicitada fueron objeto de controversia, como tampoco se ha cuestionado que el demandante tenga de la carencia necesaria para lucrarla. Por lo demás, lo que acredita el informe de vida laboral, en que se apoya el recurrente para solicitar la modificación de este hecho primero, son las altas y bajas del trabajador en la Seguridad Social pero no los días cotizados. Es por todo ello que procede desestimar esta primera petición.

2) La segunda modificación afecta al hecho probado segundo y tiene por objeto que se deje constancia de las limitaciones orgánicas y funcionales recogidas en el informe de valoración médica emitido el 27 de noviembre de 2015 –no de 2016, como dice el recurrente-, según el cual don A.C. presentaba: “movilidad del hombro derecho con rotaciones dolorosas y limitadas más del 50%. Hombros dolorosos, derecho de forma constante e izquierdo al realizar esfuerzos”.

Esta petición sí que debe ser acogida pues constan en autos los dos informes de valoración médica emitidos en fechas muy próximas como son el 27 de noviembre de 2015 y el 25 de enero de 2016, de modo que el examen conjunto de ambos ofrece una idea más completa de las limitaciones funcionales que padece el demandante en sus hombros.

3) Se rechaza la redacción que se propone para el hecho tercero porque las dolencias ya aparecen recogidas, en lo sustancial, en la sentencia, y porque las valoraciones sobre lo “sesgado e incompleto” del segundo informe del EVI no tiene cabida en el apartado reservado a la declaración de hechos probados (ex art. 97.2 LRJS).

4) Por último, se dice en este primer motivo que se pretende “la modificación del HECHO PROBADO QUINTO”, pero lo que en realidad se discute por el recurrente, sin ofrecer una redacción alternativa clara, es la conclusión a la que llega la sentencia al razonar en sus fundamentos jurídicos que la profesión que se debe considerar a efectos de examinar la solicitud de incapacidad permanente es la de profesor universitario y no la de picador. Se trata de una cuestión jurídica, que no fáctica, que será analizada al resolver el siguiente motivo del recurso. Por lo demás, lo que expresa la sentencia en el hecho quinto son los periodos en que el Sr. C. ha permanecido de alta en ambas actividades y esos datos no son cuestionados por el recurrente. Es por todo ello que esta petición no puede ser aceptada.

TERCERO.- 1. El segundo motivo del recurso se desglosa en siete apartados en los que se mezclan cuestiones procesales, sustantivas y constitucionales, pese a que en el encabezamiento se dice que lo que se pretende es “examinar las infracciones de normas sustantivas”. Así, se denuncia: la infracción del principio de seguridad jurídica, garantizado por el artículo 9 de la Constitución Española; del principio de buena fe, recogido en el artículo 7 del Código Civil; de la doctrina de los actos propios; de los artículos 72 y 97 de la Ley de Procedimiento Laboral –ley derogada por la Ley 36/2011, de 10 de octubre-; y la del artículo 137 LGSS –también sustituida por la vigente LGSS 8/2015-.

Lo que en definitiva se sostiene por el recurrente en este motivo, es que la profesión para la que solicita la declaración de incapacidad permanente es la de picador de toros y que con las lesiones que padece y las secuelas que se derivan de ellas, se encuentra impedido para seguir desarrollando las tareas fundamentales de esa profesión.

2. El artículo 194.2, 2º del vigente texto refundido de Ley General de la Seguridad Social aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre (en adelante LGSS) dispone lo siguiente: *“A efectos de la determinación del grado de la incapacidad, se tendrá en cuenta la incidencia de la reducción de la capacidad de trabajo en el desarrollo de la profesión que ejercía el interesado o del grupo profesional, en que aquella estaba encuadrada, antes de producirse el hecho causante de la incapacidad permanente”.*

La determinación de la profesión habitual de quien solicita una declaración de incapacidad permanente ha sido siempre una cuestión compleja. El artículo 11.2 de la Orden de 15 de abril de 1969, por la que se establecen normas para la aplicación y desarrollo de las Prestaciones por Invalidez en el Régimen General de la Seguridad

Social dispone lo siguiente: *“Se entenderá por profesión habitual, en caso de accidente, sea o no de trabajo, la desempeñada normalmente por el trabajador al tiempo de sufrirlo, y en caso de enfermedad común o profesional, aquella a la que el trabajador dedicaba su actividad fundamental durante los doce meses anteriores a la fecha en que se hubiese iniciado la incapacidad laboral transitoria de la que se derive la invalidez.*

A tales efectos se tendrán en cuenta los datos que consten en los documentos de afiliación y cotización.”

En interpretación de este precepto la jurisprudencia ha venido señalando que: *“con carácter general (que) la profesión "habitual" es la ejercida prolongadamente y no la residual a cuyo ejercicio ha podido haber conducido la situación invalidante, esto es, la desarrollada a lo largo de la vida activa, aunque en un último estadio, breve por sí mismo y más si se contrapone al muy prolongado anterior, se haya accedido a otra más liviana”* (SSTS/4ª de 31 mayo 1996, 23 noviembre 2000, 9 diciembre 2002 -rcud. 1197/2002-, 26 septiembre 2007 -rcud. 4277/2005- y 26 de octubre de 2016 -rcud. 1267/2015).

En el supuesto que ahora se enjuicia, consta en el hecho probado quinto de la sentencia recurrida, que la actividad profesional de don A.C. se ha desarrollado en dos áreas bien diferentes: la de profesor universitario de veterinaria y la de picador de toros. La primera de ellas se ha ejercido durante 1.334 días desde el año 2012 hasta el año 2015, mientras que la segunda –la de picador de toros- se ha desarrollado desde el año 1994 hasta el 31 de diciembre de 2015 habiendo permanecido de alta un total 6.655 días. Desde esta perspectiva no se puede calificar esta última profesión como residual, pues la permanencia del Sr. C. en el sistema especial de Seguridad Social ha sido muy dilatada en el tiempo y se mantenía cuando el 14 de octubre de 2015 inició el proceso de incapacidad temporal del que deriva el presente expediente. Por tanto, entendemos que es la profesión de picador de toros la que se debe tener en cuenta a efectos de valorar si las secuelas derivadas de las dolencias que padece el Sr. C. le producen una incapacidad permanente para desarrollar todas o las fundamentales tareas de tal profesión.

CUARTO.- 1. Dispone el artículo 193 de la LGSS que *“la incapacidad permanente es la situación del trabajador que, después de haber estado sometido al tratamiento prescrito, 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 194.4 del mismo texto legal en la redacción dada por la disposición transitoria vigésima sexta, 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”.*

2. Como hemos visto, constan en autos dos informes de valoración médica emitidos por los servicios médicos de la Entidad Gestora. Los dos informes coinciden en que don A.C. presenta lesiones en ambos hombros. En uno de ellos se constata que el balance articular en ambos hombros está limitado en menos del 50%. Y en el otro informe, emitido un par de meses antes, se dice que presenta movilidad del hombro derecho con rotaciones dolorosas y limitadas más del 50%, y se añade en las conclusiones que tales lesiones le producen una limitación severa para su actividad laboral que implica una carga biomecánica de hombros muy elevado y un alto riesgo de traumatismos en ellos.

Pues bien, aunque a primera vista ambos informes pudieran parecer contradictorios, lo cierto es que no lo son, pues lo que se hace en el segundo es reseñar de una forma más concreta las limitaciones que las lesiones objetivadas en los hombros le provocan para ejercer la concreta profesión de picador de toros. Si ello es así, y resulta que los propios órganos técnicos de la Entidad Gestora consideran que el Sr. C. tiene una limitación severa para seguir ejerciendo esa actividad laboral, debemos concluir que se encuentra en la situación protegida contemplada en el artículo 194.4 LGSS y que, en consecuencia, su demanda debe ser estimada en los términos que se recogen en la parte dispositiva de esta resolución de acuerdo con los datos que figuran en el hecho probado primero de la sentencia, que no han sido cuestionados por ninguna de las partes.

QUINTO.- No procede imponer condena en costas (art. 235.1 LRJS)

FALLO

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de DON A.C.C. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 2 de Valencia de fecha 8 de enero de 2018 (autos 563/2016), en virtud de demanda presentada a su instancia contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL; y, en consecuencia, revocamos la sentencia recurrida y con estimación de la demanda declaramos al demandante en situación de incapacidad permanente total para su profesión habitual de picador de toros derivada de enfermedad común, con derecho a percibir una pensión vitalicia del 55% de una base reguladora de 2.390'40 euros y efectos económicos de la fecha del cese en la actividad. Condenamos al INSS a estar y pasar por esta declaración y al abono de la citada pensión.

Sin costas.

2457

Sentencia núm. 1.192, de 16 de abril de 2019

Materia: Reclamación de cantidad. Trabajador que presta sus servicios como vendedor de coches. El actor percibe determinadas cantidades en concepto de sueldo más comisiones por venta. El actor ha de cumplir con unos objetivos. Despido disciplinario procedente. Actuación en fraude de ley por parte del trabajador demandante: reventa de determinados vehículos a particulares en lugar de darlos de baja. El actor reclama determinadas cantidades adeudadas en concepto de pagos pendientes por comisiones.

Juzgado: Estima parcialmente la demanda, condenando a la demandada a abonar a la parte actora determinada cantidad, absolviéndola del resto de las pretensiones deducidas en su contra.

Sala: Estima parcialmente el recurso y revoca la sentencia de instancia. El actor tiene derecho a recibir unas cantidades inferiores a la establecida en la sentencia de instancia.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se interpone recurso de suplicación por la representación letrada de la empresa F.M. SA, frente a la sentencia, y su auto de aclaración, que estimando en parte la demanda instada por D. J.A.M.R., condena a la mercantil recurrente a que abone al actor la cantidad de 3.818,46 euros.

1. El recurso se formula en tres motivos redactados al amparo de la letra b) del art. 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social. En el primer motivo, interesa la adición de un nuevo hecho probado, de ordinal cuarto-bis, que diga, "Además de la exigencia de venta de un número mínimo de unidades al mes (tal como recoge el HP 4º), la empresa tiene establecido un Nivel de Calidad del 0 al 3, en el que el 0 supone NO COBRAR, el Nivel 1 supone cobrar 100€ por vehículo vendido, el Nivel 2: 75€ y el Nivel 3: 50€", en base al documento 8-folio 156, interrogatorio y testigos.

Por así disponerlo los artículos 193-b) y 196.3 LRJS, en el recurso de suplicación la pretensión de que se revisen los hechos declarados probados por la sentencia de instancia no puede fundarse en la errónea valoración de la prueba testifical o de interrogatorio de parte (confesión judicial). Y, respecto a la documental citada, la Magistrada de instancia, en el Fundamento de derecho cuarto, ya ha valorado el correo electrónico obrante al folio 156 en relación con el documento de Política comercial de la empresa (folio 132 y ss y 154 y 155), concluyendo que debe estarse al contenido de este último documento, por lo que teniendo en cuenta que la valoración de la prueba es una facultad que incumbe en exclusiva a la juez de instancia y que es ella quien, a la vista de los diferentes informes y pruebas que hayan podido practicarse, debe expresar su convicción declarando los hechos que estime probados (ex art. 97.2 LRJS), no es posible acceder a la revisión postulada cuando lo que se evidencia es una mera discrepancia en la valoración de la referida prueba, pero no que se haya incurrido en error patente y evidente en su valoración.

2. En el segundo motivo, solicita la ampliación del hecho probado sexto, a fin de que en base a los documentos aportados en formato CD, y con invocación del art. 29.2 del Estatuto de los Trabajadores, se adicione el siguiente texto, "- AB.G. -A.G.M.,

consta su denuncia la empresa en la que cuenta el engaño y fraude que sufrió por parte del vendedor J.A.M.R., también consta la denuncia que sobre estos hechos hizo la compradora en el juzgado de instrucción nº 2 de Alicante, así como la presentada en el OMIC de Alicante todo ello por la estafa de la que considera ha sido objeto por parte del vendedor J.A.M.R.. –A.M.R., consta su denuncia a la empresa en la que cuenta el engaño del que fue objeto (en dos ocasiones) por parte del vendedor J.A.M.R., correo amenazando a la empresa si no se hacía cargo de unas multas que aparecían en SUMA y que eran consecuencia del fraude cometido por el Sr. M.R. al apropiarse de un coche que iba para un PIVE. –E.B.J. consta la factura de venta, el documento de extensión de la garantía y el plan de mantenimiento participado todo ello a nombre del vendedor F.C.S.. –L.C.D.. –M.A.C.B.. –P.S., según la empresa No consta que exista cliente con ese nombre. –A.A.M. consta la Financiación BBVA, el Certificado de Conformidad, Extensión de la garantía todo ello a nombre de los Vendedores R.V.S.S. y J.P.M.R. –F.C.I. consta la factura de venta y el Certificado de conformidad a nombre del vendedor J.M.P.R.. –F.A.H.Z....consta la factura de venta a nombre del vendedor F.C.S., asimismo constan a nombre del vendedor J.A.M. documentos fechados con posterioridad a su despido. –J.E.O....constan la factura de venta, la encuesta de prueba dinámica y el Certificado de Conformidad a nombre del vendedor J.M.P.R. asimismo constan a nombre del vendedor J.A.M. documentos fechados muy posteriores a la fecha de su despido. –M.G.S....constan la factura de venta a nombre del vendedor F.C.S. asimismo constan a nombre del vendedor J.A.M. documentos fechados con posterioridad a su despido. –MTGB...constan la factura de venta, la hoja de pautas, la encuesta de prueba dinámica, el certificado de conformidad a nombre a nombre del vendedor F.C.S., asimismo constan a nombre del vendedor J.A.M. documentos fechados con posterioridad a su despido. –R.V.A....constan la factura de venta a nombre del vendedor F.C.S., asimismo constan a nombre del vendedor J.A.M. documentos fechados con posterioridad a su despido".

La adición no se admite, pues el hecho de que se hayan presentado denuncias por los clientes respecto a los vehículos plan Pive, no implica que el actor no hubiese sido el vendedor del nuevo vehículo, que es lo determinante a efectos del presente procedimiento. Respecto a las facturas emitidas por la empresa haciendo constar un vendedor distinto al actor, ello tampoco implica que la Magistrada haya incurrido en error en la valoración de prueba, pues en los documentos de compra obrantes en el CD también consta en los contratos, como vendedor, el actor. En cuanto al cliente P.S., la magistrada, en base al folio 111, declara probado únicamente que consta copia de pedido, pero no declara probado que la venta se llegase a realizar. Procediendo, la desestimación del motivo.

3. En tercer lugar, solicita la revisión del hecho probado quinto, a fin de que quede redactado del siguiente modo, "Reclama el actor en el presente procedimiento la cantidad total de 4.208,64 euros, desistiendo de la comisión por la venta realizada a Mª D.M.M., por las comisiones de ventas efectuadas en febrero y marzo de 2015, así como la nómina de marzo de 2015 y la parte proporcional de vacaciones 2015 (7 días), conforme el desglose de cantidades como se hace constar en el Hecho Segundo de la demanda, *importes a los que la empresa demandada deduce un importe de 400€ por una factura impagada del actor, así como 449,33€ en concepto de comisiones cobradas indebidamente*", en base a los documentos 1, 2-1 y 2-2 del ramo de prueba del recurrente-folios 136 a 138, y testifical, con cita de los folios 146, 147 y 181.

En cuanto a la prueba testifical, ya se ha dicho que carece de fuerza revisora. El documento obrante al folio 136-nómina de marzo-15, no lleva firma del actor, y el folio 138 consiste en documento elaborado por la empresa indicando importes a descontar al actor, por operaciones incluidas en las nóminas de noviembre-14 a febrero 15, ambas inclusive, por lo que dichos documentos de parte carecen de fuerza revisora, lo que lleva a desestimar el motivo.

El recurso no contiene ningún motivo redactado por el cauce procesal de la letra c) del art. 193 de la LRJS, citando únicamente en la solicitada revisión fáctica el art. 29.2 del Estatuto de los Trabajadores, debiendo recordarse que el Tribunal Constitucional ha afirmado 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 26 noviembre), y que corresponde a las partes cumplir las exigencias del recurso que interponen (STC 16/92 y 40/02).

No obstante, y en aras a salvaguardar la tutela judicial efectiva, teniendo por denunciada por el recurrente la infracción del art. 29.2 del ET, el recurso no puede prosperar, pues del relato fáctico, al que esta Sala queda vinculada dada la naturaleza extraordinaria del recurso de suplicación, consta que el actor intervino en la contratación de los vehículos que constan en el hecho probado sexto, excepto de P.S. quien no consta adquiriese el vehículo, por lo que deducido el importe del mismo, la cantidad a abonar por comisiones asciende a 2.450€, y el total a abonar a 3.743,46€.

SEGUNDO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 203 LRJS, se acuerda la devolución parcial de las consignaciones, en la cuantía que corresponda a la diferencia de las dos condenas. Y la devolución del depósito.

FALLO

Estimamos en parte el recurso de suplicación interpuesto en nombre de F.M. SA, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº. 3 de los de Alicante, de fecha 15-mayo-2017, en virtud de demanda presentada a instancia de D. J.A.M.S.; y, con revocación parcial de la sentencia declaramos que la cantidad a cuyo abono se condena a la recurrente asciende a 3.743,46€.

2458

Sentencia núm. 1.233, de 24 de abril de 2019

Materia: Reconocimiento de derecho: clasificación profesional. Trabajadora que presta servicios en empresa dedicada al sector del metal con categoría profesional de secretaria. Aplicación del convenio colectivo del sector de la industria, la tecnología y los servicios del sector del metal de la provincia de Valencia La trabajadora recibe un plus de productividad por conocimiento de idiomas. Complemento salarial. La actora reclama reconocimiento y consolidación de categoría profesional, así como abono de diferencias salariales. Absorción y compensación salarial: ajuste a derecho.

Juzgado: Estima parcialmente la demanda reconociendo a la actora la categoría de jefe administrativo de segunda en el ámbito del convenio colectivo de referencia. Absuelve a la demandada de las peticiones de diferencias salariales derivadas de tal reconocimiento. Una vez reconocida la categoría profesional de la actora ya no subsiste el hecho que motivó la necesidad de recibir el complemento salarial. Procede la absorción y compensación salarial.

Sala: Desestima el recurso de la parte actora y confirma la sentencia de instancia. Procede la compensación y absorción del complemento salarial al tener la misma causa que el salario fijado en convenio colectivo de aplicación para el grupo profesional en que ha quedado encuadrada la recurrente.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Manuel Alegre Nueno.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. El recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de la demandante frente a la sentencia de instancia que estimó parcialmente su demanda en reclamación de categoría profesional y cantidad, contiene un motivo de revisión fáctica y otro de censura jurídica, formulados ambos con adecuado fundamento jurídico-procesal, habiendo sido impugnado por la mercantil demandada, conforme se ha expuesto en los antecedentes de hecho.

SEGUNDO. El primero de los motivos del recurso se destina a la revisión del cuarto hecho probado de la sentencia recurrida, con la finalidad de añadir a su redacción original el siguiente texto: La actora posee la siguiente preparación profesional: .-Ha realizado todos su estudios en Bélgica.- Es traductora titulada.-titulación universitaria.- También tiene título de secretaria de administración.- Conocimientos lingüísticos: castellano, francés, inglés, italiano y español. - Experiencia profesional: 17 años trabajando en Bélgica, inicialmente en el departamento comercial, en el departamento de administración y finalmente como encargada de recursos humanos. 15 años trabajando en España en la empresa C.H., en el departamento de exportación.

No podemos acoger esta petición revisoria porque ni se basa en un medio de prueba hábil (confesión judicial del legal representante de la mercantil demandada e informe del comité de empresa), como exige el artículo 196.3 de la LRJS, ni se acredita la existencia de error alguno cometido por el juzgador de instancia al valorar los medios de prueba aportados por las partes, sino que lo pretendido por los recurrentes es, en realidad, que esta Sala valore "ex novo" los medios de prueba aportados en el acto del juicio oral, lo que supone desconocer que el recurso de suplicación no tiene la naturaleza de la apelación ni de una segunda instancia, sino que se trata de un

medio de impugnación extraordinario, casi casacional, naturaleza que se plasma en el artículo 193 de la LRJS (STC 294/1.993, de 18 octubre). Para el legislador es al juez de instancia, cuyo conocimiento directo del asunto garantiza el principio de inmediación del proceso laboral, a quien corresponde apreciar los elementos de convicción, para establecer la verdad procesal, intentando su máxima aproximación a la verdad real, valorando, en conciencia y según las reglas de la sana crítica, la prueba practicada en autos conforme a las amplias facultades que a tal fin le otorgan los artículos 316, 326, 348 y 376 LEC, así como el artículo 97.2 de la LRJS.

Ha de quedar incólume, por tanto, el relato de hechos probados de la sentencia recurrida y de él se ha de partir para atender al segundo de los motivos del recurso que se examina.

TERCERO. En su motivo destinado a la censura jurídica, denuncia la letrada recurrente la infracción, por inaplicación, del artículo 25 y anexo III, apartado séptimo (grupo profesional 4) del convenio colectivo del sector de la industria, la tecnología y los servicios del sector del metal de la provincia de Valencia. Argumenta, para fundamentar este motivo de suplicación, que la demandante venía percibiendo un plus de productividad “en razón de sus conocimientos de idiomas y el trabajo a realizar”, mientras que en la categoría profesional de jefe administrativo de segunda que le ha sido reconocida en la sentencia recurrida “sólo se exige suficiente dominio de un idioma extranjero y alta confidencialidad, siendo que la actora conoce varios idiomas que utiliza durante toda la jornada laboral”. Por consiguiente, en su opinión, subsiste el hecho que motivó el abono del plus de productividad que viene percibiendo la actora, no pudiendo ser compensado ni absorbido con el aumento salarial derivado del reconocimiento de una categoría profesional superior, habida cuenta que “el salario convenio de la categoría profesional superior (jefe administrativo de segunda) no remunera ese específico y perfecto conocimiento de varios idiomas”.

De este modo, la cuestión a resolver por esta Sala es determinar si la utilización, por la mercantil demandada, de su facultad de absorción y compensación del plus de productividad que venía percibiendo la actora resulta ajustada a Derecho, como ha entendido el magistrado de instancia, o contraviene la norma convencional cuya infracción denuncia la recurrente.

Como se sabe, la absorción y compensación salarial tiene por objetivo evitar la superposición de las mejoras salariales que tengan su origen en diversas fuentes reguladoras del salario, de forma que los incrementos periódicos anuales del salario fijado en convenio colectivo quedan neutralizados, cuando el trabajador percibe un salario superior al previsto en aquél, bien por haberlo acordado así en el contrato individual, bien por decisión unilateral del empresario (artículo 26.5 ET). Así pues, dos son los presupuestos necesarios para que pueda utilizarse la técnica de la compensación y absorción: a) la coexistencia de dos niveles salariales fijados en fuentes reguladoras distintas –negociación colectiva y contrato individual o decisión unilateral del empresario; b) el incremento (o mejora) de uno de los niveles salariales (por todas, SSTs de 15 de enero de 1.990 y de 10 de noviembre de 1.998).

Como ha manifestado con reiteración la jurisprudencia, la compensación y absorción juega como regla general, si bien sólo puede operar entre conceptos salariales homogéneos, esto es, que respondan a una misma causa, aunque no se trate del mismo e idéntico concepto salarial. Por tal motivo, no puede fijarse un principio general válido para todos los supuestos, sino que deben analizarse en cada caso enjuiciado las circunstancias concurrentes (STS de 29 de septiembre de 2.008; rec. 2255/2007).

Pese a esta regla general, que reconoce una facultad libérrima al empresario

de uso restrictivo, el convenio colectivo, la decisión o el acuerdo a través de la cual se instaura la mejora salarial que pretende absorberse o compensarse puede establecer límites a este mecanismo neutralizador, en cuyo caso hay que estar a los términos del convenio, pacto o decisión empresarial para determinar en qué supuestos y con qué condiciones se aplica la compensación y la absorción.

En el caso enjuiciado, el artículo 25 del convenio colectivo del sector de la industria, la tecnología y los servicios del sector del metal de la provincia de Valencia, que denuncia como infringido la recurrente, señala: “Las cantidades que las empresas vengán satisfaciendo a sus trabajadores y trabajadoras como contrapartida por la obtención de un mayor rendimiento en el trabajo no podrán ser absorbidas ni compensadas con las mejoras pactadas en este convenio, salvo aquellos conceptos que expresamente sean regulados y cuantificados en el mismo, y hasta la cuantía en que éste se determine. Aquellos complementos que se hayan pactado entre empresa y la o el trabajador y subsista el hecho que los motivó, no serán compensables ni absorbibles”.

De la literalidad del precepto transcrito se hace necesario, para poder pronunciarnos sobre la corrección de la compensación y absorción utilizada por la mercantil demandada, primero clarificar la naturaleza del plus de productividad que viene percibiendo la demandante y, a tal efecto, hemos de atender al principio de causalidad. Como pone de manifiesto el inalterado relato de hechos probados contenido en la sentencia recurrida, la actora presta servicios para la demandada con la categoría de secretaria del departamento de exportación, que no coincide con ninguna de las recogidas en el anexo III, apartado séptimo del citado convenio colectivo, percibiendo, sin embargo, el salario base y el plus de convenio correspondiente a la categoría de administrativa, sí recogida en el convenio colectivo de aplicación (grupo profesional 5), y un complemento salarial, denominado plus de productividad, que tiene por finalidad retribuir el conocimiento de idiomas que empleaba y las funciones de gestión que realizaba la actora, que eran las propias de un jefe de segunda administrativo (grupo profesional 4).

Por consiguiente, resulta evidente que el plus de productividad que ha venido percibiendo la demandante no retribuye las condiciones personales superiores a las exigidas para ostentar una determinada categoría profesional (complemento personal), sino que retribuye el trabajo realizado (circunstancias materiales de prestación del trabajo; complemento por puesto de trabajo), pues la causa de su abono no es el conocimiento de un determinado idioma como cualidad personal sino su utilización en un puesto de trabajo determinado. La regla general es que los complementos salariales de puesto de trabajo como el que nos ocupa no se conservan en caso de movilidad funcional, que no sea descendente, salvo pacto en contrario (por todas, STS de 18 de diciembre de 2013, rec. núm. 3232/2012).

Recordemos que el artículo 25 del convenio colectivo aplicable al supuesto que nos ocupa -citado como infringido-, sólo prohíbe la compensación y absorción de aquellos complementos salariales pactados respecto de los cuales “subsista el hecho que los motivo”, y en el caso que nos ocupa, la causa (hecho) que motivó que la recurrente percibiera el plus de productividad fue el desempeño de funciones correspondientes a una categoría profesional superior a la reconocida inicialmente, de modo que una vez reconocida dicha categoría superior (jefe de segunda administrativo) ya no subsiste dicha causa porque la demandante desempeña las funciones propias de su grupo profesional (grupo profesional 4) y percibe el salario correspondiente al mismo, que retribuye tanto la utilización de idiomas como las tareas de gestión y nivel de responsabilidad, por lo que procede la compensación y absorción del controvertido complemento salarial al tener la misma causa que el salario fijado en el convenio colectivo de aplicación para el grupo profesional 4 en el que ha quedado encuadrada la recurrente.

Por todo lo expuesto procede la desestimación del recurso interpuesto por la demandante y la confirmación de la sentencia recurrida en todos sus pronunciamientos.

CUARTO. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 235.1 de la LRJS, en relación con el artículo 2, b) de la Ley 1/1.996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita, no procede la imposición de costas al gozar los recurrentes del beneficio de justicia gratuita.

FALLO

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de Dña. M.C.R.G. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 2 de Valencia, de fecha 21 de marzo de 2.018, en los procedimientos acumulados números 244/2016 y 250/17, promovidos a su instancia frente a la mercantil C.H., SLU sobre clasificación profesional y reclamación de cantidad, y, en consecuencia, confirmamos la resolución recurrida.

No procede imponer condena en costas al gozar los recurrentes del beneficio de justicia gratuita.

2459

Sentencia núm. 1.241, de 16 de abril de 2019

Materia: Pensión de jubilación. Competencia funcional. Trabajador afiliado a la seguridad social que ha cotizado en España y Francia. Revisión cuantía prestación. Revisión base reguladora. Aplicación convenio hispano-francés.

Juzgado: Estima parcialmente la demanda declarando el derecho del actor a percibir una pensión de jubilación del 100% de cotización, vitalicia y con pagas de 14 meses al año, con aplicación de las revalorizaciones y mejoras que legalmente correspondan, condenando a los organismos demandados a abonar la prestación declarada.

Sala: Desestima el recurso declarando la incompetencia funcional de la Sala para resolver sobre el fondo del asunto. Aplicación del art. 191.2g) LRJS. El umbral de la cuantía no excede de la suma necesaria para poder acceder al recurso de suplicación.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. 1. La pretensión ejercitada en el proceso donde recayó la sentencia de instancia se orientaba a que “se declare el derecho del actor a percibir una pensión de jubilación en cuantía del 100% (cotización), del 60% (edad), del 26,09% (prorrata), de la base reguladora de 859,43 euros, con efectos económicos desde el 05.10.2011, con carácter vitalicio, catorce veces al año y con aplicación de las revalorizaciones y mejoras que legalmente correspondan; y se condene a los demandados a abonar la prestación declarada, dando cumplimiento al fallo”. La pensión de jubilación reconocida al actor, según se indicaba en los antecedentes de la demanda inicial, lo fue con efectos económicos de 1-6-1999, base reguladora de 3.427 pesetas (20,60 €), porcentaje cotización 100%, porcentaje edad 60%, porc de este entaje a cargo de España 12,44%.

2. Como ya indicamos en sentencia firme de 5 de febrero de 2019, recaída en el recurso 32/2018, donde también se reclamaban diferencias económicas por revisión de la pensión de jubilación del Convenio Hispano-Francés de Seguridad Social, “Recorre en suplicación la parte demandada INSS, la sentencia de instancia que estimó la demanda origen de las actuaciones, revocó la resolución administrativa impugnada y declaró el derecho de la actora a percibir una pensión de jubilación en cuantía del 100% (cotización), del 60% (edad), del 23,1% (prorrata a cargo de España), de la base reguladora de 1.245,49 euros, con efectos económicos desde el 5 de julio de 2016, en 14 pagas anuales, con aplicación de las revalorizaciones y mejoras que legalmente correspondieran. Por el INSS se dictó Resolución el 23/11/16 en la que resolvía revisar la prestación que la actora venía percibiendo, con efectos económicos desde el 5/07/2016, conforme a una base reguladora de 21,70€, 100% de cotización, porcentaje resultante del 60%, y con porcentaje a cargo de España del 23,1%.

Partiendo pues de la base reguladora que reconoce el INSS de 21,70 € y de la solicitada de 1.245,49 €, resultante del Convenio Hispano francés, y aplicando los porcentajes de 60% y de 23,1% de prorrata, constatamos una diferencia mensual entre ambas de 169,61 € (172,62 pensión prorrata reconocida en sentencia y 3,007 pensión prorrata reconocida por INSS) y anual de 2.374,65 €, cifra ésta inferior a los 3.000 € (teniendo en cuenta las 14 pagas anuales), que es el umbral cuya superación posibilita el acceso a la suplicación. Y la Sala advierte estar mal admitido el recurso de suplicación, por razón de la cuantía, según el art. 191 de la LRJS, atendiéndose desde antiguo a la cuantía concreta (T. Supremo: 12-2-94, 25-9-95, A. 6890; 18-7-96, 20-9-96,

21-4-97, 16-5-97, 7-2-2000,A.1607, 20-3-2000,A.2867), y al importe anual, en caso de pensiones periódicas; y así, T. Supremo: 12-2-94, 25-9-95, A. 6890; por la diferencia de prestaciones, base reguladora, porcentaje de pensión, etc., si no se discute el derecho a la prestación (como en este caso). T. Supremo: 12-2-94; 25-9-95; 18-7-96, 20-9-96, 21-4-97, 16-5-97, 7-2-2000,A.1607, 20-3-2000,A.2867, que reitera que se aplica el art 178 LPL de 1980, no el art 489 LEC, como ya se indicó por el TS: 12-2-94, 6-4-95 etc., y como confirma el T. Constitucional en sentencia de 21-11-94 (312/94); y que lo relevante es la pretensión real, no la base reguladora (sentencia de 29-5-2000,A.5890, etc. y TSJ Valencia: 10-3-92, 4-1-93, 21-1-95, 21-11-95, etc.). Actualmente la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social establece concretas previsiones para este tipo de reclamaciones en el art. 192, dedicado a la determinación de la cuantía del proceso, estableciendo en sus puntos 3 y 4 lo siguiente: "3. Cuando la reclamación verse sobre prestaciones económicas periódicas de cualquier naturaleza o diferencias sobre ellas, la cuantía litigiosa a efectos de recurso vendrá determinada por el importe de la prestación básica o de las diferencias reclamadas, ambas en cómputo anual, sin tener en cuenta las actualizaciones o mejoras que pudieran serle aplicables, ni los intereses o recargos por mora. La misma regla se aplicará a las reclamaciones de reconocimiento de derechos, siempre que tengan traducción económica. 4. En impugnación de actos administrativos en materia laboral y de Seguridad Social se atenderá, a efectos de recurso, al contenido económico de la pretensión o del acto objeto del proceso cuando sea susceptible de tal valoración y, en su caso, en cómputo anual. Cuando se pretenda el reconocimiento de un derecho o situación jurídica individualizada, la cuantía vendrá determinada por el valor económico de lo reclamado o, en su caso, por la diferencia respecto de lo previamente reconocido en vía administrativa. Cuando se pretenda la anulación de un acto, incluidos los de carácter sancionador, se atenderá al contenido económico del mismo. En ambos casos no se tendrán en cuenta los intereses o recargos por mora. En materia de prestaciones de Seguridad Social igualmente valorables económicamente, se estará a la regla del apartado 3 de este mismo artículo, computándose exclusivamente a estos fines las diferencias reclamadas sobre el importe reconocido previamente en vía administrativa. Todo ello conlleva la inadmisión del recurso de suplicación planteado, al ser aplicable la regla prevista en el artículo 191.2.g) de la LRJS que no da acceso al recurso de suplicación cuando el umbral de la cuantía no exceda de la suma de 3.000 euros."

3. Atendiendo al examen de la pretensión ejercitada, tal y como señalamos en el apartado 1 de este fundamento jurídico, se impone aquí llegar a idéntica conclusión que la indicada en la sentencia firme de la Sala cuya fundamentación jurídica quedó parcialmente transcrita en el apartado anterior de este fundamento jurídico.

SEGUNDO. Corolario de todo lo razonado será declarar inadmisibles por razón de la cuantía (inferior a 3.000 euros) el recurso de suplicación interpuesto y firme la sentencia de instancia, al no estar en presencia de algún otro de los supuestos previstos en el art.191.3 de la LJS que posibilitara el acceso a este recurso extraordinario, y en consecuencia carecer esta Sala de competencia funcional para decidirlo (art.7.c) de la LJS), tal y como ha interesado el Ministerio Fiscal.

FALLO

Declaramos la incompetencia funcional de la Sala al ser inadmisibles por razón de la cuantía el recurso de suplicación interpuesto en nombre del INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de los de Alicante el día diecinueve de junio de dos mil diecisiete, en proceso sobre diferencias en la cuantía de pensión de jubilación cantidad seguido a instancia de don J.C.C. contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y la TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y firme dicha sentencia.

2460

Sentencia núm. 1300, de 2 de mayo de 2019

Materia: Prestación de maternidad. Trabajadora afiliada al RETA que causa baja voluntaria por cese de actividad. En fecha anterior al cese de actividad se encuentra en situación de IT derivada de enfermedad común. La actora es dada de alta y al día siguiente causa baja por maternidad. Solicitud de prestación. Se deniega a la actora la prestación por no encontrarse en alta o en situación asimilada al alta, al sobrevenir la situación protegida.

Juzgado: Estima la demanda declarando el derecho de la parte actora a la prestación de maternidad.

Sala: Desestima el recurso del organismo demandado y confirma la sentencia de instancia. La actora se encuentra en situación asimilada al alta, al haberse dado de baja en el RETA por cese de actividad en los noventa días anteriores al hecho causante. Art. 29 Decreto 2530/1970 y art. 10.4 RD 295/2009.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - La sentencia de instancia estimó la demanda presentada por la actora y declaró el reconocimiento a la parte actora del derecho a la prestación de maternidad, y en consecuencia condenó a la Entidad Gestora demandada a que le reconozca y abone dicha prestación sobre un salario base regulador de 29,77 euros día u 893,10 euros al mes, más los incrementos legales correspondientes y con efectos desde el día 6-2-2017. Frente a esta sentencia interpone recurso de suplicación la parte demandada INSS, siendo impugnado el recurso por la parte actora y en el primer motivo del recurso con amparo procesal en el artículo 193, b) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, se interesa la modificación de los hechos declarados probados, y en concreto que se adicione un nuevo hecho probado con el ordinal sexto y el siguiente contenido: "la actora no tiene la cobertura de protección de cese de actividad", pero la adición fáctica no puede alcanzar éxito ya que de los documentos en que pretende basar la revisión no resulta de modo directo sin necesidad de conjeturas, ni de razonamientos el texto que se pretende incorporar, ya que en el documento obrante al folio 88 de los aportados por el INSS, y tras la expresión "opción Cese Actividad: N" aparece una "N" que no es clarificadora de la situación y precisa de conjeturas para evidenciar lo que se pretende introducir. Mientras que en otros puntos del documento sí que aparece la expresión "NO", para otros conceptos, por lo que no procede efectuar suposiciones.

SEGUNDO. - Respecto del derecho, denuncia el recurso, con amparo procesal en el apartado c) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, que en la sentencia impugnada se ha producido infracción de lo dispuesto en los arts. 165.1 de la Ley General de la Seguridad Social de 2015, y de los arts. 3 y 4 del Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de Seguridad Social, por maternidad en relación con el Real Decreto 1541/2011, de 31 de octubre, que establece un sistema específico de protección por cese de actividad de los trabajadores autónomos, arts. 2, 3 y 17, que exigen para causar la maternidad en cese de actividad, haber optado por la cobertura de dicho cese. Considera la parte recurrente que no es de aplicación la doctrina del Tribunal Supremo de la sentencia que aplica la sentencia de instancia que considera en situación asimilada al alta la maternidad, consecutiva a un proceso de alta médica, con baja previa en el Régimen de Trabajadores Autónomos, y estima la parte

recurrente que es de aplicaci3n el RD 1541/2011, de 31 de octubre que a partir de su entrada en vigor -1 de noviembre de 201- para seguir estando protegido despu3s de darse de baja en el RETA, es necesario haber optado por la cobertura de cese en la actividad y la actora no lo hizo. El art. 2 del RD 1541/2001 fija en su punto 1.a) para la protecci3n por cese de actividad, tener la cobertura por dicha contingencia.

Los inalterados hechos declarados probados revelan que la actora en fecha 5 de febrero de 2017 causo alta de la situaci3n de incapacidad temporal iniciada el 29-11-2016, y al d3a siguiente, 6 de febrero de 2017, dio a luz a su hija M., causando baja por maternidad, habiendo percibido prestaciones por IT por contingencias comunes a trav3s de la Mutua Activa Mutua 2008 desde el 2-2-16 hasta el 5-2-17. La actora fue dada de alta en el RETA por actividad de comercio al por menor de productos desarrollada por esta (herborister3a), desde el 1 de enero de 2016 hasta el 31 de enero de 2017.

En el caso que nos ocupa se deniega la prestaci3n de maternidad solicitada por la parte actora por no encontrarse en alta o situaci3n asimilada al alta, al sobrevenir la situaci3n protegida (fecha de nacimiento) de acuerdo con lo dispuesto en el art. 165 de la LGSS de 2015 y el art. 2.1 del RD 295/2009, de 6 de marzo, y adem3s se alega que tampoco tiene derecho a la prestaci3n porque en el momento de darse de baja en el RETA no ten3a cubierta la protecci3n por cese de actividad. Esta 3ltima cuesti3n no ha resultado acreditada en el presente supuesto al no haber prosperado la adici3n f3ctica interesada, y por lo tanto no constituye obst3culo para el acogimiento de la prestaci3n lo dispuesto en el art. 2.1 a) del RD 1541/2011, por lo que hemos de fijarnos si concurren en el caso los demandas requisitos alegados. As3 el RD 295/2009 en su art3culo 10.4 se establece que tambi3n causar3 derecho a la prestaci3n econ3mica por maternidad cuando entre la extinci3n de la incapacidad temporal por alta m3dica y el inicio de la situaci3n de maternidad no haya soluci3n de continuidad, bien por producirse el alta m3dica por incapacidad temporal y el inicio del descanso por maternidad del mismo d3a, bien por tener lugar 3sta al d3a siguiente de aquella, a lo que debemos a3adir lo dispuesto en el art. 29 del Decreto 2530/1970, regulador del R3gimen Especial de Trabajadores Aut3nomos, en el que se establece que: los trabajadores que causen baja en el R3gimen Especial quedaran en situaci3n asimilada al alta durante los noventa d3as naturales siguientes al 3ltimo d3a del mes de su baja, a efectos de poder causar derecho a las prestaciones y obtener los beneficios de la acci3n protectora, y del art3culo 36.1.15 del Reglamento General sobre inscripci3n de empresas y afiliaci3n, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores de la seguridad social aprobado por RD 84/1996, de 26 de enero. Por lo que en funci3n de los preceptos citados se considera situaci3n asimilada a la de alta los noventa d3as siguientes a la baja en el RETA, y a la misma conclusi3n se llega si se tiene en cuenta que entre la extinci3n de la IT por alta m3dica y el inicio de la situaci3n por maternidad no ha habido soluci3n de continuidad y aplicando anal3gicamente lo establecido en el art. 10. N3mero 4, 2ª del RD. 295/2009.

Por lo hasta aqu3 expuesto, atendida la normativa citada y el criterio de esta Sala mostrado en su sentencia de 24-2-2015 (rs 1591/2014) procede acoger la pretensi3n actora y desestimar el recurso de suplicaci3n planteado, por cuanto planteado los inalterados hechos declarados probados acreditan que la actora en fecha 5 de febrero de 2017 causo alta de la situaci3n de incapacidad temporal iniciada el 29-11-2016, y al d3a siguiente, 6 de febrero de 2017, dio a luz a su hija M., causando baja por maternidad, habiendo percibido prestaciones por IT por contingencias comunes a trav3s de la Mutua Activa Mutua 2008 desde el 2-2-16 hasta el 5-2-17. Habi3ndose dado la actora de alta en el RETA por actividad de comercio al por menor de productos (herborister3a), desde el 1 de enero de 2016 hasta el 31 de enero de 2017. Por lo que se encontraba la actora en situaci3n asimilada al alta al haberse dado de baja en el RETA por cese en la actividad en los 90 d3as anteriores al hecho causante.

FALLO

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre del INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº. 7 de Valencia y su provincia, de fecha 5 de febrero de 2018, en virtud de demanda presentada a su instancia de la representación procesal de D^a. M.G.L.; y, en consecuencia, confirmamos la sentencia recurrida.

2461

Sentencia núm. 1.321, de 7 de mayo de 2019

Materia: Despido disciplinario. Extinción de la relación laboral por la comisión de un delito leve de amenazas entre compañeros de trabajo. Tipificación de la falta. Graduación de la sanción. Desproporcionalidad de la sanción impuesta al trabajador demandante.

Juzgado: Desestima la demanda y declara procedente el despido adoptado por la empresa, dada la conducta amenazante y vejatoria del trabajador.

Sala: Desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia. Aplicación art. 54.2 c) del ET. La amenaza implica un atentado a la dignidad de la persona y a la consideración y respeto que merece todo ser humano en sus relaciones con los demás. Considera proporcionada a derecho la sanción impuesta al recurrente.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se recurre por la parte actora la sentencia de instancia que, desestimando la demanda, y declarando la procedencia del despido del demandante, absolvió a la empresa demandada de las pretensiones deducidas en su contra. El recurso se estructura a través de dos de los motivos del art. 193 de la LRJS, el b) y el c), habiendo recaído impugnación.

Por el primero de ellos la recurrente solicita la revisión del hecho probado 3º de la sentencia (que relata los sucesos acontecidos el 27-04-2018 y que motivaron el despido), para que se elimine la referencia a "actitud amenazante", propuesta que deriva la parte de la testifical del Sr. P.. Pero dado que dicha prueba es inhábil para sustentar la revisión en un recurso extraordinario como el de suplicación, que solo puede apoyarse en documental y pericial, desestimamos lo pedido. Debemos recordar respecto a la apreciación de la prueba testifical, que no puede pretenderse la alteración del fallo en base a una distinta apreciación de la misma, cuya valoración se hace por el juzgador conforme a las reglas de la sana crítica y supone una apreciación razonada y responsable de tal prueba, tal y como aquí ha acontecido, con explícita motivación, donde ningún atisbo de arbitrariedad se vislumbra, estándole vedado al recurrente entrar en ella (art.196.3 LRJS).

Seguidamente se propone la revisión del hecho probado 4º, donde constan los datos de la sentencia condenatoria del Juzgado de P. para que se elimine de la parte final la referencia a "en los términos imputados en la carta de despido", lo que no aceptamos ya que no existe base para tal supresión ni se constata error patente y manifiesto en la valoración probatoria. Sólo son hábiles para modificar la convicción del juzgador los documentos o pericias fehacientes que de forma indubitada acrediten que el Magistrado de instancia se equivocó al valorar una prueba y fijar lo que es la premisa fáctica del enjuiciamiento. Y tal equivocación no resulta acreditada en el caso de autos por lo que la revisión fáctica queda desestimada.

Además, la recurrente está confundiendo los ámbitos penal y laboral, lo que no ha lugar ya que en este proceso se enjuicia un despido disciplinario, no teniendo trascendencia en este pleito laboral las frases que (se declaran probadas) profirió el trabajador en la sentencia del Juzgado de Instrucción de Paterna, sino la convicción alcanzada por el juzgador tras la valoración de la prueba practicada en la vista oral del

proceso ante el Juzgado de lo Social.

SEGUNDO.- Al amparo del apartado c) del artículo 193 de la LRJS la recurrente denuncia la infracción del artículo 217 de la LEC, art. 55.4 del ET y art. 105.1 de la LRJS, así como la inaplicación de la jurisprudencia dictada entre otras en sentencia del TS de 12-03-2013. Alega la citada parte recurrente que se ha puesto al trabajador en situación de indefensión ya que no ha sido posible un conocimiento claro, suficiente e inequívoco de los hechos que se le imputan. La empresa solo detalla una situación producida el 27-04-2018, por lo que no se puede tener en cuenta ninguna otra como "originar frecuentes riñas y pependencias con los compañeros". También se alega la infracción del art. 54.2 del ET, art. 24.2 de la CE en referencia al principio de la presunción de inocencia, así como la inaplicación de la jurisprudencia que cita, alegando la recurrente que la conducta del trabajador no revistió ni gravedad ni culpabilidad suficientes para entender procedente el despido sufrido. Se indica asimismo que los hechos alegados en la carta de despido no son iguales a los hechos que conllevaron la condena del trabajador, y no se pueden tomar por acreditados hechos que no se acreditaron en el acto del juicio oral. Finalmente, y con cita de la infracción del art. 54.2.c) del ET, así como el art. 5 a) en relación con el art. 20.2 del ET, y art. 32 del Convenio colectivo, e inaplicación de la jurisprudencia que se cita, se indica que no se ha aplicado correctamente el principio de graduación de la sanción, habiéndole impuesto una desproporcionada.

Expuesto lo anterior debemos indicar que esta Sala debe partir de los inmodificados hechos probados a la hora de abordar la solución al recurso planteado. Y así, consta al hecho probado 3º que: "El día 27-4-2018 y sobre las 13.15 horas se produjo una discusión en el centro de trabajo entre el actor y su compañero Sr. S., ante la cual se interpuso entre ambos el trabajador Sr. P. y en el curso de la misma el actor alzó su puño derecho con actitud amenazante hacia el Sr. S., al que amenazó con resolver estas cuestiones en la calle."

En el enjuiciamiento de las ofensas verbales es cierto que han de ponderarse de forma particularizada todos los aspectos subjetivos y objetivos concurrentes, teniendo en cuenta los antecedentes y circunstancias coetáneas que definen la relación laboral como una relación continuada en el tiempo (SSTS 27 de febrero 1987, 18 julio 1988 y 31 octubre de 1998). Pero también lo es, que el artículo 54.2 c) ET es muy claro al tipificar como incumplimiento contractual "las ofensas verbales o físicas al empresario o a las personas que trabajan en la empresa o a los familiares que convivan con ellos", sin exigir, a efectos de valorar la gravedad de la conducta, su reiteración, a diferencia de lo que ocurre con otros incumplimientos también recogidos en el mismo precepto. Ello se puede explicar desde la óptica de que el insulto, y también la amenaza, suponen un atentado a la dignidad de la persona y a la consideración y respeto que merece todo ser humano en sus relaciones con los demás. Tan es así, que el artículo 10 de la Constitución Española eleva el reconocimiento de la dignidad de la persona, a la categoría de fundamento del orden político y de la paz social. De modo que lo que es objeto de protección por el ordenamiento jurídico laboral, no es sólo el mantenimiento del orden necesario en la empresa, sino también la dignidad de cada una de las personas que conviven en ella en razón del trabajo que realizan.

Sobre la base de todo lo expuesto, vista la gravedad de los hechos y no siendo atendibles las alegaciones sobre indefensión, pues el trabajador ha gozado de un juicio con todas las garantías, ni tampoco las alegaciones sobre la sentencia penal recaída, dado que la jurisdicción penal y laboral operan sobre culpas distintas y no manejan de idéntica forma el material probatorio para enjuiciar en ocasiones una misma conducta, debiendo tenerse en cuenta que la finalidad del proceso de despido no es la declaración de culpabilidad del despido sino que su objeto se centra en determinar si ha existido o no una causa justificadora al despido disciplinario realizado

por el empleador, y teniendo presente que en el caso de autos tal causa ha existido, puesto que las amenazas proferidas al compañero que constan en la carta de despido han quedado probadas, y a la vista asimismo de que la conducta es culpable, muy grave y la sanción proporcionada, hemos de concluir que el trabajador ha cometido la infracción prevista en el art. 54.2.c) del ET, y la falta tipificada en el art. 32.C.9) del Convenio colectivo de la empresa. Al haber apreciado la sentencia de instancia, con unos razonamientos impecables y una valoración no solo de la prueba testifical sino también de la documental, que nos encontramos ante un despido procedente no cabe sino su confirmación, previa desestimación del recurso interpuesto contra la misma.

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 S.L.E.F. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 2 de los de VALENCIA, de fecha 23 de enero de 2019; y, en consecuencia, confirmamos la sentencia recurrida.

Sin costas.