

Sentencia núm. 2.011, de 16 de septiembre de 2014

Materia: Prestación por desempleo. Trabajador que solicita prestación contributiva por desempleo la cual le es concedida. Posteriormente insta pago único de la prestación que le es denegado. El trabajador presta servicios en establecimiento hostelero propiedad de su hermano. Connivencia con el empresario para el cobro de la prestación. Devolución de las prestaciones indebidamente percibidas y sanción. Reclamación contra la sanción de extinción y denegación de pago único de la prestación.

Juzgado: Desestima la demanda contra el organismo demandado, absolviéndolo de las pretensiones deducidas en su contra.

Sala: Estima el recurso y revoca la sentencia de instancia. No hay dato objetivo para apreciar connivencia entre el trabajador despedido por causas objetivas y el empresario. El trabajador solicita pago único para iniciar nueva actividad, gastándose en la puesta a punto del nuevo local más dinero que el que recibe de la entidad gestora. No se aprecia fraude de ley en el despido objetivo ni en la actividad profesional tras el despido. Se reconoce al actor el abono de la prestación, así como el abono de la misma en la modalidad de pago único.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- De dos motivos se compone el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada del demandante contra la sentencia del juzgado que desestima las demandas sobre sanción de extinción de la prestación contributiva de desempleo y sobre denegación del pago único de la prestación, habiendo sido impugnado el recurso de contrario, conforme se refirió en los antecedentes de hecho.

Por el cauce del apartado b del art. 193 de la Ley de la Jurisdicción Social (LJS) se propugna en el primero de los motivos varias modificaciones fácticas. La primera atañe al hecho probado primero para que se adicione al mismo el siguiente párrafo: “la prestación por desempleo reconocida mediante resolución de 23/02/2012 tenía un coeficiente de desempleo parcial del 25%, siendo la cuantía diaria inicial de la prestación de 10’35 €”.

La modificación solicitada se deduce de la documental obrante con el nº 44 en el ramo de prueba del demandante y la misma ha de prosperar por derivarse de la Resolución sobre reconocimiento de prestación por desempleo y ser relevante para la argumentación deducida por la defensa del demandante acerca de la escasa cuantía del pago único de la prestación de desempleo a que tendría derecho en relación con el importe del total de los gastos ocasionados al actor por la puesta en marcha del negocio de bar a su nombre.

La siguiente modificación pretende la supresión del hecho probado cuarto del siguiente párrafo: “cuando en realidad no hizo más que continuar trabajando en el mencionado bar “X.”, eso sí, acordando con su hermano el cambio de titularidad del negocio para dar apariencia de inicio de actividad.”

La solicitud de la referida supresión se fundamenta en que contiene valoraciones jurídicas impropias del relato fáctico y determinantes del fallo y ha de ser acogida por las razones aducidas por el recurrente.

Por último, se insta la adición de un nuevo hecho probado con el siguiente tenor: “El demandante llevó a cabo la siguiente actividad e inversiones para iniciar su trabajo como autónomo:

El 1 de Abril de 2.012 firma un contrato de arrendamiento de local de negocio, siendo el titular del mismo su hermano, M.Q.V., local situado en la localidad de A., calle Pintor Sorolla, local donde con anterioridad había trabajado por cuenta ajena en diversos periodos, contratado por su hermano hasta su despido. (folios 50 a 52 de autos). Con fecha 02/04/2.012 realiza una obra en dicho local, consistente en colección de nuevo piso en local y reparación de aseo, que dura cuatro días, en que el local permanece cerrado, ejecutada por la empresa CONSTRUCCIONES X. S.L., por un importe de 2.695,68 € que se abona por el actor, mediante ingreso en cuenta bancaria de dicha empresa (folio 38 de autos, consistente en certificación emitida por dicha empresa folio 39, la factura de la obra, y folio 40 justificante de ingreso bancario) En fecha 07/04/2.012 igualmente se procedió a realizar un trabajo de pintura en dicho local, por C.B.F., por importe de 295 € que es abonado mediante ingreso en cuenta de este señor (folio 41, certificación del pinto, y folio 42, factura y justificante de ingreso).

Así mismo concierne un seguro de “multirriesgo comercio” cuya prima por importe de 395´80€ le es cargada en cuenta el 06/06/2012 (folio 55 de autos). El 7 de Junio de 2.012 abona a través de S.G.T., al Ayuntamiento de A. el importe de 426´72€ por “cambio de titularidad del negocio” (folio 57), al haber solicitado a dicho Ayuntamiento el cambio de titularidad de la licencia de apertura (folio 56), que a su vez exigió un certificado expedido por el ingeniero técnico industrial D. M.M.L., al que el actor abonó por el mismo un importe de 472€ (folios 66 y 67 de autos). También hubo de adjuntar a dicho cambio de titularidad prueba de determinación de niveles de ruido ambiental, por lo que abonó 531€ (folio 70 y 71 de autos).

Igualmente el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas resuelve autorizar al demandante para la venta de tabaco en su establecimiento mediante resolución de 21/09/2.012, (folio 58), suscribe con Repsol Butano contrato para el suministro de gas (folio 59), con la compañía distribuidora de energía eléctrica de baja tensión contrato de suministro (folio 61), También pagó 299´72 € a D. J.L.G. por honorarios en la tramitación del alta censal y por la tramitación de la documentación de desempleo (folio 68), e hizo diversas inversiones en aprovisionamiento y mobiliario por importe de 3.215,26 € (folios 64 y 65).”

El nuevo hecho probado que se deduce de los documentos en los que se sustenta ha de prosperar al ser relevante para constatar que el cambio de titularidad en la explotación del negocio del bar X. que pasa del hermano del actor a éste es una realidad y no mera apariencia, así como para evidenciar que los costes que supuso para el demandante la asunción de dicha explotación fue superior al importe del pago único de la prestación contributiva solicitado.

SEGUNDO.- En el correlativo motivo del recurso que se incardina en el apartado c del art. 193 de la LJS y que contiene la censura jurídica de la sentencia del juzgado, se imputa a la resolución recurrida la infracción por aplicación indebida del art. 26.3 del Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2.000 de 4 de agosto.

En este motivo la defensa del recurrente trae a colación la doctrina sobre el valor probatorio de las Actas de la Inspección de Trabajo que se limita a los hechos comprobados directamente por el Inspector, quedando fuera de su alcance las calificaciones jurídicas, los juicios de valor o las simples opiniones que los Inspectores consignen en las Actas y Diligencias. También señala que no existe dato objetivo alguno que pueda conducir a pensar que se ha dado entre el hermano del actor, titular del negocio en que el demandante ha estado prestando servicios hasta la fecha de su despido y el demandante una connivencia para que lucrara indebidamente la prestación de desempleo y obtener el pago único de dicha prestación, y que sería absurdo gastar en la presunta actuación fraudulenta que le imputa el SPEE un importe superior al que podría obtener con el pago único de la prestación de desempleo, obedeciendo su despido objetivo a que el nivel de ingresos del negocio hacía inviable el mantenimiento de dicho puesto y que el cierre de dicho negocio vino obligado por el agravamiento de la situación clínica del titular del mismo que impedía su atención personal y la imposibilidad económica de contratar personal. Por último, indica que al encontrarse el actor en situación de desempleo y surgir la posibilidad del mismo de hacerse cargo del bar para evitar el cierre y conseguir un medio de trabajo, llevando a cabo un traspaso del negocio, tras obras de acondicionamiento y rehabilitación del mismo, dicha actuación no es fraudulenta, ya que la relación de parentesco entre el empresario y el trabajador (son hermanos) así como el hecho de que el demandante haya prestado servicios antes como trabajador para el referido empresario así como que ambos tengan una cuenta de ahorros en común no son indicios suficientes para apreciar la existencia de fraude.

Son dos las pretensiones ejercitadas por el actor, si bien ambas se encuentran íntimamente relacionadas. La primera de ellas impugna la sanción impuesta al actor por el SPEE que consiste en la extinción de la prestación de desempleo reconocida al demandante así como la devolución de lo percibido por el mismo por la referida prestación y la segunda combate la denegación del pago único de la referida prestación de desempleo. Entiende la Entidad Gestora de las prestaciones de desempleo que el despido por causas objetivas del demandante así como el cambio de titularidad del negocio de bar en que el demandante estuvo prestando servicios hasta la fecha de su despido y que era propiedad del hermano del demandante tiene como único fin el obtener indebidamente la prestación de

desempleo a la que no hubiera tenido derecho de haber seguido trabajando en el referido negocio como trabajador por cuenta ajena.

En primer lugar se ha de decir que la Entidad Gestora no pone en duda la prestación de servicios del demandante en el bar titularidad de su hermano, D. M.Q.V. a cambio de una retribución, por lo que dicha prestación de servicios se ha de calificar como laboral de acuerdo con lo establecido en el art. 1 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. Por otra parte, la relación de parentesco entre el empresario y el trabajador así como el hecho que ambos tengan una cuenta de ahorro en común, resultan inocuos a efectos de considerar simulado el despido por causas objetivas del actor, pues lo cierto es que no hay constancia de que después de dicho despido el demandante siguiera prestando servicios para su hermano. Es cierto que tras el despido objetivo del actor en fecha 2-2-2012, el mismo concertó con su hermano en fecha 1-4-2012 contrato de arrendamiento del local de negocio donde había estado prestando servicios con anterioridad hasta la fecha de su despido y que llevó a cabo las actuaciones necesarias para iniciar por su cuenta la explotación de dicho negocio con los consiguientes gastos derivados de dicho cambio y realizó también obras de mejora del local de negocio y de mobiliario, ampliando además el objeto de dicho negocio con la venta de tabaco, es decir que ha quedado acreditado que el demandante asumió la explotación del negocio de bar en el que con anterioridad había prestado servicios por cuenta ajena, actuación que no puede calificarse de fraudulenta ya que responde al principio de libertad de empresa en el marco de la economía de mercado (art. 35 Constitución). Luego al no apreciarse fraude de ley en el despido objetivo del demandante ni en la actividad profesional desarrollada por el mismo tras dicho despido como trabajador autónomo, sin que se discuta que el actor ha acompañado la documentación exigible para obtener el pago único de la prestación por desempleo ni que el proyecto de inversión se haya destinado al negocio de bar a cuya explotación se va a dedicar el mismo tras su despido, no cabe sino reconocer el derecho del demandante a percibir la prestación por desempleo así como la procedencia del abono de la misma en su modalidad de pago único, de conformidad con lo establecido en el art. 228. 3 de la Ley General de la Seguridad Social, en la Disposición Transitoria Cuarta de la Ley 45/2002 y en el art. 3 del Real Decreto 1044/1985, dejando sin efecto la sanción de extinción de la prestación de desempleo impuesta al actor por la Entidad Gestora, con la consiguiente revocación de la sentencia de instancia, previa estimación del recurso, a fin de estimar las demandas origen de autos.

FALLO

Estimamos el Recurso de Suplicación interpuesto en nombre de D. D.Q.V., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social n.º Dos de los de Elche de fecha 7 de noviembre de 2012, en virtud de demandas presentadas a instancia del recurrente contra el Servicio Público de Empleo Estatal y D. M.Q.V.; y, en consecuencia, revocamos las resoluciones recurridas y declaramos el derecho del demandante a la prestación de desempleo que se le abonará en la modalidad de pago único, dejando sin efecto la sanción de extinción de la prestación de desempleo impuesta por la Entidad Gestora a la que se condena a estar y pasar por esta declaración y al abono de la prestación en la forma indicada

Sentencia núm. 2.021, de 16 de septiembre de 2014

Materia: Reclamación de cantidad: Abono de indemnización por organismo codemandado. Extinción de la relación laboral por causas objetivas. Trabajadora que presta sus servicios laborales para determinada empresa con la categoría de jefe administrativo. La empresa solicita al FOGASA el 40% de la indemnización correspondiente, ingresándose determinada cantidad en la cuenta de su representante y apoderado. Posteriormente, demanda a la empresa, y al FOGASA subsidiariamente, por el resto de las cantidades adeudadas en concepto de despido objetivo. El organismo demandado deniega la solicitud al constatar que ambos expedientes han sido solicitados por el mismo representante y presumir existencia de fraude de ley o abuso de derecho.

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

Sala: Estima el recurso y revoca la sentencia de instancia. No queda probado que haya existido connivencia para el cobro de la indemnización correspondiente. Se condena al organismo a que abone a la recurrente la cantidad pendiente correspondiente en concepto de indemnización por despido por causas objetivas.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Por la representación de la demandante se formula recurso contra la sentencia de instancia, que desestimó su demanda, donde la actora pretendía que se dejara sin efecto la denegación por parte del Fogasa de abono del importe del 60% de la indemnización del despido por causas económicas del cual había sido objeto en la empresa donde prestaba servicios, denegación que obedecía al constatarse que dicho expediente, así como el iniciado a instancia de la empresa para reclamar el 40% de la indemnización legal al ocupar aquella menos de 25 trabajadores, estaban suscrito por la misma persona, en calidad de representante de aquellas.

El primer motivo del recurso, que se ampara en el artículo 193 “b” de la LRJS, solicita la adición de dos nuevos hechos probados, numerados como séptimo y octavo, a fin de que, respectivamente, se indique que los poderes ostentados por el graduado social Sr. D., tanto de la empresa como de la trabajadora, eran de representación procesal, y que la sentencia del Juzgado de lo Social nº 9 de Valencia de 8 de abril de 2010 condenó a la empresa “D.L., SL” a abonar a la trabajadora Sra. D.M. la cantidad de 19.685 euros, en concepto de indemnización por despido objetivo, sin perjuicio de la responsabilidad subsidiaria del FGS.

Pero dichas ampliaciones del relato fáctico deben decaer, con independencia del signo de la decisión que se adoptará, pues la subsistencia de lo que se refiere en el

tercer hecho probado, consentido por el recurrente, hace contradictorio que se introduzca el texto pretendido en primer lugar, mientras que la referencia a la sentencia citada ya figura en la propia narración fáctica de la recurrida, lo que constituiría una redundancia.

SEGUNDO.- El apartado destinado al examen del derecho aplicado censura a la sentencia, en primer término, la infracción de los artículos 222.3 y 222.4 de la LEC, en relación con el artículo 23.3 de la LRJS, señalando que hay que estar a la sentencia dictada por el juzgado a que antes se hizo alusión, en cuyo procedimiento el FGS no compareció, a pesar de haber sido citado, de modo que habrá que estar a lo resuelto entonces, máxime pudo entonces alegar la existencia de fraude o connivencia entre la empresa y la trabajadora en el despido objetivo de que fue objeto, a fin de exonerarse de las responsabilidades legales que pesan sobre dicho organismo, lo que debe enlazarse con el segundo motivo de este apartado del recurso, donde se cita como preceptos infringidos el artículo 28.3 del RD 505 / 85, de 6 de marzo, el artículo 10 de la Directiva del Consejo 80 / 897/ CEE, el artículo 33.1 del ET, así como los artículos 6.2 y 6.4, en relación con el 7, todos del Código Civil, y el artículo 386 de la LEC.

En esencia, la sentencia recurrida presume la existencia de connivencia entre la empresa y la trabajadora para obtener las prestaciones del FGS por la circunstancia, antes aludida, de que se instó en vía administrativa dicha prestación, y en los porcentajes correspondientes, por la misma persona, en concreto el graduado social que suscribe el presente escrito de recurso, hecho que se considera como demostrativo del fraude, contra lo que se argumenta que dicha presunción descansa en un hecho incierto, en concreto que el despido objetivo se hizo con la intención de defraudar al ente público citado.

Motivo que debe prosperar, pues como es sabido, el fraude no se presume, debe ser demostrado, y esto a los exclusivos fines de que surta plenos efectos, en este caso, liberatorios, de la obligación de abonar la prestación de garantía salarial controvertida en la demanda, si se tiene en cuenta que en el procedimiento que concluyó con la sentencia en la que se declaraba judicialmente la improcedencia del cese de la trabajadora recurrente no consta interviniera el profesional aludido, que se limitó a solicitar al Fondo, respectivamente, primero en beneficio de la empresa y posteriormente en provecho de la trabajadora, las prestaciones legales a consecuencia de la insolvencia de la primera, de modo que en principio no puede tildarse que ello sea fraudulento en si mismo, si se tiene en cuenta que en la hipótesis de que dicha solicitud se hubiera instado por la propia trabajadora o por persona próxima al profesional citado, no hubiera existido óbice o impedimento alguno para que el FGS descartase la existencia de fraude, que en todo caso habría que situar en la raíz de los hechos y ya se ha señalado que en el proceso que concluyó con la sentencia de 8 de abril de 2010 el FOGASA no realizó ningún tipo de objeción acerca de la legalidad de la medida extintiva empresarial.

En consecuencia, se estimará el recurso y se revocará la sentencia, declarando el derecho de la recurrente a percibir las prestaciones de garantía salarial solicitadas en la demanda.

FALLO

Estimamos el recurso de suplicación formulado por doña M.J.D.M. contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 14 de los de Valencia de 17 de enero de 2014, recaída en autos sobre cantidad instados por la aquí recurrente contra el Fondo de Garantía Salarial, “D.L, SL” y la Administración Concursal, y en consecuencia, con revocación de la expresada resolución judicial, debemos condenar y condenamos al citado organismo a que abone la recurrente la suma de 19.685 euros.

1918

Sentencia núm. 2.092, de 23 de septiembre de 2014

Materia: Despido objetivo. Extinción colectiva de contratos de trabajo por causas organizativas y productivas. Extinción por causas productivas. Trabajador que presta sus servicios como responsable de informática en empresa demandada. Solicitud de declaración nulidad de despido: vulneración del artículo 51.1 del ET.

Juzgado: Desestima la demanda contra la empresa y miembros del Comité de empresa, absolviendo a los demandados de las pretensiones deducidas en su contra.

Sala: Desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia. Las causas que conllevan al despido colectivo han sido aceptadas por las partes negociadoras. No proceden los salarios sustitutivos a favor del trabajador ya que éste aclaró en el acto del juicio que no reclamaba su importe sino únicamente la consecuencia de la declaración de nulidad del despido, a la que no ha lugar.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Contra la sentencia de la instancia, que desestima la demanda interpuesta, y absuelve a los demandados de las pretensiones en su contra deducidas, se recurre en suplicación por el letrado de Don P.G.M. Al mismo, la empresa Seguridad y Promoción Industrial Valenciana, S.A. (SEPIVA) para la que prestaba servicios como responsable de informática desde el 22-6-1998, le hizo entrega el 25-3-2013 de la carta de despido con efectos del mismo día 25-3-2013, en el marco de un procedimiento de despido colectivo que había concluido con acuerdo con los representantes de los trabajadores suscrito el 16 de enero de 2013.

El recurso se sustenta en dos motivos en los que se solicita la nulidad del fallo de la sentencia de instancia, considerando que el mismo es revocable. Por tanto, y aunque no se cita el precepto procesal en el que se amparan dichos motivos, se deduce que lo pretendido por la parte recurrente no es la nulidad de la sentencia por defectos procesales insubsanables, lo que conllevaría haberlos articulado por el apartado a) del mismo precepto procesal ya citado, sino que se formulan al amparo del apartado c) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS). En ambos motivos se alega la vulneración del mismo precepto sustantivo, el artículo 51.1 del ET; sin embargo y dado que las alegaciones que contienen cada uno de los motivos son diferentes, deberán analizarse de forma separada.

SEGUNDO.- En el primero de los motivos se alega que “el acuerdo de aprobación del ERE se basa en un evidente fraude de ley, tal y como lo define el artículo 6.4 del Código Civil”. Para llegar a esta conclusión se argumenta que difícilmente se puede estar pensando en reflotar una empresa cuando lo que se produce es su desaparición por integración en el Instituto Valenciano de

Competitividad Empresarial –en adelante, IVACE-, sin que de ello se informara en el periodo de consultas a los negociadores del despido colectivo. En el segundo motivo del recurso se alega la misma infracción normativa, el artículo 51.1 del ET, pero para señalar que no constan acreditadas las causas alegadas por la empresa para proceder a un despido colectivo, ni la necesidad de realizar un ERE.

Planteado así el marco del recurso, debemos señalar que recursos similares han sido ya resueltos por esta Sala de lo Social en relación con despidos de otros trabajadores de SEPIVA producidos dentro del mismo marco temporal, fáctico y jurídico, por lo que es obvio que en aplicación estricta del principio de igualdad, el presente recurso debe seguir la misma vía de resolución. Las resoluciones procedentes son las resolutorias de los recursos nº 1383 y 2536, ambos del 2013, y en las sentencias de 15 de enero de 2014 (rs.2536/2013), 23 de enero de 2014 (rs.2539/2013) y 7 de mayo de 2014 (rs.855/2014), las cuales mencionan los siguientes argumentos:

1.- Respecto al primero de los motivos ya desde ahora adelantamos que no puede prosperar. El fraude de ley se define en el artículo 6.4 del Código Civil como aquella actuación que realizada al amparo del texto de una norma persiga un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico o contrario a él. En el caso que ahora se examina no se invoca por las recurrentes cuál es la norma de cobertura de la que se habría valido el SEPIVA para realizar un acto contrario al ordenamiento jurídico o prohibido por él. Antes al contrario, si como se reconoce en el propio motivo del recurso, el artículo 28 del Decreto Ley 7/2012, de 19 de octubre, de Reestructuración y Racionalización del Sector Público Empresarial y Fundacional de la Generalidad Valenciana, ya contemplaba la incorporación del SEPIVA al IVACE, es evidente que los representantes de los trabajadores que negociaron y acordaron el despido colectivo en fecha 16 de enero de 2013 no podían desconocer esta previsión legislativa. Por tanto, ni hubo engaño u ocultación de algún dato de suficiente relevancia que pudiera viciar el consentimiento de los negociadores del acuerdo -que, dicho sea de paso, no ha sido impugnado por ellos como supuestos afectados-, ni tampoco fraude de ley. Y por lo que respecta a la forma en que se produjo esa integración así como la del resto de entidades afectadas, cuestión a la que también se alude en el motivo aunque sin sustento fáctico, es una cuestión absolutamente ajena al proceso de negociación del despido colectivo y a la existencia de las causas habilitantes. Por último, señalar que a efectos de valorar la posible existencia de fraude de ley o de eventuales vicios del consentimiento en los representantes de los trabajadores, carece de relevancia la determinación de la figura jurídica que firmó el acuerdo por parte de la empresa”. Por tanto, debemos rechazar dicho motivo, en su aplicación al presente caso.

2.- En el segundo motivo del recurso se alega la misma infracción normativa, el artículo 51.1 del ET, pero para señalar que no constan acreditadas las causas alegadas por la empresa para proceder a un despido colectivo, ni la necesidad de realizar un ERE. A esta cuestión ya ha respondido esta Sala de lo Social en sentencias anteriores como son las de 15 de enero de 2014 (rs.2536/2013), 23 de enero de 2014 (rs.2539/2013) y 7 de mayo de 2014 (rs.855/2014), por lo que elementales razones de seguridad jurídica y de igualdad en la ley aconsejan seguir el criterio expuesto en ellas, al no constar que haya sido corregido por instancias superiores.

Según se señala en las mismas: “Para abordar las cuestiones jurídicas suscitadas en el presente recurso de suplicación debemos partir de la normativa procesal y sustantiva que en materia de despido colectivo introdujeron el RDL 3/2012 de 10 de febrero, la Ley 3/2012 de 6 de julio y el RDL 11/2013 de 3 de agosto. Reformas todas ellas que han venido a configurar la redacción actual de los artículos 51 del ET y 124 de la LRJS y en los que se apoya el control judicial de los nuevos despidos colectivos.

En el actual sistema procesal, la impugnación del despido colectivo a instancia de los trabajadores se asienta en dos acciones diferenciadas: la acción colectiva reconocida a la representación de los trabajadores y cuyo fin es controlar la legalidad de la decisión empresarial en los términos que se recogen en el artículo 124.1LRJS y la acción individual reconocida a cada trabajador para impugnar su despido individual de acuerdo con las previsiones del artículo 124.13 de la LRJS. El control de esta medida se completa con la acción de jactancia reconocida al empleador (artículo 124.3 LRJS) y el proceso de oficio a instancia de la Autoridad laboral para el control de la legalidad del despido en los términos previstos en el artículo 148. b) de la LRJS.

Centrándonos en las dos acciones reconocidas a los trabajadores y de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 124 de la LRJS, resulta claro que nos encontramos ante dos acciones diferentes, tanto por el objeto de control como por la legitimación para su ejercicio, el órgano competente para su enjuiciamiento y el pronunciamiento judicial obtenido a través de cada una de ellas. Así, mientras que la sentencia que pretende la acción colectiva debe pronunciarse sobre la legalidad de la fase inicial del despido que concluye con la decisión del empleador o el acuerdo de las partes negociadoras, la sentencia recaída en el proceso individual ejerce el control del despido comunicado a cada trabajador y debe pronunciarse sobre la procedencia, la improcedencia o la nulidad del mismo. La primera de estas sentencias tiene efecto de cosa juzgada sobre los procesos de despido individual de manera que impide reproducir en estos pleitos las cuestiones tratadas en el proceso colectivo, mientras que la segunda únicamente afecta al trabajador que la ejercita en relación a su despido individual (...). A la vista de la fundamentación expuesta resulta claro que la revisión del derecho aplicado debe partir de dos premisas básicas, por un lado la existencia de un acuerdo alcanzado en la fase de consultas que se proyecta tanto sobre el cumplimiento de las formalidades legales como sobre las causas productivas y organizativas alegadas por la empleadora y por otro la aplicación de los criterios Jurisprudenciales que ya ha establecido la Sala IV en relación al control Judicial de los despidos colectivos tras la reforma laboral. (STS 20/09/2013, recurso de casación ordinaria 11/2013).

Así, a pesar de que el legislador no atribuye presunción legal de concurrencia de las causas de despido alegadas en aquellos procesos finalizados con acuerdo alcanzado en la fase de consultas, tal y como hace para el proceso de modificación sustancial de condiciones de trabajo (artículo 41ET), es evidente que el control judicial de las mismas no puede realizarse al margen del resultado de la negociación colectiva y que en cualquier caso dicho control no puede realizarse con sujeción a los parámetros judiciales que rigen en los supuestos de impugnación colectiva o de

despido derivado de una decisión unilateral del empleador. Y ello fundamentalmente por el carácter vinculante de la negociación colectiva que se desprende no solo de lo dispuesto en los artículos 4, 51 y 62 y siguientes del ET sino de la garantía constitucional del artículo 37 CE. Concurren además razones de seguridad jurídica y la necesidad de garantizar la eficacia de los mecanismos legales establecidos para la adopción de este tipo de medidas, ya que si se admite la posibilidad de cuestionar individualmente los elementos negociados en la fase colectiva, sobre los que además ha existido acuerdo, corremos el riesgo no solo de desvirtuar la eficacia real de dicha negociación, sino de dejar sin efecto el sistema de respuesta única a la situación general que sustenta la actuación empresarial, creando un marco interpretativo que favorece una respuesta desigual para el colectivo afectado, que no se apoya en las circunstancias particulares de cada trabajador sino en un tratamiento diferenciado de la misma situación, que en este caso perjudica de forma injustificada a quien acató el resultado de dicha negociación”.

TERCERO.- Pues bien, de los hechos declarados probados en la sentencia resulta que las causas de despido colectivo alegadas por la empresa al inicio del proceso y reproducidas en la carta de despido de la actora son causas productivas (descenso de la actividad y promoción del suelo industrial) y organizativas (reorganización de los recursos personales por sobredimensión de la plantilla actual) en los términos contemplados por el artículo 51.1 ET., y que dichas causas son reconocidas y aceptadas como tales en el acuerdo suscrito por las partes negociadoras el 16/01/2013, en su apartado V. Además, consta informe técnico emitido por la Inspección de Trabajo el 14/02/2013 (hecho tercero) en el que tomando conocimiento de lo actuado concluye afirmando que no constata la existencia de elementos que desvirtúen la legalidad del acuerdo alcanzado, y por lo tanto la existencia de dolo, fraude, coacción o abuso de derecho en su conclusión, no se cuestiona tampoco la realidad del contenido del mismo ni la legitimidad de quienes suscribieron el acuerdo en representación de los trabajadores.

Por último, no es procedente dar lugar a la concesión de salarios sustitutivos del preaviso (a los que brevemente se alude en la parte final del recurso) ya que el actor aclaró en el acto del juicio que no reclamaba su importe, sino únicamente la consecuencia de la declaración de nulidad del despido, a lo que no ha lugar, pues en todo caso se trataría de improcedencia. Pero como esta Sala ha declarado en reiteradas sentencias (por todas la recaída en el recurso nº 2504-3013): “En el mismo sentido y aunque se considere de aplicación el plazo de preaviso establecido en el art. 53.1 c) del Estatuto de los Trabajadores, se ha de concluir que el incumplimiento de dicho plazo no puede llevar aparejada la declaración de improcedencia del despido del demandante sino que la consecuencia de dicho incumplimiento ha de ser al igual que sucede cuando se incumple el plazo de preaviso en el despido objetivo por causas económicas, la condena de la empresa demandada al abono de los salarios correspondientes a los días de preaviso incumplidos”. Véase el art. 53.4 in fine del ET.

Por todo lo expuesto, debemos desestimar el recurso y confirmar íntegramente la sentencia de la instancia.

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

FALLO

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de DON P.G.M., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº. 14 de los de Valencia de fecha 14 de abril del 2014; y, en consecuencia, confirmamos la resolución recurrida.

Sin costas.

1919

Sentencia núm. 2.140, de 30 de septiembre de 2014

Materia: Declaración de invalidez. Trabajador afiliado al RETA con reconocimiento de una incapacidad permanente total para su profesión habitual de taxista. Además, tiene reconocida pensión en clases pasivas por inutilidad permanente para el servicio de guardia civil. El actor reclama reconocimiento de invalidez permanente absoluta.

Juzgado: Desestima la demanda. No procede la declaración de invalidez solicitada en la instancia.

Sala: Estima el recurso declarando al actor afecto de invalidez permanente absoluta para el ejercicio de cualquier actividad. Las limitaciones orgánicas y funcionales que padece el trabajador hacen imposible pedir un alto grado de sacrificio al trabajador ni de tolerancia al empresario en aras a incorporar al recurrente al mercado laboral.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se recurre por la representación letrada del actor la sentencia de instancia que, desestimando la pretensión deducida en la demanda, no consideró al trabajador merecedor de incapacidad permanente en el grado de absoluta para toda profesión u oficio, habiéndole reconocido el INSS en fase administrativa una incapacidad permanente total para la profesión de taxista. Se interpone el recurso en base a dos motivos redactados al amparo de las letras b) y c) del artículo 193 de la LRJS.

Por el primero de ellos la juzgadora solicita que en el hecho probado 4º, primer párrafo, se adicione tras “estrés postraumático crónico y antes de “abuso de alcohol episódico”, la referencia a: “Trastorno Depresivo Mayor Grave con síntomas psicóticos”, quedando eliminado el trastorno depresivo recurrente. Y en el párrafo siguiente relativo a las limitaciones, añadir: “Limitaciones para las actividades propias de la vida diaria tales como ayudar en las tareas domésticas, dificultad para activarse por las mañanas debido a la apnea obstructiva del sueño que no le permite descansar adecuadamente por las noches, bloqueos cognitivos que le impiden seguir el hilo de una conversación normal”.

Basadas las adiciones en el informe pericial de la Dra. L., damos lugar a las mismas, ya que los extremos mencionados se desprenden directamente y con claridad de tal prueba, siendo la pericial prueba hábil para la revisión en el recurso de suplicación.

También se solicita la inclusión de un hecho probado nuevo, a numerar como 5º, para que se recoja (en resumen) que con fecha 18 de septiembre de 2012 se emitió Acta de la Junta Médico Pericial de la Subsecretaría de Defensa de Valencia, con la calificación de Incapacidad Permanente Absoluta del Sr. B. por el padecimiento de

una serie de dolencias físicas y psíquicas entre las que se encuentran el trastorno depresivo mayor grave y el trastorno de estrés postraumático. Damos por reproducido a efectos expositivos el tenor literal de tal hecho pero no aceptamos su inclusión en el factum ya que el procedimiento seguido por la Subsecretaría de Defensa de Valencia es algo ajeno a este proceso de incapacidad en el ámbito del RETA.

SEGUNDO.-Dispone el artículo 136 de la LGSS que “es invalidez permanente la situación del trabajador que, después de haber estado sometido al tratamiento prescrito y de haber sido dado de alta médicamente, presenta reducciones anatómicas o funcionales graves, susceptibles de determinación objetiva y presumiblemente definitivas, que disminuyan o anulen su capacidad laboral”. Por su parte el artículo 137.5 del mismo texto legal y en la indicada redacción, señala que, "se entenderá por incapacidad permanente absoluta la que inhabilite por completo al trabajador para toda profesión u oficio".

Pues bien, a la vista de la declaración de hechos probados que contiene la sentencia de instancia, con las adiciones incorporadas, el recurso debe ser estimado. En efecto, del tenor del hecho probado 4º resulta que el actor presenta el siguiente cuadro clínico de deficiencias más significativas: “SAOS en grado severo, trastornos discales intervertebrales generalizados (canal normal, médula y cono medular normal), secuelas de enfermedad de Scheuermann dorsal, trastorno de estrés postraumático crónico, trastorno depresivo mayor grave con síntomas psicóticos y abuso de alcohol episódico.

Y las limitaciones orgánicas y funcionales siguientes: para conducción de vehículos y manejo de maquinaria o situaciones que pudieran suponer riesgo para el paciente o personas y bienes que de él dependiesen, así como las que supongan sobrecarga del raquis. Limitaciones para las actividades propias de la vida diaria tales como ayudar en las tareas domésticas, dificultad para activarse por las mañanas debido a la apnea obstructiva del sueño que no le permite descansar adecuadamente por las noches, bloqueos cognitivos que le impiden seguir el hilo de una conversación normal. Abuso de alcohol en tratamiento en unidad de conductas adictivas.”

Así las cosas, el demandante presenta no solo un trastorno de estrés postraumático crónico sino también un trastorno depresivo mayor grave con síntomas psicóticos, lo que supone una gran severidad del cuadro psíquico, con las consecuencias que toda dolencia de este tipo supone y son de conocimiento general (astenia, tristeza, apatía, falta de concentración, sueño no reparador...), e implica una sintomatología y manifestaciones de gran entidad por encontrarnos ante una depresión mayor, supuestos en los que esta Sala ha venido otorgando la incapacidad absoluta. Es evidente que el estado del demandante le ocasiona una enorme dificultad, que en la práctica es imposibilidad, para mantener una relación laboral e incluso una notable dificultad para la meramente social. Nos encontramos ante una persona que en la fase evolutiva actual de su enfermedad mental, a la que hay que unir el SAOS en grado severo, no puede desarrollar profesión alguna con el mínimo de rendimiento y profesionalidad que exige el mercado laboral, sin que sea posible pedir un alto grado de sacrificio al trabajador ni de tolerancia al empresario, lo que nos hace

concluir que es tributaria la parte actora de una incapacidad en el grado de absoluta para toda profesión u oficio.

Por ello y en virtud de todo lo expuesto, procede la revocación de la sentencia de instancia que así lo entendió y la estimación del recurso de suplicación interpuesto contra ella.

FALLO

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre del P.J.B.C., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº. 7 de los de Valencia, de fecha 17 de enero de 2014 en virtud de demanda presentada a su instancia contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL; y, en consecuencia, con revocación de la citada sentencia, declaramos que el demandante se encuentra afecto de incapacidad permanente en grado de absoluta, por lo que condenamos al Instituto Nacional de la Seguridad Social a estar y pasar por esta declaración y a abonarle una pensión vitalicia en la cuantía del 100 por 100 de la base reguladora de 423,66 euros, más las revalorizaciones procedentes, con efectos económicos de 7-12-2011.

Sin costas.

1920

Sentencia núm. 2.193, de 30 de septiembre de 2014

Materia: Declaración de invalidez .Trabajadora afiliada al RETA que tiene reconocida una incapacidad permanente total para la profesión de camarera: Trastorno ansioso de la personalidad grave. La actora solicita declaración de incapacidad permanente absoluta para todo tipo de trabajo. Revisión de grado.

Juzgado: Desestima la demanda interpuesta frente al instituto demandado, confirmando el grado de invalidez permanente total cualificada recurrido reconocida a la demandante.

Sala: Estima el recurso y revoca la sentencia de instancia. La actora ha aportado prueba de psiquiatría que acredita la imposibilidad de realizar funciones fuera de su domicilio. Procede conceder la incapacidad absoluta solicitada, sin perjuicio de que si mejoran las limitaciones de la trabajadora se inste a la revisión.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Recurre en suplicación la actora la sentencia que ha desestimado su demanda en la que solicita la Incapacidad Permanente Absoluta (IPA), siendo que en la vía administrativa se le reconoció la Incapacidad Permanente Total (IPT).

El recurso, se articula en dos motivos. En el primero, por el apartado b) del art. 193 de la LRJS, solicita la adición al hecho cuarto del siguiente texto: “Que el trastorno de ansiedad le limita la funcionalidad, y la posibilidad de acometer tareas fuera del domicilio familiar, según se desprende del informe de la Dra. Psiquiatra D^a G.C.R.M. de fecha 5 de junio de 2012.”, lo que apoya en el referido informe que se aportó en su ramo de prueba como documento nº 1, para rebatir la fundamentación jurídica de la sentencia cuando afirma que “no se ha aportado prueba alguna que desvirtúe el hecho de que la demandante es apta para realizar otras tareas que no requieran un grado de atención y concentración incompatible con sus dolencias.....” Y no hay inconveniente en que figure en los hechos las limitaciones que constan en el informe de la Psiquiatra que viene atendiendo a la actora del servicio valenciano de la salud, y se estima.

SEGUNDO.- En el segundo motivo de recurso, por la letra c) del art. 193 de la LRJS, se denuncia la infracción del art. 137.5 de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS), porque considera que cualquier trabajo debe ser desarrollado en condiciones de habitualidad y normalidad y la actora no está en condiciones de realizar ningún trabajo.

El art. 137.5 anterior de aplicación según establece la Disposición transitoria 5ª bis de la LGSS dice que: “Se entenderá por incapacidad permanente absoluta para todo trabajo la que inhabilite por completo al trabajador para toda profesión u oficio”.

Tal y como señala el recurso la doctrina y jurisprudencia vienen entendiendo que la IPA conlleva no la mera posibilidad del ejercicio esporádico de una determinada tarea, sino de su realización conforme a las exigencias mínimas de continuidad, dedicación y eficacia (STS 6-2-87, 6-11-87). En consecuencia, habrá invalidez absoluta siempre que las condiciones funcionales médicamente objetivables del trabajador le inhabiliten para cualquier trabajo que tenga una retribución ordinaria dentro del ámbito laboral (STS 23-3-88, 12-4-88). También ha dicho la jurisprudencia que para valorar el grado de invalidez más que atender a las lesiones hay que atender a las limitaciones que las mismas representen en orden al desarrollo de la actividad laboral, de forma que la invalidez merecerá la calificación de absoluta cuando al trabajador no le reste capacidad alguna (STS 29-9-87), debiéndose de realizar la valoración de las capacidades residuales atendiendo a las limitaciones funcionales derivadas de los padecimientos sufridos (STS 6-11-87), sin que puedan tomarse en consideración las circunstancias subjetivas de edad, preparación profesional y restantes de tipo económico y social que concurren, que no pueden configurar grado de incapacidad superior al que corresponda por razones objetivas de carácter médico, exclusivamente (STS 23-3-87, 14-4-88 y muchas otras), debido a que tales circunstancias pueden tomarse exclusivamente en consideración para la declaración de la invalidez total cualificada, debiéndose valorar las secuelas en sí mismas (STS 16-12-85); pues como mantiene la jurisprudencia, deberá declararse la invalidez absoluta cuando resulte una inhabilitación completa del trabajador para toda profesión u oficio, al no estar en condiciones de acometer ningún quehacer productivo, porque las aptitudes que le restan carezcan de suficiente relevancia en el mundo económico para concertar alguna relación de trabajo retribuida (STS 18-1 y 25-1-88), implicando no sólo la posibilidad de trasladarse al lugar de trabajo por sus propios medios y permanecer en él durante toda la jornada (STS 25-3-88) y efectuar allí cualquier tarea, sino la de llevarla a cabo con un mínimo de profesionalidad, rendimiento y eficacia, en régimen de dependencia con un empresario durante toda la jornada laboral, sujetándose a un horario y con las exigencias de todo orden que comporta la integración en una empresa, dentro de un orden establecido y en interrelación con otros compañeros (STS 12-7 y 30-9-86, entre muchas otras), en tanto no es posible pensar que en el amplio campo de las actividades laborales exista alguna en la que no sean exigibles estos mínimos de capacidad y rendimiento, que son exigibles incluso en el más simple de los oficios y en la última de las categorías profesionales, y sin que sea exigible un verdadero afán de sacrificio por parte del trabajador y un grado intenso de tolerancia por el empresario (STS 21-1-88).

Los hechos probados de la sentencia describen el supuesto a analizar. Se trata de una trabajadora, nacida el 11 de marzo de 1957, camarera autónoma, que tiene reconocida la incapacidad permanente total cualificada por resolución del INSS de fecha 23 de mayo de 2012, con una base reguladora de 605,66 euros, porcentaje del 75 por ciento y efectos económicos de 08 de mayo de 2012. El cuadro clínico reconocido a la actora en la resolución recurrida de 23 de mayo de 2012 es el que

resulta del dictamen propuesta del E. V. I. de fecha 08 de mayo de 2012, consistente en: “Trastorno ansioso de la personalidad grave”. Y las limitaciones orgánicas y funcionales reconocidas en el dictamen del EVI son: “En la actualidad, la clínica afectiva condiciona una limitación para mantener una actividad con requerimientos de responsabilidad, concentración y atención de tareas”. Formulada reclamación previa por la demandante en fecha 09 de julio de 2012, por resolución de 17 de agosto de 2012, le fue desestimada. La demanda se formuló ante el Registro de los Juzgados de Valencia el día 16 de octubre de 2012, demanda que tuvo entrada en este Juzgado el día 18 de octubre de 2012. La sentencia a continuación relaciona nuevos informes de valoración médica posteriores emitidos con ocasión de que el INSS instó de oficio la revisión de la incapacidad como el de fecha 23 de enero de 2012 que señala que la demandante presenta: “Trastorno de la personalidad grave...Evoluciona a cronificación” o el del día 20 de diciembre de 2012 que dio lugar a la resolución del INSS de fecha 08 de enero de 2013 que procedió a confirmar el grado de invalidez de la actora, siendo el cuadro clínico y residual de la demandante: “Ansiedad. Tumor mama izquierda en estudio”. O el emitido el día 17 de julio de 2013 seguido de resolución del INSS de fecha 25 de julio de 2013 que procedió a confirmar el grado de invalidez de la actora, siendo el cuadro clínico y residual de la demandante: “Trastorno ansioso de la personalidad”. Pero lo que aquí se decide no es una revisión sino la impugnación de la resolución emitida el 23 de mayo de 2012, aunque se deba de tener en cuenta la evolución de la trabajadora hasta el día del juicio. También hay que señalar que la sentencia no sienta la convicción judicial a cerca del cuadro clínico que deba ser valorado, limitándose a señalar que de la prueba practicada en el acto del juicio, y en particular de los dictámenes médicos aportados, resulta que la actora presentaba en el momento del hecho causante un cuadro de trastorno ansioso de la personalidad grave, que sin duda limita la capacidad laboral de la actora, como dice el dictamen del E. V. I., para tareas que requieran requerimientos de responsabilidad, concentración y atención de tareas, pero no en grado tal que no pueda realizar ninguna actividad laboral, como acierta a resolver el INSS, sin que de contrario se haya aportado prueba alguna que desvirtúe el hecho de que la demandante es apta para realizar otras tareas que no requieran un grado de atención y concentración incompatible con sus dolencias, como con posterioridad ha confirmado en INSS en sendas resoluciones de revisión de su grado de incapacidad, concluyendo que en el momento del hecho causante las secuelas de la actora no le impedían la realización de toda actividad.

Pues bien, contrariamente a lo que se decide en la sentencia, y al prosperar el anterior motivo, consideramos que la trabajadora se encuentra incapacitada para la realización de cualquier trabajo, ya que sí que aportó prueba médica de la Psiquiatra de la Agencia Valenciana de Salud que le atiende que acredita la imposibilidad de acometer tareas fuera de su domicilio, y el cualquier caso las limitaciones ya reconocidas en el informe oficial del EVI consistentes en limitación para mantener una actividad con requerimientos de responsabilidad, concentración y atención de tareas, ya dan cuenta de la gravedad del trastorno de la personalidad que presenta incompatible con la realización de cualquier trabajo con un mínimo de capacidad y rendimiento, sin que sea exigible un verdadero afán de sacrificio por parte del trabajador y un grado intenso de tolerancia por el empresario.

En consecuencia se está en el caso de estimar el recurso y la demanda concediendo la IPA solicita, sin perjuicio de que si mejoran las limitaciones que en la actualidad presenta la demandante, pueda instarse la revisión.

FALLO

Que estimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de doña J.P.G.R., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 12 de los de Valencia en fecha 10 de enero de 2014; y, en consecuencia, revocamos la sentencia recurrida y estimamos la demanda de la recurrente contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social y declaramos a la demandante afecta de Incapacidad Permanente Absoluta, con derecho a percibir la pensión del 100% de la base reguladora de 605,66 € y efectos de 8 de mayo de 2012, a cuyo pago condenamos a la demandada, sin perjuicio de revalorizaciones y mejoras que legalmente procedan.

Sin costas.

Sentencia núm. 2.240, de 14 de octubre de 2014

Materia: Despido. Trabajador conductor repartidor que presta sus servicios en determinada empresa. Simultáneamente ha prestado servicios para otras empresas con contratos de duración determinada eventual por circunstancias de la producción. Todas las empresas se dedican al transporte de mercancías por carretera. Los vehículos se utilizan indistintamente por las empresas, habiendo prestado el conductor servicios en todas ellas. El actor es despedido alegando causas objetivas. Se reconoce el despido improcedente en la instancia, absolviendo a las empresas codemandadas en la que prestaba servicios puntuales. El actor reclama la responsabilidad solidaria de las empresas codemandadas en la instancia. Grupo de empresas. Existencia de única relación laboral.

Juzgado: Estimando la excepción de caducidad de la acción y desestimando la excepción de modificación sustancial de la demanda, declara la improcedencia del despido enjuiciado, declarando la extinción de la relación laboral del demandante con la empresa demandada. Ante la imposibilidad de proceder a la readmisión, condena a ésta a pagar determinada indemnización por despido improcedente más otra en concepto de salarios de tramitación. Absuelve a las codemandadas en la instancia de las pretensiones deducidas en su contra.

Sala: Estima el recurso revocando parcialmente la sentencia de instancia en el sentido de fijar la cuantía del despido en determinada cantidad, teniendo en cuenta la antigüedad en la empresa, condenando a responder solidariamente de las consecuencias económicas de la declaración de improcedencia del despido a las dos empresas codemandadas en instancia.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1.- Frente a la sentencia que estimó parcialmente la demanda por despido, interpone recurso de suplicación la representación letrada de la parte actora, siendo debidamente impugnado de contrario por la representación letrada de E.P.B.; M.P.B. y P. 2008, S.L. El recurso se articula en dos motivos, el primero dirigido a la revisión de los hechos probados y el segundo al examen del derecho aplicable.

2.- Con adecuado amparo procesal insta la parte recurrente la revisión de dos hechos probados. Se solicita la revisión del hecho probado primero para incorporar la siguiente redacción (en cursiva el añadido): “El demandante M.R.R. ha venido prestando servicios por cuenta y orden *de las empresas codemandadas, que forman parte de un grupo de empresas E.P.B., M.P.B. y P. 2008, S.L., con antigüedad de 24-12-2008*”. Ello se solicita sobre la base del documento 1 de vida laboral. La parte recurrente justifica la trascendencia del añadido en que la existencia del grupo de

empresas habría de determinar que la antigüedad sea desde el 24-12-08 y no desde el 1-11-2011, cuando se celebró el contrato con E.P.B.

3.- El impugnante en su escrito de impugnación se opone a esta revisión por varios motivos. En primer lugar, por discurrir que la vida laboral del trabajador no puede servir a los efectos de determinar la existencia de un grupo de empresas. En segundo lugar, por considerar la parte recurrente que la sentencia no habría declarado en un hecho probado la existencia de un grupo de empresas. En tercer lugar, porque en relación con la antigüedad pretendida por la parte recurrente en fecha de 24-11-2008, los documentos aportados por la parte recurrente fueron impugnados de contrario y que dicho contrato quedó extinguido el 23-3-09, considerando la parte impugnante erróneo el hecho probado segundo, según documentación aportado por el SERVEF. Y que desde el 23-3-2009, el trabajador estuvo desempleado y prestó servicios en otras empresas, según el impugnante sobre la base de documental de los autos –aunque no cita un folio en concreto. En cuarto lugar, estima la parte impugnante que la sentencia recurrida adolece en el hecho probado primero de un error en cuanto a que la fecha de antigüedad del trabajador que sería el 1-11-2011, y no de 21-1-2012. Y en este sentido se solicita que sea revisada por el juzgador “ad quem”. Se apoya el impugnante en un documento de vida laboral de la empresa E.P.B. y en un documento expedido por la TGSS sobre el Informe de Trabajadores en alta en un código de cuenta de cotización, que según el impugnante no fue impugnado de contrario, y en el contenido de los hechos primero y tercero.

4.- Principiando el examen de la revisión instada por el recurrente, ésta no ha de prosperar por las siguientes razones. En primer lugar, ciertamente del documento 1 del ramo de prueba de la parte demandante (folio 268 de autos), donde consta la vida laboral del actor no puede evidenciarse, sin necesidad de conjeturas e hipótesis la existencia de un grupo de empresas, ya que en el mencionado documento, se consignan simplemente las fechas de altas y bajas del trabajador. En segundo lugar, en cuanto a la fecha de antigüedad en relación con el 24-12-2008, la misma es referenciada en el hecho probado segundo, que da cuenta de las anteriores contrataciones del actor por el empresario E.P.B., por lo que la adición instada resultaría intrascendente por cuanto la antigüedad referenciada en el primero de los hechos probados se referiría al último de los contratos, sin perjuicio de que en caso de estimarse la existencia del grupo de empresas y su actuación como ámbito funcional unitario respecto al trabajador, pudiera retrotraerse a otros contratos anteriores realizados por empresas de un eventual grupo de empresas. Cuestión ésta última que habrá de dirimirse más adelante.

5.- En relación con el hecho probado primero han de examinarse las alegaciones del impugnante. Ha de precisarse que en primer lugar, y como quiera que no ha prosperado la revisión fáctica instada por la parte recurrente, en parte por el primero de los argumentos expuestos por el impugnante, esto es, que la vida laboral del trabajador no puede servir a los efectos de determinar la existencia de un grupo de empresas, se prescindirá de todas las alegaciones relativas a este hecho. El examen de la Sala ha de ceñirse a las revisiones instadas por el impugnante. En relación con éstas, se señalan dos. Por una parte, la revisión del hecho probado segundo, para hacer

constar que el contrato del actor con E.P.B. de fecha el 24-11-2008 quedó extinguido el 23-3-09. En apoyo de esta revisión señala la parte impugnante que los documentos aportados por la parte recurrente fueron impugnados de contrario, que dicha fecha de extinción sería errónea, según documentación aportado por el SERVEF (sin ninguna referencia concreta de su reflejo en autos); y que desde el 23-3-2009, el trabajador estuvo desempleado y prestó servicios en otras empresas, según el recurrente sobre la base de documental de los autos –aunque no cita un folio en concreto.

6.- Pues bien dicha revisión del hecho probado segundo de la sentencia ha de ser desestimada por motivos formales y de fondo. En cuanto a los primeros, no cita el recurrente un documento concreto, foliado en autos, del que se desprenda la revisión instada. En cuanto a los motivos de fondo, existe por el contrario, documental que evidencia que no ha existido error del juzgador. En este sentido, en la copia del informe de vida laboral (folio 268 de autos) consta que el contrato de 24-12-08 se extinguió el 23-12-2009, pasando a ser el actor contratado por la empresa P., 2008, S.L. tal y como se refleja en el hecho probado cuarto, y luego nuevamente para el empresario E.P. y M.P., como correctamente se refiere en los hechos probados segundo y tercero, respectivamente.

7.- La segunda revisión instada por el impugnante hace referencia al hecho probado primero, en cuanto a que la fecha de antigüedad fue la de 1-11-2011, y no de 21-1-2011. Se apoya el impugnante en un documento de vida laboral de la empresa E.P.B. en un documento expedido por la TGSS sobre el Informe de Trabajadores en alta en un código de cuenta de cotización, y en el contenido de los hechos primero y tercero.

8.- Debe accederse a la revisión fáctica pues efectivamente se desprende de la vida laboral que la antigüedad reconocida al actor con el empresario E.P.B., en el último de los contratos efectuados por éste se fija el 1-11-2011 (folio 168 de autos), así como en el certificado de empresa (folio 163 de autos). Siendo además esta fecha la referida tanto por el recurrente como por el impugnante en sus escritos. Y además la lectura del documento de conversión del contrato en indefinido (folios 269 y ss.) evidencia que la referencia al día 21-1-2011, se relaciona con otro extremo. Por consiguiente, la Sala ha de corregir este error, quedando redactado el hecho probado primero en el siguiente sentido: “El demandante M.R.R. ha venido prestando servicios por cuenta y orden de la empresa demandada, E.P.B., con antigüedad de 1-11-2011, y categoría profesional de conductor-repartidor y un salario mensual de 1.188,24€, en el que se incluye la prorrata de pagas extras. Las partes suscribieron el 20-1-2012 contrato de conversión del contrato de trabajo temporal en contrato indefinido”.

SEGUNDO.- 1.- En este segundo fundamento de derecho se examinará la segunda de las revisiones fácticas instadas en el recurso. Solicita la parte recurrente el añadido de un hecho probado séptimo con el siguiente tenor (en cursiva el añadido): “Las empresas E.P.B., M.P.B. Y P. 2008, S.L. desarrollaban la misma actividad dedicada al transporte de mercancías por carretera utilizando varias naves industriales, una de ellas situadas en la ciudad de Onda (*donde efectuaba el trabajo el actor*) otra en Vila

Real (prueba documental de la demandada documento número 34). En dichas instalaciones se custodiaban las mercancías sin distinción de la empresa encargada del transporte, y del mismo se estacionaban en el recinto los distintos vehículos que se utilizaban de forma indistinta por las distintas empresas.

La dirección de la actividad de las empresas la desarrollaba E.P.B., sin perjuicio de que en su ausencia, realizase tales funciones de dirección M.P.B.

Además del demandante, otros trabajadores como E.C.G., M.O., I.F.S. o I.R.B., han prestado servicios de forma sucesiva para E.B. y además por M.P.B. o/y P. 2008, S.L.

No consta que ninguna de las empresas demandadas EPB, MPB Y P. 2008, S.L. comunicara al trabajador ni subrogación entre las empresas de su contrato de trabajo, ni que hubiera ocurrido una sucesión de empresas, cada empresa actuaba como empresario independiente y cada una de ellas al contratar al trabajador le efectuaba su propio contrato, que era el que regía las relaciones entre ambos. No consta adscripción formal como grupo de empresas de las E.P.B., M.P.B. Y P. 2008, S.L.” Ello se solicita sobre la base del documento número 34 del ramo de prueba de la parte demandada de resolución del contrato de arrendamiento de nave industrial. La parte recurrente justifica la trascendencia de los añadidos para aseverar que el trabajador en el momento del despido no conocía la cualidad del empresario de M.P.B. y P. 2008, S.L. y que el juez “a quo” habría prescindido del hecho de que no existió comunicación al actor sobre la existencia de una subrogación empresarial, sucesión de empresa o adscripción formal como grupo de empresas.

2.- Respecto a esta revisión el impugnante muestra su disconformidad, aduciendo que el documento citado sólo probaría la existencia de un contrato de arrendamiento del local, y su discrepancia con la posición del recurrente sobre la base de diversas testificales aportadas al juicio, así como con la propia redacción del hecho probado séptimo realizada por el juzgador “a quo”, pero sin instar su revisión.

3.- La revisión instada por la parte recurrente no ha de prosperar, por cuanto la única documental en la que se basa, esto es, el documento número 34 del ramo de prueba de la parte actora, es una resolución de mutuo acuerdo de un contrato de arrendamiento de una nave industrial, pero resulta intrascendente e inhábil a los efectos de evidenciar un error del juzgador en la redacción del hecho probado séptimo. En cuanto al añadido pretendido “in fine” por el recurrente sobre la falta de comunicación al actor de la existencia de una subrogación empresarial, un grupo de empresas o una sucesión empresarial, es intrascendente por cuanto se trata de reflejar un hecho negativo, además de no poderse deducirse de un documento de resolución de un contrato de arrendamiento de una nave industrial.

TERCERO.- 1.- El segundo motivo de recurso, con adecuado amparo procesal, denuncia la infracción de los arts. 1, 59.3 ET y 64.2.b) y 103.2 de la LRJS y STS 6-3-12. En esencia, denuncia la parte recurrente que se aplicó erróneamente la institución de la caducidad respecto al empresario M.P.B. y P. 2008, S.L., por cuanto habiendo

presentado la demanda en plazo contra quien aparecía formalmente como empleador y había efectuado la extinción contractual impugnada, se amplió la demanda contra los anteriores empresarios, aunque no hubiera constancia de que el trabajador conocía de forma mínima los vínculos jurídicos entre las empresas. Estima la parte recurrente que la ampliación de la demanda se encontraba amparada por el art. 64.2.b) LRJS y el art. 103.2 del mismo texto legal y que fue fruto de conversaciones con otros trabajadores, por lo que no podía afirmarse que el trabajador conociera o debiera conocer la condición de empresario de las distintas empresas en las que fue contratado. Apoya esta tesis la parte recurrente en dos argumentos adicionales, a saber: En el primero, se cita jurisprudencia constitucional sobre que no debe pesar sobre el trabajador el deber de indagar las complejas relaciones internas de la empresa que entroncaría con la tutela judicial efectiva. En el segundo, se alude a la parte demandada no recurrió la admisión de la ampliación de la demanda ni hizo constar su protesta en el acto del juicio oral, sino que sólo manifestó que se trataba de una modificación sustancial de la demanda, extremo éste que fue rechazado por el juzgador “a quo”.

2.- Por su parte, el impugnante se opone a la estimación del motivo por varios motivos. En esencia considera que el recurrente sí conocía suficientemente la posible existencia de un grupo de empresas, por lo que en aplicación de jurisprudencia, la demanda estaba caducada respecto a los otros empresarios porque el trabajador ya estaba al tanto al tiempo del despido las vicisitudes de la relación laboral. Señala que sí se recurrió por la parte demandada la providencia de 12-3-2014 sobre ampliación de la prueba solicitada con antelación al juicio en relación con un posible grupo de empresas.

3.- Para la resolución de este motivo ha de partirse de que es doctrina firme del Tribunal Constitucional que es una carga procesal del demandante el identificar bien a la parte demandada. La consecuencia inevitable es que de hacerse defectuosamente se sigue la caducidad de la acción de despido, que debe apreciarse de oficio. La previsión del art. 103.2 LRJS –de honda raigambre en las leyes procesales del orden social- tiene como finalidad atemperar este efecto tan riguroso y proteger al trabajador de la caducidad de su acción de despido sobre la base del principio de buena fe y de efectividad de la tutela judicial. De este modo, cuando el trabajador atribuye erróneamente la condición de empresario a una persona y en el acto del juicio o en un momento anterior del proceso se acredita que es un tercero; el trabajador podrá presentar nueva demanda contra éste o ampliar la demanda si no se hubiera celebrado el juicio, sin que comience a contar el plazo de caducidad hasta que conste quién es el empresario.

En síntesis, los elementos para la aplicabilidad de la doctrina del empresario aparente se reconducen a dos requisitos esenciales. En primer lugar, que se haya promovido demanda frente a un empresario ficticio dentro del plazo legal de caducidad, es decir, estando viva la acción. En segundo lugar, que se haya producido un error en la designación del empresario inicialmente demandando. En relación con este segundo requisito, el relativo al error se exige que el mismo no sea imputable al actor ni se trate de desidia. A este respecto, el error ha de ser de entidad suficiente para confundir a cualquier persona diligente y que es carga del operario el acreditar

que desconocía quien era su verdadero empleador y por ello se equivocó. Por ejemplo, en supuestos de sucesiones de contratos o transmisiones de empresas o concesiones administrativas sin cumplir con la obligación legal o convencional de informar sobre la subrogación acaecida.

En el caso de autos, la demanda se realizó en plazo contra el último empleador del trabajador, y éste en el plazo de tres meses y con bastante anterioridad a la fecha del juicio amplió la misma contra otros dos empresarios, a los que atribuía la condición de integrantes de un grupo de empresas. En este caso, la Sala no puede compartir el razonamiento del juzgador “a quo” de que el trabajador debía tener conocimiento en el momento del despido de la existencia en su caso, de un posible grupo de empresas, por lo que hubiera debido incluir en su demanda a los otros empresarios integrantes del mismo. La acreditación de la existencia de un grupo de empresas exige la concurrencia de una serie de requisitos no simplemente deducibles de la prestación sucesiva de servicios para varias empresas, además de ser una institución compleja cuyo conocimiento no se puede presuponer que posea el trabajador por el simple hecho de haber prestado servicios de forma sucesiva para varios empresarios. El vigente art. 103.2 LRJS esclarece que la doctrina del empresario aparente se proyecta no sólo en los supuestos en que se acredita en el momento del juicio el error cometido por el trabajador al identificar a su verdadero empresario, sino también en otro momento anterior del proceso. Por consiguiente, el juzgador “a quo” aplicó indebidamente la excepción de caducidad respecto de M.P.B. y P. 2008, S.L.

4.- Por otra parte, habiendo resuelto correctamente el juzgador “a quo” que no existió modificación sustancial de la demanda o de la papeleta de conciliación, al haberse realizado el escrito de ampliación respecto a los otros empresarios integrantes del grupo con bastante anterioridad a la fecha del juicio, por lo que no existió indefensión, procede determinar si efectivamente concurrió la existencia de un grupo de empresas que funcionara como ámbito funcional unitario a los efectos de computar la antigüedad desde la fecha de inicio del primer contrato con los empresarios codemandados.

Entrando en el examen de la cuestión planteada debe precisarse que de los hechos probados primero a séptimo se desprende que:

A) El demandante M.R.R. ha estado contratado por los empresarios codemandados según la siguiente secuencia:

24-12-08 al 23-12- 2009 contratado por P.B.E., con contrato eventual por circunstancias de la producción

29-12-09 al 10-11-2010 contratado por P. 2008, S.L con contrato eventual por circunstancias de la producción

29-12-2010 al 20-1-2011, contratado por P.B.E. con contrato eventual por circunstancias de la producción

21-1-2011 al 31-10-2011, contratado por P.B.M. con contrato eventual por circunstancias de la producción

1-11-2011 al 26-8-2013 Luego para P.B.E. con contrato eventual por circunstancias de la producción, convertido el 20-1-2012, en un contrato indefinido. (Hechos probados primero, segundo, tercero y cuarto).

B) La empresa P. fue constituida mediante escritura pública otorgada el 21-11-2007, siendo socio único E.P.B., el cual asume la función de administrador único de la sociedad. La empresa cesó en sus actividades el 10-11-2010 (hecho probado quinto).

C) La empresa E.P.B. cesó en sus actividades el 30-9-2013.

D) M.P.B. causó baja en el RETA el 31-10-2013 (hecho probado sexto). E) Las empresas E.P.B., M.P.B. Y P. 2008, S.L. desarrollaban la misma actividad dedicada al transporte de mercancías por carretera utilizando varias naves industriales, una de ellas situadas en la ciudad de Onda. En dichas instalaciones se custodiaban las mercancías sin distinción de la empresa encargada del transporte, y del mismo se estacionaban en el recinto los distintos vehículos que se utilizaban de forma indistinta por las distintas empresas.

La dirección de la actividad de las empresas la desarrollaba E.P.B., sin perjuicio de que en su ausencia, realizase tales funciones de dirección M.P.B..

Además del demandante, otros trabajadores como E.C.G., M.O., I.F.S. o I.R.B., han prestado servicios de forma sucesiva para E.B. y además por M.P.B. o/y P. 2008, S.L.

5.- De entrada, debe señalarse que en supuestos como el aquí planteado, lo importante a los efectos de enjuiciar la contratación sucesiva de un trabajador para varias empresas no es tanto si existe una estructura empresarial de grupo fraudulenta, sino si en el caso concreto existe o no unidad en la relación laboral. De esta suerte, cuando se dilucida una contratación sucesiva de un trabajador para varias empresas del grupo la declaración de la existencia o no de unidad empresarial no puede hacerse de manera general, sino que debe realizarse atendiendo a las circunstancias concretas de la relación laboral del trabajador. Dicho de otra manera, para que exista fraude en la contratación temporal, no es necesario que se determine que estamos ante un grupo de empresas fraudulento, sino que basta con que para la relación laboral en concreto que se examina, las empresas intervinientes, constituyan un ámbito funcional unitario donde valorar la relación laboral del trabajador. Para ello, habrá que atender a circunstancias tales como: la naturaleza del trabajo objeto de las sucesivas prestaciones o si el trabajador desarrolla funciones similares en las distintas empresas (STSJ de Galicia de 10 de junio de 1992). En este caso, y partiendo del análisis de la relación concreta del trabajador sí aparecen indicios de una apariencia externa de unidad y una cierta confusión patrimonial que son demostrativos la existencia de un ámbito funcional unitario donde el trabajador desarrolla sus servicios, de suerte que la encadenación de contratos temporales se perfila como una conducta elusiva o fraudulenta. Singularmente, el hecho de que las tres empresas desarrollasen la misma actividad dedicada al transporte de mercancías, utilizando la misma nave industrial, manejando indistintamente los vehículos de transporte las tres empresas y estacionando los mismos y la mercancía custodiada del mismo modo. A esta

conclusión, coadyuva el hecho de que la utilización sucesiva de mano de obra en contratos sucesivos, ubicación en el mismo lugar, objetos sociales similares y existencia de una administración unitaria entre las tres empresas. Asimismo, cabe tener en cuenta datos clave como que el trabajador mantiene el mismo contrato temporal con todas las empresas, así como la prestación profesional en el mismo centro de trabajo (STSJ de La Rioja de 10 de octubre de 1996 y STSJ de la Comunidad Valenciana que resuelve el recurso 3556/06), elementos todos ellos considerados como fundamentales para detectar si una contratación sucesiva entre varias empresas relacionadas es o no fraudulenta, junto con otros como el mantener idéntica categoría, retribución y funciones (STSJ de Canarias (Las Palmas) de 10 de enero de 1995), así como que la contratación sucesiva se produzca sin solución de continuidad o pocos días después del transcurso de festivos o del mes de vacaciones. Razones éstas que imponen la conclusión que nos encontramos ante una única relación laboral, y que por tanto, debe computarse todo el tiempo de prestación de servicios entre las distintas empresas del grupo a efecto del cálculo de la indemnización de despido.

6.- A la vista de todo ello, procede estimar el motivo y revocando parcialmente la sentencia de instancia declarar que a efectos de la improcedencia del despido la antigüedad desde el 28 de diciembre de 2008, hasta la fecha de extinción del presente contrato. Por consiguiente, habiendo declarado extinguida la relación laboral que unía a las partes en la fecha de la primera sentencia el 22 de mayo de 2014, el cálculo de la indemnización ascendería a un total de 8.575,23€ con el siguiente desglose: En el primer tramo, hasta el 11 de febrero de 2012, correspondería una antigüedad desde el 24-12-2008, por lo que partiendo del salario anual dividido entre 365 días, la cantidad correspondiente sería de 5.571,91. El segundo tramo desde el 12 de febrero del 2012 al 22-5-2014, correspondería a una indemnización de 3.003,32€.

FALLO

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de M.R.R., frente a las sentencia dictada por el Juzgado de lo social número 3 de Castellón, de fecha de 22 de mayo de 2014. En consecuencia procedemos a revocar parcialmente la misma, conservando la resolución de condena contenida en la resolución recurrida, fijamos la indemnización por despido en 8.575,23 euros y condenamos a responder solidariamente de las consecuencias económicas de la declaración de improcedencia del despido a M.P.B. y P. 2008, S.L., manteniendo el resto de pronunciamientos de la resolución recurrida.

Sentencia núm. 2.259, de 14 de octubre de 2014

Materia: Despido con vulneración de los derechos fundamentales. Expediente de despido colectivo como consecuencia de reestructuración bancaria. Despido individual derivado de un despido colectivo.

Juzgado: Estima parcialmente la demanda declarando improcedente el cese de la trabajadora condenando a la readmisión de ésta o a abonar determinada cantidad en concepto de indemnización más los salarios dejados de percibir. Se absuelve al FOGASA sin perjuicio de sus futuras responsabilidades legales.

Sala: Estima el recurso revocando la sentencia recurrida, absolviendo a la entidad recurrente de los pedimentos formulados en su contra. Al no constituir la entrega de la carta de despido a los representantes de los trabajadores un requisito esencial para la validez de la extinción del contrato de los trabajadores afectados por el despido colectivo, su incumplimiento no puede determinar la improcedencia del mismo. No resulta necesaria la inclusión en la carta de los criterios aplicados para la extinción de la relación laboral. Tampoco se aprecia en los motivos de oposición deducibles por el trabajador en el proceso de impugnación individual de la extinción de su contrato derivada de un despido colectivo con acuerdo con los representantes de los trabajadores, la existencia de dolo, coacción, fraude o abuso de derecho apreciables en la suscripción del referido acuerdo. Declara procedente la extinción de la relación laboral.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Contra la sentencia del juzgado que estima parcialmente la demanda y declara improcedente la extinción del contrato de trabajo de la demandante derivada del despido colectivo acordado por BANKIA, S.A. son tres los motivos que se articulan en el recurso de suplicación interpuesto por la meritada empresa y por Banco Financiero y de Ahorro, S.A., habiendo sido impugnado el recurso por la parte actora, conforme se expuso en los antecedentes de hecho.

Los tres motivos se introducen al amparo del apartado c del art. 193 de la Ley de la Jurisdicción Social (LJS) y tienen por objeto el examen del derecho aplicado en la sentencia de instancia. Por razones de índole lógica y al tener el primer motivo carácter subsidiario respecto a los dos motivos siguientes, se entrará primero en la resolución del segundo y tercer motivo y solo en el caso de que estos se desestimen se analizará el primer motivo en el que se cuestiona la cuantía de la indemnización devengada por la trabajadora derivada de la declaración de improcedencia del despido.

SEGUNDO.- Se denuncia por la representación letrada de la recurrente en el correlativo motivo del recurso la infracción de lo dispuesto en el artículo 51.4 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, en su redacción anterior a la modificación introducida por el Real Decreto Ley 11/2013, en relación con los artículos 53.1 y 52.c de la indicada norma, ambos relacionados con el artículo 3 del Código Civil y la jurisprudencia y la doctrina de suplicación que los desarrolla. En este motivo niega la defensa de la recurrente la obligación de la empresa de comunicar a los representantes de los trabajadores la carta de despido de la demandante y al respecto cabe decir que de la remisión que efectúa el artículo 51.4 ET al artículo 53.1 del mismo texto legal se desprende la obligación de notificar individualmente por escrito a cada uno de los trabajadores afectados por el despido colectivo la extinción de su contrato de trabajo como consecuencia de aquél y dicha notificación se ha de llevar a cabo cumpliendo los requisitos establecidos para el despido objetivo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción. Dicho lo anterior, las consecuencias derivadas del incumplimiento de alguno de los requisitos establecidos en el art. 53.1 ET no puede ser la misma con independencia del requisito omitido, sino que dependerá del concreto requisito que no se haya observado, al igual que sucede con el incumplimiento de los requisitos formales del despido objetivo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción. Ahora bien en el caso del despido individual derivado de un despido colectivo solo si se omite la comunicación escrita al trabajador afectado con expresión de la causa o no se pone a disposición del mismo la indemnización devengada (salvo que exista causa económica y no haya liquidez) habrá que declarar la improcedencia del despido, no así cuando no se haya entregado copia de la carta de despido a los representantes de los trabajadores ya que la doctrina jurisprudencial que anuda la declaración de nulidad o, tras la reforma introducida por R.D.-ley 10/2010 de 16 de junio, la declaración de improcedencia, al incumplimiento de la entrega de la carta de despido objetivo por las causas del artículo 52 c ET, a los representantes de los trabajadores, se fundamenta en que la omisión de dicha exigencia no es un mero incumplimiento de un deber de información cuya represión se agota en una sanción administrativa, sino que la información a los representantes de los trabajadores sobre los despidos objetivos económicos es una pieza esencial del sistema legal de control de la distinción institucional entre el despido colectivo y el objetivo, pero en el despido individual derivado del despido colectivo carece de sentido el establecimiento del referido control. En efecto, los representantes de los trabajadores son, en principio, concedores de los despidos individuales que se van a realizar tras el despido colectivo, habida cuenta del proceso previo de negociación mantenido con la empresa, y, a falta de acuerdo, la empresa les ha de notificar la decisión adoptada sobre el despido colectivo, por lo que parece desproporcionado anudar la calificación de improcedencia del despido al incumplimiento de la entrega de la carta de despido individual a los representantes de los trabajadores, sobre todo si se tiene en cuenta que los mismos ya cuentan con la información facilitada por la empresa sobre las causas del despido, la documentación aportada referente a dichas causas, los trabajadores afectados, el período en que se llevarán a cabo los despidos individuales derivados del colectivo y los criterios de selección de los trabajadores afectados, de modo que el trabajador despedido puede obtener de dichos representantes la información sobre el despido colectivo del que deriva el suyo para comprobar si se ajusta o no, a lo acordado o decidido en aquél.

Luego al no constituir la entrega de la carta de despido a los representantes de los trabajadores un requisito esencial para la validez de la extinción del contrato de los trabajadores afectados por el despido colectivo, su incumplimiento no puede determinar la improcedencia del despido, en contra de lo apreciado por la sentencia de instancia, lo que conlleva la estimación del motivo ahora examinado.

TERCERO.- En el segundo motivo del recurso se imputa a la resolución recurrida la infracción de lo dispuesto en el art. 53.1 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores en relación con el art. 3 del Código Civil y la doctrina jurisprudencial que los desarrolla. En este motivo se combate por la defensa de la recurrente el pronunciamiento de la sentencia de instancia acerca de la necesidad de incluir en la carta de despido los criterios de selección aplicados a la trabajadora para su afectación.

Esta Sala en sentencia nº 1818/14 de fecha 8-7-14 (rec. 1221/14), dictada en el recurso interpuesto frente a sentencia que declaró la improcedencia de despidos idénticos al aquí enjuiciado, estimó el recurso y absolvió a la empresa Bankia SA, razonado que “...entendemos que no existe precepto alguno que imponga a la empresa la obligación de expresar qué concretas razones han determinado la elección del trabajador afectado con los detalles que indica el juez a quo, pues los criterios de selección eran conocidos por los representantes de los trabajadores, al haberse pactado en el propio ERE, y fundamentalmente porque el artículo 53 del ET no exige, salvo que se amplíe el concepto de causa a unos términos distintos y extraños de los que recoge el artículo 51.1 del ET, que en la comunicación escrita del despido consten las razones por las que resulta elegido el trabajador a quien se cesa, pues solamente se requiere la expresión de la causa en que se funda la extinción, causa que en los despidos individuales derivados de un despido colectivo es la propia existencia del ERE, sus acuerdos, o la resolución judicial que confirma su procedencia, esto es, autoriza la extinción. Lo acabado de expresar supone que el control judicial queda reducido, en esta materia de los criterios de selección de los trabajadores afectados, a aquellos casos en los que el trabajador aporte indicios de la concurrencia de discriminación o vulneración de derechos fundamentales, con la inversión de la carga probatoria, o a los casos en los que se demuestre que no se han respetado las preferencias de permanencia en la empresa, sean legales, pactadas o convencionales, o cuando la empresa actúe arbitrariamente, concurriendo fraude de ley o abuso de derecho. La circunstancia de que no se especifique en las comunicaciones individuales los detalles precisos de la elección de los trabajadores no ocasiona la insuficiencia y la indefensión que se predica en la sentencia recurrida, pues el trabajador conoció o pudo conocer los criterios y el porqué de su elección, como tampoco hay razones que obliguen a la empresa a comunicar la información relativa a la valoración en momento anterior al despido, es decir, a la selección, para de este modo permitir que el trabajador valore la decisión de acogerse al sistema de baja incentivada, al no desprenderse esa obligación de los acuerdos firmados en su momento. Por ello, se concluye que se han puesto de manifiesto en la carta de despido de forma suficiente los criterios de selección que se entendieron conformes por los negociadores firmantes del acuerdo, no habiéndose probado tampoco arbitrariedad, abuso o desviación en el ejercicio del poder

empresarial de selección y aplicación de aquellos, por lo que, en suma, la Sala no considera correcta la declaración de improcedencia de los despidos impugnados...”.

La aplicación de la doctrina al presente caso conlleva también la estimación del motivo ahora examinado y el éxito de los motivos precedentes hace innecesario el examen del primero de los motivos, habida cuenta de su carácter subsidiario respecto de los ya analizados.

CUARTO.- Procede examinar ahora las causas de oposición subsidiarias deducidas por la parte actora al impugnar el recurso.

La primera de dichas causas se sustenta en que la existencia de un grupo de empresas integrado por las mercantiles codemandadas obliga a la aportación de “las cuentas anuales e informe de gestión consolidados de la sociedad dominante del grupo, debidamente auditadas si existe obligación de consolidación de cuentas o las de las demás empresas del grupo debidamente auditadas, si no existiera obligación de formular cuentas consolidadas (art. 4.5 del Real Decreto 1483/1012, de 29 de octubre) por lo que la falta de aportación de dicha documental determina la nulidad del despido según lo establecido en el art. 124.13.3ª de la LJS.

La segunda causa de oposición subsidiaria viene a negar la concurrencia de la causa económica que se dice ha sido alegada de forma genérica por BANKIA, S.A. y que ha quedado imprejuizada al declararse improcedente el despido de la demandante por defectos de forma en la sentencia de instancia, de modo que dicho despido se tendría que declarar también improcedente por no haberse acreditado la indicada causa.

Ambas causas de oposición subsidiarias han de ser desestimadas por las razones que se expondrán a continuación.

De la lectura aislada del nº 13 del art. 124 de la LJS podría llegarse a la conclusión de que el trabajador puede impugnar la extinción de su contrato de trabajo acordada en el marco de un despido colectivo por las mismas causas que pueden fundamentar la impugnación del despido colectivo aun cuando este haya ido precedido de acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores ya que según el tenor literal de la indicada regla que no distingue si el despido colectivo es o no resultado de un acuerdo, el trabajador afectado por el despido colectivo podrá impugnar individualmente la extinción de su contrato de trabajo a través del procedimiento previsto en los artículos 120 a 123 de esta Ley, comprendiéndose en el art. 122 como causa de oposición la inexistencia de causa que determina la improcedencia del despido, mientras que la regla 3ª del apartado a del nº 3 del art. 124 contempla como causas de oposición al despido objetivo determinantes de su nulidad, la ausencia del periodo de consultas y la falta de la documentación prevista en el artículo 51.2 del Estatuto de los Trabajadores. Ahora bien, la conclusión expuesta no casa bien con la restricción que respecto a la legitimación para impugnar el despido colectivo establece el indicado art. 124 que excluye de la misma al trabajador afectado por dicho despido lo que parece indicar el interés del legislador de que las causas de

oposición al despido colectivo se canalicen a través del proceso del art. 124, si bien cuando no haya habido impugnación del despido colectivo por parte de los legitimados para ello y a fin de no causar indefensión al trabajador afectado por dicho despido faculta al mismo para que pueda hacer valer las causas de oposición referentes al despido colectivo, siempre y cuando dicho despido no haya sido precedido de acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores. Ya que si ha existido acuerdo permitir que el trabajador impugne su despido individual aduciendo la inexistencia de las causas económicas, organizativas, técnicas o de producción o la no realización del período de consultas o la falta de entrega de la documentación exigible, supondría primar el interés particular en detrimento de la eficacia de la negociación colectiva, además de desincentivar a la empresa a la hora de lograr un acuerdo, ya que las ventajas de alcanzar el mismo apenas tendrían relevancia al poderse poner en tela de juicio por cualquiera de los trabajadores afectados por el despido colectivo todo el proceso de negociación que ha precedido al acuerdo, situación esta que además quiere evitar el legislador y de ahí que limite la legitimación activa en la impugnación del despido colectivo.

Lo hasta ahora expuesto lleva a concluir que los motivos de oposición que se pueden deducir por el trabajador en el proceso de impugnación individual de la extinción de su contrato derivada de un despido colectivo en el que se ha alcanzado acuerdo con los representantes de los trabajadores, solo se podrán fundamentar en la existencia de dolo, coacción, fraude o abuso de derecho apreciables en la suscripción del referido acuerdo, ya que la constatación de dichos defectos invalidaría el propio acuerdo y por consiguiente sería como si el mismo no hubiera existido o bien en la vulneración de derechos fundamentales y libertades públicas por cuanto que la mayor protección que merecen dichos derechos y libertades justifica el examen de la vulneración denunciada pese al acuerdo alcanzado.

En el caso que nos ocupa al haber terminado el periodo de consultas del despido colectivo de BANKIA, S.A. con acuerdo y no haber impugnado la actora dicho acuerdo por fraude, dolo, coacción o abuso de derecho ni haber alegado la misma la vulneración de derechos fundamentales en la conclusión del susodicho acuerdo, resulta inviable, por las razones expuestas, entrar a conocer sobre las causas de oposición deducidas en el escrito de impugnación, lo que conlleva la desestimación de las mismas como antes se adelantó.

QUINTO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 203. 1 de la LJS, se acuerda que una vez firme la presente sentencia, se proceda a la devolución de la consignación o, en su caso, la cancelación de los aseguramientos prestados, así como del depósito constituido para recurrir.

FALLO

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de la empresa BANKIA, S.A., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº Tres de los de Elche de fecha 28 de octubre de 2013, en virtud de demanda presentada a instancia de

D^a. A.E.H.H.; y, en consecuencia, revocamos la sentencia recurrida y con desestimación de la demanda, absolvemos a la recurrente de las pretensiones deducidas contra ella.

Sentencia núm. 2.277, de 14 de octubre de 2014

Materia: Despido: Extinción de la relación laboral por causas objetivas. Trabajador que presta sus servicios como dependiente, con contrato indefinido a jornada completa. La empresa extingue el contrato alegando causas de carácter económico, organizativo y de producción. Deficiente redacción de la comunicación extintiva. Tampoco queda probada la falta de iliquidez de la empresa.

Juzgado: Estima parcialmente la demanda, declarando la improcedencia de la extinción laboral, debiendo indemnizar al trabajador por despido improcedente, o bien readmitirlo debiéndole abonar los salarios dejados de percibir desde la fecha de la extinción hasta su readmisión, descontando los días en que el actor permaneció en situación de IT.

Sala: Desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia. La comunicación extintiva no ofrece ningún dato que apoye la disminución de ventas de la empresa, ni queda tampoco acreditada la falta de iliquidez de la empresa, requisitos básicos para la procedencia de la extinción.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se interpone recurso de suplicación por la representación letrada de la empresa condenada, frente a la sentencia que estimando la demanda del actor declaró la improcedencia del despido objetivo.

1. En el primer motivo del recurso, redactado al amparo de la letra b) del art. 193 de la LRJS, se interesa la revisión del hecho probado segundo, en base a los folios 241 y 242, a fin de que quede redactado con el texto que propone.

El recurrente pretende introducir el texto de la carta de despido lo que resulta innecesario, pues ya el hecho impugnado da por reproducida íntegramente su texto.

2. En el segundo motivo, se interesa la revisión del hecho probado tercero en base a los folios 167, 170 a 184, 185, 188 a 201, 202, 209, 210, 218, 225 y 226 que se corresponden con los documentos 7 a 12 de la documental del recurrente, proponiendo la siguiente redacción, “El importe neto de la cifra de negocios que presentaba la mercantil E. SL en el ejercicio 2011 eran 842.549’98 euros; el resultado de la Cuenta de Perdidas y Ganancias fueron 2.158,97 euros de beneficios. La cifra de negocios en el ejercicio 2012 se redujo a 691.141’10 euros y el resultado de la Cuenta de Pérdidas y Ganancias reflejó unas pérdidas de -39.428,38 euros. En el mes de diciembre de 2012 la empresa pasó de cinco a tres trabajadores, situación que ha permanecido hasta la actualidad”.

De la documental citada no se desprende que la Magistrada haya incurrido en error de valoración de la prueba documental citadas, pretendiendo el recurrente incluir en el hecho impugnado que en 2011 el “resultado del ejercicio” fue de 2.158,97€ y en 2012 de -39.428,38€, en lugar de los datos ya incluidos sobre el “resultado de la explotación”, lo que carece de trascendencia a efectos de llegar a una modificación del fallo.

SEGUNDO.- En el tercer motivo, al amparo del art. 193-c) de la LRJS, se denuncia la infracción de los artículos 51.1, 52.c y 53 del Estatuto de los Trabajadores, en relación con el art. 122 de al LRJS. Sostiene el recurrente que la decisión extintiva debió considerarse procedente, pues en la carta se indica que quedan a su disposición para facilitarle datos, que la empresa ha justificado la situación económica deficitaria y la falta de liquidez con el balance de situaciones, en la partida efectivo y otros líquidos, declaración el impuesto de sociedades.

A efectos de resolver el recurso, hay que tener en cuenta que la empresa comunicó al actor la extinción de su contrato de trabajo mediante carta en la que alegaba “causas de carácter económico, organizativo y de producción....disminución persistente de ingresos o ventas, ...facturación...insuficiente,...ventas...disminución persistente,...perdidas...queda a su disposición para facilitarle los datos o explicaciones que considere necesarios...como consecuencia de tal situación económica no se puede poner a disposición la indemnización...la empresa acordara con el trabajador en la fecha del 30 de noviembre de 2012...las condiciones de pago del importe de 2077,11 euros correspondiente al 60% de la indemnización...”.

La sentencia de instancia declara la improcedencia del despido, tanto por la deficiente redacción de la comunicación extintiva que califica de “escueta”, como por no haber cumplido el requisito de poner a disposición del actor la indemnización, pues pese a alegar imposibilidad, no se ha probado falta de liquidez. El artículo 53.1, a) del ET dispone que la adopción del acuerdo de extinción exige la “comunicación escrita al trabajador expresando la causa”, y la exigencia del cumplimiento de tal requisito es especialmente rigurosa en los despidos por causa objetivas, pues si bien en los despidos disciplinarios el trabajador puede tener una idea o sospecha de cuál es la causa de la decisión empresarial, por cuanto, en principio, estará fundada en una conducta llevada a cabo por aquél, en los despidos objetivos no ocurre lo mismo, toda vez que el trabajador no tiene por qué conocer cuál es la situación real de la empresa en relación con su posición económica –ganancias o pérdidas de los últimos ejercicios-, o con las dificultades que impidan su buen funcionamiento en el mercado. De ahí que para que pueda entenderse cumplida la exigencia de comunicación escrita con expresión de la causa, no baste con la mera alusión genérica a las causas citadas en el precepto, sino que es necesario que se deje constancia en aquélla de los hechos, datos y cifras de los que dispone la empresa y en los que fundamenta la decisión extintiva, con la finalidad de que el trabajador afectado por la medida y la representación legal de los trabajadores puedan tener un conocimiento cabal de las razones que han impulsado a la empresa a tomar tal decisión, y pueda aquél articular los medios de prueba que considere necesarios para desvirtuar la realidad de los datos ofrecidos por la empresa. Y es evidente que tal exigencia no se cumple en supuestos como el

presente, en los que la comunicación extintiva menciona como causa tanto la económica como la organizativa como la de producción, sin ofrecer ningún dato ni cifra concreta en que apoye la aludida disminución de ventas pues ni tan siquiera cuantifica las alegadas pérdidas, no contiene ningún dato objetivo que pudiera ser contrastado por el trabajador, siendo claramente insuficiente a estos efectos, la mera referencia genérica a “disminución persistente de ingresos” o “disminución de ventas”, pues con tales generalidades es imposible conocer si efectivamente la empresa esta en una situación negativa o si tiene comprometida su viabilidad futura; o, por el contrario, si el despido del trabajador únicamente tiene por objeto la optimización de los beneficios empresariales, sin que quede amparada tal deficiencia por la mera puesta a disposición para facilitar datos, pues estos deben contenerse en la carta de despido.

En cuanto a la falta de puesta a disposición de la indemnización, el artículo 53.1 b) del ET establece entre los requisitos de forma que ha de acompañar al despido por causas objetivas y específicamente al producido por causas económicas al amparo del artículo 52 c), el de "b) Poner a disposición del trabajador, simultáneamente a la entrega de la comunicación escrita, la indemnización de veinte días por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año y con un máximo de doce mensualidades. - Cuando la decisión extintiva se fundare en el art. 52 c) de esta ley, con alegación de causa económica, y como consecuencia de tal situación económica no se pudiera poner a disposición del trabajador la indemnización a que se refiere el párrafo anterior, el empresario, haciéndolo constar en la comunicación escrita, podrá dejar de hacerlo, sin perjuicio del derecho del trabajador de exigir de aquél su abono cuando tenga efectividad la decisión extintiva.". En relación con esta exigencia legal, se razona en la STS de 13 de octubre de 2005 (rcud.3801/2004) lo siguiente: *“Lo que dice el artículo 53.1, b) del Estatuto de los Trabajadores, que como vulnerado se denuncia en el recurso de casación unificadora, es que la adopción del acuerdo de extinción por causas objetivas exige la observancia del requisito, entre otros, de "Poner a disposición del trabajador, simultáneamente a la entrega de la comunicación escrita, la indemnización...". Del sentido y del alcance con que se ha de interpretar esa norma hay constancia reiterada en resoluciones de esta Sala, como se constata en las sentencias de 16 de junio de 1982, 20 de noviembre de 1982, 2 de octubre de 1986, 29 de abril de 1988, 17 de julio de 1998, en la señalada para el contraste de 23 de abril de 2001 y en la de 26 de julio de 2005, en las que hemos declarado "que el mandato legal sólo puede entenderse cumplido si, en el mismo acto en que el trabajador se sabe despedido (lo que sin duda sucede cuando se le comunica la decisión empresarial), y sin solución de continuidad, sin previsión de otro trámite ni cualquier quehacer complementario, él dispone efectivamente del importe dinerario a que asciende la indemnización que la ley confiere", (...) El cumplimiento del requisito formal aludido no es posible en un posterior acto al despido, y no consiente otras excepciones que la prevista en el artículo 53.1, b), párrafo segundo, del Estatuto de los Trabajadores para el caso de que como consecuencia de su situación económica no pueda la empresa poner a disposición del trabajador la indemnización legal". Y respecto a la iliquidez que se contempla en el precepto como la única excepción a la simultaneidad en la puesta a disposición de la indemnización, la STS 21 de diciembre de 2005 (rcud.5470/2004) razona que: “Tal y como se dice en nuestra sentencia de 25 de enero de 2005 (recurso 6290/2003) que en estas situaciones "no cabe duda acerca*

de que es la empresa, y no el trabajador, quien tiene la mayor disponibilidad de los elementos probatorios acerca de la falta de liquidez de aquélla; situación ésta que -se insiste en ello- es independiente y no necesariamente coincide con la de su mala situación económica. Al alcance de la empresa, y no del trabajador, se encuentra la pertinente documentación (amén de otros posibles elementos probatorios, tales como pericial contable, testifical a cargo del personal de contabilidad, etc.) de cuyo examen pueda desprenderse la situación de iliquidez, situación ésta que no siempre podrá acreditarse a través de una prueba plena, pero que sí será posible advenir introduciendo en el proceso determinados indicios, con apreciable grado de solidez, acerca de su realidad, lo que habrá de considerarse suficiente al respecto, pues en tal caso la destrucción o neutralización de esos indicios, si razonablemente hacen presumir la realidad de la iliquidez, incumbiría al trabajador 'ex' apartado 3 del art. 217 de la LEC". Pues bien, en el presente supuesto, no consta en el relato fáctico la acreditación de la falta de iliquidez, y como señala la jurisprudencia que se acaba de exponer, es la situación de iliquidez y no la mala situación económica, lo que permite que la empresa pueda diferir el pago de la indemnización. Por lo que no derivándose del relato fáctico la falta de liquidez, no hay ningún elemento o prueba indiciaria de la que se pueda extraer la conclusión de que en la fecha en que se comunicó el despido al actor la empresa no tuviera liquidez suficiente para abonarle la indemnización que le correspondía percibir. Todo lo cual lleva a la desestimación del recurso.

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

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

FALLO

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de E. SL, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 3 de los de Alicante, de fecha 28-febrero-2014, en virtud de demanda presentada a instancia de A.S.C.; y, en consecuencia, confirmamos la sentencia recurrida.

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

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

1924

Sentencia núm. 2.310, de 21 de octubre de 2015

Materia: Recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad. Trabajador que presta sus servicios en estación de servicio con contrato de trabajo indefinido. Accidente laboral al caerse de una escalera para colocar unos anclajes y fijar una barra de hierro. El trabajador no ha recibido formación en materia de prevención de riesgos. Responsabilidad en empresarial: recargo de un 30% por falta de medidas de seguridad. Relación de causalidad entre el accidente y la responsabilidad empresarial. Exención recargo.

Juzgado: Desestima la demanda, absolviendo al organismo demandado de las pretensiones formuladas en su contra. Procede el recargo.

Sala: Desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia. Considera ajustada a derecho la sanción impuesta a la empresa. Si el trabajador hubiese estado formado, podría haber evitado el accidente.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-1. Frente a la sentencia de Instancia que desestimó su pretensión, interpone la parte actora recurso de suplicación, invocando dos motivos con amparo procesal en los apartados b y c del artículo 193 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Laboral.

En el primer motivo se solicita la revisión de hechos probados, concretamente se solicita modificación del hecho probado segundo para sustituir su actual redacción por la que la parte propone, cuyo texto literal damos por reproducido y en la que se pretende hacer constar como hecho acreditado que en el momento del accidente el actor subió a la escalera para limpiar un cristal. (cita documentos obrantes en los folios 72 a 83 , 90, 63 a 66 67 a 70 y 105 a 107)

2. La modificación no puede prosperar pues tal como resulta tanto de la fundamentación de la sentencia como de los términos empleados por la propia recurrente la determinación del hecho probado, resulta de la valoración conjunta de la prueba practicada, incluida la prueba testifical, el interrogatorio de parte y los informes de la Inspección, sin que la prueba documental mencionada en el presente recurso evidencie error alguno de la Juzgadora en su valoración. Por otro lado la sentencia de instancia recoge en el hecho tercero la versión dada por la empresa sobre los motivos y circunstancias del accidente en los términos que la parte propone, lo que permite la valoración de estas alegaciones en el seno de la fundamentación jurídica.

SEGUNDO.- 1. En el segundo motivo del recurso se denuncia la infracción del artículo 18 del Convenio Colectivo de Estaciones de Servicio de la Comunidad Valenciana, la infracción de la Doctrina Jurisprudencial recogida entre otras en la STS 8/03/1993, STS 22/09/1994, STS 2/10/200 y STS 12/07/2007 y la infracción del artículo

123 de la Ley General de Seguridad Social.

Entiende la recurrente que a pesar de lo alegado por el trabajador en el momento del accidente, éste se encontraba realizando funciones de limpieza, que según la norma convencional se incluyen dentro de su categoría profesional. Y que la falta de formación no influyó en la pérdida de equilibrio que provocó la caída del trabajador, invocando el carácter excepcional que debe darse a la aplicación del recargo de prestaciones y el carácter fortuito de la caída.

2. En el presente caso sin embargo debemos partir necesariamente de los hechos declarados probados que resultan inalterados y vinculantes para esta Sala, según los cuales el accidente se produce al subirse el trabajador en una escalera de mano para colocar unos anclajes de una barra de hierro para el toldo, constando además que el trabajador carecía de cualquier tipo de formación en materia de prevención de riesgos, motivo este último que da origen a la sanción administrativa.

De lo expuesto se deduce la existencia de una relación de causalidad entre el accidente y el incumplimiento empresarial, pues precisamente la falta de formación es la que lleva al operario a realizar tareas no previstas en sus funciones y para las que no toma las medidas necesarias como podría ser la utilización de otro tipo de escalera o el aseguramiento del anclaje de la misma. La actuación del trabajador que se subió a la escalera de mano para realizar trabajos no incluidos en su categoría profesional, no excluye pues el nexo causal entre el accidente y el incumplimiento de la empleadora. Ya que de estar debidamente formado se podría haber evitado la caída. Concurren pues los presupuestos legales del artículo 123 para la imposición del recargo de prestaciones derivadas del citado accidente de trabajo.

Por todo lo cual entendemos que la sentencia recurrida aplica correctamente la norma cuya infracción se denuncia.

TERCERO- 1. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 202 LPL, se acuerda la pérdida de las consignaciones o, en su caso, el mantenimiento de los aseguramientos prestados hasta que se cumpla la sentencia o se resuelva la realización de los mismos, así como la pérdida de la cantidad objeto del depósito constituido para recurrir.

2. Asimismo y de acuerdo con lo ordenado en el artículo 233.1 LPL, procede la imposición de costas a la parte vencida en el recurso.

FALLO

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de E.S. O. SL contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social 17 de los de VALENCIA de fecha 2/01/2014, en virtud de demanda presentada a instancia de la misma; y, en consecuencia, confirmamos la sentencia recurrida.

Se acuerda la pérdida de las consignaciones, así como la necesidad de que

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

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

Sentencia núm. 2.466, de 4 de noviembre de 2015

Materia: Reclamación de cantidad. Trabajador que presta sus servicios como vigilante en empresa de seguridad, siendo su jornada de trabajo del 60% sobre la ordinaria del sector. Se aplica al actor el convenio colectivo de empresas de seguridad de ámbito estatal. El trabajador no ha recibido correctamente los importes correspondientes a salarios y pagas extraordinarias. Subrogación del trabajador en distintas empresas. Responsabilidad solidaria de las nuevas adjudicatarias por las deudas salariales. Aplicación indebida art. 44. 3 ET.

Juzgado: Estimando la excepción de prescripción y con estimación de la demanda, condena a las demandadas al pago de determinada cantidad, estableciendo la responsabilidad subsidiaria del FOGASA en caso de insolvencia de la empresa.

Sala: Estima el recurso y revoca la sentencia de instancia. Es la empresa cesante la que debe hacer frente al pago. No procede la declaración responsabilidad solidaria por deudas anteriores de las nuevas empresas adjudicatarias.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1.- Frente a la sentencia de instancia que estimó parcialmente la demanda de reclamación de cantidad de la parte actora, condenando solidariamente a las empresas codemandadas interponen sendos recursos de suplicación la representación letrada de las empresas O. COMPAÑÍA DE SEGURIDAD, S.A. y S.I.S. SA, siendo impugnado de contrario por la parte actora, el segundo de los recursos. Como quiera que en ambos recursos las argumentaciones son semejantes se examinarán conjuntamente.

2.- Tanto el recurso de la mercantil O. COMPAÑÍA DE SEGURIDAD, S.A. como el recurso de la empresa S.I.S., S.A con carácter previo, a la exposición de ambos motivos se solicita la admisión de un nuevo documento consistente en sentencia del Juzgado de lo Social número 2 de Castellón en fecha 5 de noviembre de 2013, autos 559/2012. Sostienen las partes recurrentes la relevancia de dicha sentencia que resolvía la reclamación entre las mismas partes de este procedimiento, pero en relación con otras partidas salariales dejadas de abonar por la empresa saliente E.V. S.A, y donde se absolvió a la empresa O. COMPAÑÍA DE SEGURIDAD, S.A. y a la empresa S.I.S., S.A., de la condena solidaria por deudas de la anterior adjudicataria. Consideran que al tratarse de idénticos procedimientos entre las partes, dictándose sentencias contradictorias, se vulneraría el principio de seguridad jurídica.

3.- Procede que la Sala entre a resolver, en primer lugar, sobre la admisión del mencionado documento. A estos efectos, el art. 233LRJS establece que: “La Sala no admitirá a las partes documento alguno ni alegaciones de hechos que no resulten de los autos. No obstante, si alguna de las partes presentara alguna sentencia o

resolución judicial o administrativa firmes o documentos decisivos para la resolución del recurso que no hubiera podido aportar anteriormente al proceso por causas que no le fueran imputables, y en general cuando en todo caso pudiera darse lugar a posterior recurso de revisión por tal motivo o fuera necesario para evitar la vulneración de un derecho fundamental,...". En este caso, el documento presentado es ciertamente una resolución judicial de fecha posterior a las conclusiones del juicio anterior, por lo que obviamente no pudo ser aportado antes a los autos. Empero, no resulta un documento decisivo, por cuanto se refiere a una reclamación de cantidad de otras partidas, por lo que a estos efectos no es una resolución determinante para la resolución del presente recurso, amén de que en autos no consta su firmeza.

SEGUNDO.- 1.- El primer motivo de recurso de la empresa O. COMPAÑÍA DE SEGURIDAD, S.A., insta la revisión de los hechos declarados probados primero y quinto. En relación con el primer ordinal fáctico, se solicita el siguiente añadido en el último párrafo (en cursiva): “ A la relación laboral resulta de aplicación el Convenio colectivo de empresas de seguridad de ámbito estatal, al que habrá que estarse EN TODOS SUS REQUISITOS Y LÍMITES, en concreto al límite establecido en el artículo 14.b.1.3, apartado a) y b), de donde se desprende: La empresa cesante deberá atender, como único y exclusivo obligado: a) Los pagos y cuotas derivados de la prestación de trabajo hasta el momento del cese en la adjudicación, y b) La liquidación por todos los conceptos, incluidas vacaciones dado que la subrogación sólo implica para la nueva Empresa adjudicataria la obligación del mantenimiento del empleo de los trabajadores afectados”. La parte recurrente fundamenta esta revisión en los folios 257 a 326 donde obraría en autos copia del convenio estatal de Seguridad.

2.- La propia exposición de la revisión instada evidencia su intrascendencia, pues la parte recurrente pretende simplemente destacar la aplicación de un artículo del convenio de aplicación, cuestión ésta donde no existe error del juzgador, que ya refiere en la redacción del hecho probado la aplicación del convenio estatal de empresas de seguridad a la relación laboral.

3.- En segundo lugar, insta la parte recurrente la revisión del hecho probado quinto, en el sentido de que la diferencia salarial que correspondería percibir al demandante en el mes de diciembre de 2012 sería de 19,44€, y no de 26,52€. El recurrente apoya dicha revisión en virtud del folio 252, nómina abonada al actor en diciembre de 2012, en conexión con los folios 299 y 322 donde constarían las cuantías del complemento de antigüedad para los años 2012 y 2013 y las tablas salariales a aplicar para el año 2012.

4.- Procede acceder a la revisión fáctica al desprenderse de la documental citada, que la diferencia salarial en la cuantía indicada. Por ello, el mencionado hecho probado quinto deberá quedar modificado in fine en el sentido de señalar: “diciembre 2012: 19,44€”.

TERCERO.- 1.- Con adecuado amparo procesal, se plantea el segundo motivo de recurso por la empresa O. COMPAÑÍA DE SEGURIDAD, S.A. y el único motivo de recurso por la empresa S.I.S., S.A. En ambos se denuncia la infracción del art. 44 del ET

y del art. 14.B1. 3 apartados a) y b) del Convenio Colectivo de aplicación y de la jurisprudencia aplicable, citando la STS de 24-7-2013 y diversas sentencias de suplicación. En esencia, argumentan las partes recurrentes que el juzgador aplicó indebidamente el art. 44.3 ET al condenar a las dos empresas por deudas salariales de la contratista anterior, cuando los términos del convenio colectivo eran claros en cuanto a que si bien, dicho convenio establece una cláusula de subrogación del personal, el art. 14 del mismo prevé taxativamente que las deudas serían de cargo exclusivo de la empresa saliente.

2.- La Sala ha de adelantar que el recurso ha de prosperar. En este sentido, el art. 14 del Convenio Colectivo de empresas de seguridad de ámbito estatal regula la cláusula de subrogación de personal, estableciendo profusamente el mecanismo de subrogación convencional. Respecto a estos supuestos de subrogación convencional, la jurisprudencia ha interpretado que dichos mecanismos no supone la aplicación automática del art. 44 ET, por lo que habrá que estar a los términos de lo dispuesto en el convenio colectivo de aplicación. Y dicho convenio atribuye exclusivamente a la empresa cesante la responsabilidad en el pago de las deudas laborales. En este caso, ha de recordarse que se ha dado un tratamiento diferente a los supuestos de subrogación por mor del criterio derivado de la jurisprudencia comunitaria de asunción de plantilla, donde la subrogación convencional quedaría transformada en una subrogación legal Empero, en el caso de autos, dicha doctrina no resulta aplicable por cuanto no se ha acreditado tal situación la asunción de una parte esencial de la plantilla, al enjuiciarse el caso de un solo trabajador. Por consiguiente, no resulta de aplicación al presente proceso el art. 44.3 del ET, y por consiguiente, no cabe declarar la responsabilidad solidaria de las empresas que han sido nuevas adjudicatarias. Y ello por cuanto una cosa es la subrogación empresarial con mantenimiento de las condiciones de trabajo y otra la responsabilidad de las nuevas empresas adjudicatarias de la contrata, por deudas contraídas por una empresa anterior. En este sentido, ha de señalarse que la STS de 24-7-2013, rcud. 3228/12, aunque enjuicia tangencialmente el art. 14 del Convenio estatal de empresas de Seguridad a los efectos de determinar la obligación de subrogación de personal entre dos contratas con objeto no estrictamente coincidente, señala expresamente que: “En el asunto examinado, como anteriormente se ha consignado, no estamos ante la sucesión de empresas regulada en el artículo 44 ET pues no se ha producido transmisión de activos materiales ni tampoco "sucesión de plantillas", por lo que la única vía por la que, en su caso, procedería imponer la subrogación a la empresa entrante, S. SLU, respecto a los trabajadores de la saliente, P. SL, sería la establecida en el convenio colectivo aplicable y con los requisitos y límites que el mismo establece”. La aplicación de esta doctrina implica que siendo claros los términos de la subrogación convencional y la determinación de la atribución de la responsabilidad por las deudas salariales a la empresa cesante que las ha devengado, no procede la declaración responsabilidad solidaria por deudas anteriores de las nuevas empresas adjudicatarias. En este sentido, también ha de citarse por ejemplo, en la STSJ Castilla y León 23-11-93, rec. 1191/93, en la que el silencio de la cláusula convencional que impone la subrogación del nuevo contratista en los contratos de trabajo del empresario contratista anterior se interpreta en el sentido de que no puede extenderse dicha obligación a la responsabilidad solidaria del nuevo concesionario por deudas laborales del anterior. En

el precepto convencional aquí enjuiciado es más claro pues directamente atribuye la responsabilidad por las deudas a la empresa saliente.

3.- Corolario de lo anterior será la estimación de sendos motivos de recurso. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 203 LRJS , se acuerda que una vez firme la presente sentencia, se proceda a la devolución parcial de la consignación por la empresa O. COMPAÑÍA DE SEGURIDAD, S.A, así como del depósito constituido para recurrir.

FALLO

Que estimamos los recursos de suplicación instados por las empresas O. COMPAÑÍA DE SEGURIDAD, S.A. y S.I.S. SA, procedemos a revocar parcialmente la sentencia recurrida, condenando a la empresa E.V., S.A. a abonar a D. J. J. P. la cantidad de 3.853,80 euros, de modo único y exclusivo. Se condena a la empresa O. COMPAÑÍA DE SEGURIDAD, S.A. al pago de un importe de 19,44€. En ambos casos, con los correspondientes intereses por mora salarial y absolviendo del resto de pedimentos en su contra a las empresas O. COMPAÑÍA DE SEGURIDAD, S.A. y S.I.S., SA.

1926

Sentencia núm. 2,480, de 5 de noviembre de 2014

Materia: Trabajador de 58 años de edad, afiliado al RE de Trabajadores del Mar. El actor se encuentra cobrando subsidio para mayores de 52 años. Solicitud pensión de jubilación anticipada. Aplicación coeficientes reductores en función del trabajo desempeñado.

Juzgado: Desestima la demanda contra el Instituto demandado, absolviendo a la Entidad Gestora de las pretensiones deducidas en su contra.

Sala: Desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia. No es posible aplicarle al trabajador los coeficientes reductores solicitados, con el fin de obtener la jubilación anticipada. El actor no realiza un trabajo efectivo de estibador que le permita beneficiarse de los coeficientes reductores por penosidad, peligrosidad y alejamiento del hogar.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Frente a la sentencia de instancia, que desestima la demanda presentada por el Sr P.G. en solicitud de que se declare su derecho a la jubilación anticipada, recurre éste en suplicación a través del Graduado Social que encabeza el escrito, planteando en el mismo dos motivos de recurso, con el amparo del apartado c) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la jurisdicción Social.

En el primero de dichos motivos señala como inaplicado el art 222.4 y 400.2 de la LEC, supletorio en el proceso laboral, así como la inaplicación de la Doctrina jurisprudencial establecida en las SSTS de 23 de junio de 1999, 17 de diciembre 2012, y 26 de enero 2012. Entiende el recurrente que las actividades que el actor realizaba, y que motivaron en su momento su encuadramiento y alta en la RE de Trabajadores del Mar, implican, por el efecto preclusivo de la cosa juzgada material, que su inclusión lo fuera a los efectos de las actividades que integran el servicio portuario básico de carga, descarga, estiba, desestiba y trasbordo, lo cual, en aplicación de la doctrina jurisprudencial citada como inaplicada, impone que se le reconozca ahora el trabajo efectivo en dichas actividades.

En el segundo, se citan la errónea interpretación del art. 1 c) del RD 1311/07 de 5 de octubre en relación con el art. 37.3 del de las leyes 16/69 de 30 de diciembre y 24/72 de 21 de junio, que regulan el RETM, aprobado por Decreto 2864/74 de 30 de agosto; la inaplicación de la DT segunda del RD 1311/2007; la inaplicación del art 130 del RD L 2/2011 de 5 de septiembre, y la inaplicación de la doctrina jurisprudencial contenida en la STS de 23 de febrero del 2004. Se señala tras la cita de los anteriores preceptos y sentencia que la causa de su inclusión en el RE fue, precisamente la realización de trabajos pertenecientes a las actividades que integran el servicio portuario básico de carga, descarga, estiba, desestiba y trasbordo, ya que se realizaba dentro de la zona de servicio del puerto y guardando una conexión directa e inmediata con las concretas operaciones de carga, descarga o trasbordo.

SEGUNDO.- No puede esta Sala olvidar que cuestión similar ha sido ya resuelta por sentencia de ésta sala de fecha 15 de octubre del 2013, nº 2136/13, por lo que elementales razones de igualdad en la aplicación e interpretación de las normas alegadas por el recurrente, que son las mismas tomadas en consideración por la sentencia citada, obligan a aplicar las mismas consecuencias ligadas a la situación de otro trabajador que tampoco realizaba un trabajo efectivo de estibador.

Debemos comenzar señalando que la jubilación en el citado R.E. se encuentra regulada de la misma manera que en el general, si bien con la peculiaridad de existir en la misma unos coeficientes reductores, que se aplican por las especiales características del trabajo, en cuanto a penosidad, peligrosidad y alejamiento del hogar, que puede conllevar la reducción de la edad de jubilación, en función del tipo de buque donde se presten servicios. A los efectos de aplicación de tales coeficientes reductores se considera estibador portuario al trabajador que presta sus servicios por cuenta y bajo la dependencia de una empresa estibadora, así como al que presta sus servicios a través de una sociedad estatal de estiba y desestiba, o entidad que la sustituya, cuando realice trabajos correspondientes a las actividades que integran el servicio portuario básico de estiba, desestiba, descarga y trasbordo de mercancías. Dan derecho a la aplicación de tales coeficientes reductores únicamente los períodos de vida laboral que impliquen un trabajo efectivo en cada una de las actividades mencionadas, lo cual se puede acreditar a través de los documentos de afiliación, altas, bajas, cotización, historiales de navegación, libretas marítimas, roles y las certificaciones de la autoridad marítima competente.

Pues bien, a la vista de tal regulación esta Sala ya resolvió en la sentencia antes citada, señalando que: *“Las alegaciones de la recurrente no desvirtúan la aplicación que de la norma reglamentaria hace la sentencia de instancia al poner en relación lo dispuesto en los artículos 1 y 2 del RD 1311/2007 de 5 de octubre con las disposiciones legales en las que se determina el alcance y finalidad de la norma reglamentaria. El apartado 3 del art. 37 del texto refundido de las Leyes 116/1969, de 30 de diciembre, y 24/1972, de 21 de junio, por el que se regula el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar, aprobado por el Decreto 2864/1974, de 30 de agosto, faculta al Gobierno para reducir por decreto, a propuesta del Ministro de Trabajo y previo informe de los correspondientes sindicatos, la edad mínima para causar la pensión de jubilación en aquellas actividades profesionales de naturaleza excepcionalmente penosa, tóxica, peligrosa o insalubre en las que se acusen elevados índices de morbilidad o siniestralidad. Partiendo del relato de hechos probados, no resulta acreditado que el actor realizara labores efectivas de estiba y desestiba sino que desarrolló funciones de control y vigilancia planificación y verificación de mercancías, todas ellas labores auxiliares que no implican un servicio portuario básico de carga y descarga en los términos que define el artículo 79 de la Ley 48/2003 de 26 de noviembre. Y sigue señalando en relación a la resolución que integró a aquel trabajador en el RETM que:”Entendemos además que la sentencia dictada por la Sala de lo contencioso administrativo de este Tribunal es plenamente compatible con la resolución dictada en la instancia, pues el hecho de que se reconozca al actor su derecho a causar alta en el Régimen Especial de Trabajadores del Mar, no implica que*

se le apliquen necesariamente los coeficientes reductores previstos excepcionalmente para determinados grupos profesionales incluidos en dicho régimen, pero a los que por sus condiciones excepcionales de penosidad y siniestralidad se les reconoce una fórmula de cálculo más favorable que al resto de trabajadores incluidos en el régimen especial. La Disposición transitoria segunda del RD 1311/2007 establece que para las actividades de estiba y desestiba desarrolladas con anterioridad al 2 de marzo de 1995, únicamente se reconocerán coeficientes reductores de la edad de jubilación cuando se acrediten trabajos correspondientes a las categorías profesionales de: capataces generales, capataces de operaciones, jefes de grupo, amaneros, maquinilleros, gruístas, conductores, estibadores, gabarreros, osteros, escaladores, clasificadores, arrumbadores y arrastradores de pescado. Lo que permite mantener la interpretación sostenida por la sentencia de instancia que vincula el trato favorable que ofrece el legislador en el cálculo de la prestación de jubilación anticipada a las labores de carga y descarga y estiba y desestiba efectiva y no a las actividades administrativas auxiliares de las mismas. Dicha sentencia es firme por Auto de fecha 13 de noviembre del 2013.

Dado que las funciones y actividades que desempeñaba el trabajador en aquel recurso, como las realizadas por el ahora recurrente eran esencialmente iguales, consistentes en actividades de vigilancia, control o coordinación de las actividades, cuya efectiva realización conlleva el derecho a obtener los coeficientes reductores, no procede aceptar que las funciones del ahora recurrente se incluyan en las previsiones del trato favorable de aplicación de coeficientes reductores, al no suponer efectivas tareas de estiba, desestiba que impliquen las condiciones excepcionales establecidas en la normativa de aplicación. Por ello, y las razones de igualdad señaladas, procede el rechazo del recurso y la integra confirmación de la sentencia de la instancia.

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

FALLO

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por la representación de DON J.P.G., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº. DIECISEIS de los de VALENCIA, de fecha 28 de enero del 2014; y, en consecuencia, confirmamos la resolución recurrida.

Sin costas.

Sentencia núm. 2.497, de 5 de noviembre de 2014

Materia: Prestación por desempleo. Denegación subsidio por tener rentas superiores al 75% del SMI. Extinción prestación y declaración de prestación indebida con reclamación de cantidades percibidas. Consta que en determinado ejercicio la actora tuvo rentas superiores al 75% del SMI establecido para ese año sin que comunicara dicha situación a la Entidad Gestora, incumpliendo la obligación de comunicar la concurrencia de una causa de suspensión, percibiendo la prestación de forma indebida. Revocación de la sanción de extinción de la prestación.

Juzgado: Desestima la demanda, absolviendo a la entidad de la revocación de la sanción de extinción. La actora no tiene derecho a la prestación solicitada.

Sala: Estima el recurso y anula la sentencia de instancia. La actora tiene derecho al subsidio por desempleo durante el periodo reclamado, con excepción de un mes, debiendo proceder al reintegro del mismo, en que debió quedar en suspenso. No procede sancionar con la extinción total de la prestación por falta de comunicación.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El recurso que se examina interpuesto por la representación letrada de la parte actora se estructura en dos motivos encaminados a la revisión de hechos probados y a la denuncia de infracciones normativas o de la jurisprudencia. El recurso ha sido impugnado de contrario.

Al amparo de lo instituido en el apartado b) del art. 193 de la Ley de la Jurisdicción Social se solicita la revisión del hecho probado tercero de la sentencia para que se adicione al mismo un párrafo que contenga que en el año 2010 la actora no tuvo rentas superiores al 75% del SMI establecido para ese año, produciéndose únicamente en fecha 21/9/2010 la venta de un inmueble, que le supuso una variación patrimonial en ese mes por importe de 6.444,03 € por ese motivo, pero no alcanzando rentas superiores al 75% del SMI en el resto de meses, no pudiendo afectar la devolución de las cantidades indebidas al resto de meses en que sí cumplía con los requisitos de prestación. Siendo que la actora vino disfrutando del subsidio desde el 2/9/2010 hasta el 30/3/2012, fecha en que se produjo la extinción durante dicho período el SEPE tuvo conocimiento de la plusvalía generada por venta de inmueble al presentar su declaración de la Renta de las Personas Físicas a dicho organismo para poder prorrogar su prestación. Habiendo cumplido por tanto su deber de comunicación pues ni el art. 231.1 e de la LGSS ni el art. 28.2 del RD 625/85 establecen el plazo para realizar comunicaciones que fueran causa de suspensión o extinción. Por lo que únicamente procedería la devolución de cantidad indebida al mes de septiembre 2010 al producirse la variación patrimonial en ese mes y no generando derecho a devolución de cantidades indebidas por el SEPE para el resto de mensualidades.

El motivo que pretende fundamentar los datos propuestos en base a los documentos nº 1 y 2 de los acompañados a la demanda –resolución administrativa y alegaciones de la parte actora como reclamación previa- no podrá alcanzar éxito en los términos propuestos ya que en su redacción introduce valoraciones legales, entremezclando cuestiones fácticas con jurídicas, como lo evidencia la cita a disposiciones normativas, condicionando a su vez el fallo a dictar. No obstante ello, y como quiera que la sentencia también incurre en la misma deficiencia al señalar en dicho ordinal que la actora en el año 2010 tuvo rentas superiores al 75% del SMI establecido para ese año sin que comunicara dicha situación a la EG, incumpliendo así su obligación de comunicar la concurrencia de una causa de suspensión, y percibiendo, en consecuencia, la prestación de forma indebida. Siendo dicha redacción judicial no solo insuficiente al no ofrecer ningún dato concreto ni específico referente a dichas rentas sino claramente predeterminante del fallo a dictar, además de valorativo, debemos entender dichas valoraciones por no puestas. Con el fin de poder salvar dichas evidentes deficiencias sí que resulta obligado, y así figura debidamente acreditado –véase la declaración de la renta de la actora obrante al expediente administrativo- que ***“la demandante en fecha 21/9/2010 procedió a la venta de un inmueble, que le supuso una variación patrimonial por importe de 6.444,03€”***, accediéndose en éstos concretos términos a la modificación propuesta.

SEGUNDO.- El motivo siguiente, debidamente encajado en el art. 193 c) de la LJS, denuncia la vulneración de los arts.213.1.c y 219.2 de la LGSS y arts. 25.3 y 47.1 b de la LISOS aprobada por RDL 5/2000. Se sostiene en el motivo que es cierto que se produjo un incremento patrimonial puntual en el mes de septiembre de 2010 pero se discrepa de la sanción impuesta por falta de tipicidad y culpabilidad, señalando que el cómputo de la renta obtenida debió de ser mensual, al ser sólo en ese mes, septiembre de 2010, cuando se produjo la incompatibilidad de la percepción del subsidio de desempleo, y no en los demás meses. Se indica que la imposición de sanción a la actora no puede tener efectos sino desde su fecha, y en cualquier caso, el reintegro postulado se está refiriendo a cantidades anteriores a la imposición de la sanción, citándose al efecto la sentencia dictada por este TSJ en fecha 17/11/2009 y la sentencia nº 893/2009 en cuanto a la limitación de los efectos de la resolución a los meses en que se produjo dicha variación en los ingresos, y no en el resto de meses, ya que tras la entrada en vigor de la Ley 45/2002, el criterio de imputación de las rentas para su comparación con el SMI y para el período de suspensión del derecho no puede ser el anual sino el mensual (STS 8/2/2006) por lo que solo se producirá la extinción en lugar de la suspensión cuando las rentas del beneficiario excedieran del límite legal durante un período de más de doce meses continuados.

Para la adecuada resolución del motivo planteado es necesario delimitar las circunstancias fácticas del supuesto que ahora nos ocupa. Así, la demandante venía percibiendo subsidio de desempleo por agotamiento de prestación y concurrencia de cargas familiares hasta el 22/7/2010 en que causó baja por colocación, volviendo a percibir aquel en fecha ***2/9/2010 hasta el 30/3/2012***. La parte actora volvió a solicitar la reanudación del subsidio en fecha 24/4/2012, dictándose resolución por el SPEE el ***26/4/2012*** procediéndose a la denegación del mismo por tener la demandante rentas

superiores al 75% del SMI. Por resolución del mismo SPEE dictada en fecha **14/5/2012** se acordó la sanción de extinción del subsidio reconocido y declaración de cobro indebido respecto al importe del subsidio por desempleo percibido por la actora desde 2/9/2010 al 30/3/2012 en la suma de 6.148,60€ en base a que los ingresos propios superaban el 75% del SMI y no haberlo comunicado a la entidad gestora. Consta probado que la demandante en fecha 21/9/2010 procedió a la venta de un inmueble, que le supuso una variación patrimonial por importe de 6.444,03 € (datos incorporados mediante revisión fáctica).

El recurso deberá ser estimado y la extinción del subsidio, impuesto como sanción, ha de ser anulado por cuanto como sanción derivada de la falta de comunicación a la entidad gestora de la venta del inmueble solo podrá tener efectos desde la fecha de la resolución dictada el 14/5/2012, y en cuanto a la reclamación del reintegro de prestaciones indebidas, así mismo efectuada, también procederá la revocación por referirse a un periodo respecto del cual no concurría causa alguna acreditada de extinción o suspensión del derecho prestacional, sin perjuicio de declarar la obligación de reintegro del subsidio de desempleo por parte de la demandante respecto a lo abonado por la entidad gestora en el mes de septiembre de 2010, periodo en que debió quedar en suspenso el mismo, sin que resulte indebido el cobro por la demandante del subsidio de desempleo durante el período que va de octubre de 2010 a 30 de marzo de 2012.

Solución que vendría avalada por la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 28 mayo 2013, recurso de casación para la unificación de doctrina 2752/2012, que haciéndose eco de lo manifestado en la STS de 28 octubre de 2010, Recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 706/2010, señala que: “tras la reforma de la Ley 45/2002, el art. 219.2 LGSS determina cuáles hayan de ser las consecuencias de la falta de concurrencia de aquella situación económica determinante del derecho mismo y distingue dos efectos distintos, según se deje reunir el requisito de carencia de rentas por tiempo inferior o igual o superior a doce meses. De este modo, la obtención de rentas superiores al mínimo legal por un tiempo que no alcancen los doce meses, provocará la suspensión del subsidio, que podrá reanudarse en el momento que se acredite de nuevo la carencia. Por el contrario, el mantenimiento de esa situación por tiempo superior, extingue el subsidio. El cambio incide en el sistema de cómputo, como entendió la STS de 8 de febrero de 2006 (rcud. 51/2005) que afirmaba que "se han alterado de manera sustancial los presupuestos legales que sustentaban la doctrina jurisprudencial del cómputo anual de las rentas familiares. En la nueva regulación el legislador establece a cargo de la entidad gestora un control o seguimiento constante de las situaciones de necesidad que dan lugar a la percepción del subsidio, permitiendo a cambio que los asegurados recuperen inmediatamente el derecho al subsidio cuando se reproduce la situación de necesidad tras la desaparición de la percepción de rentas esporádicas. Puede afirmarse así que la finalidad de la reforma legal en el aspecto al que se refiere el litigio es ajustar o acompasar de la manera más exacta posible la dinámica de la situación de desempleo a la «dinámica del derecho» a prestaciones. Siendo ello así, lo lógico es proceder al cómputo mensual o en unidades temporales reducidas de las rentas familiares, en lugar de al cómputo anual. Tal cómputo mensual o en unidades temporales reducidas es por razones

evidentes más adecuado para alcanzar dicho propósito de ajuste entre situación de necesidad y acción protectora, no comportando ya, para los supuestos de obtención de rentas o ingresos esporádicos («por tiempo inferior a doce meses»), la consecuencia inaceptable de pérdida del derecho que llevaba consigo la extinción de la prestación asistencial en la legislación anterior".

Es cierto que en aquella sentencia se resolvía el supuesto de la obtención de rentas derivadas del trabajo por parte del marido de la beneficiaria y que, al computarse mes a mes, dio lugar a que se decretara la suspensión del subsidio por el tiempo coincidente con aquellas. Los matices que pudiera presentar el hecho de que las rentas tuvieran otro origen, como en los dos supuestos aquí comparados, y que, por ello, pudieran provocar unos ingresos superiores no han sido incorporados por el legislador, que, para la distinción entre el efecto suspensivo o extintivo, no atiende a las cuantías, sino a la reiteración en el tiempo de la superación de las rentas. Por ello, habrá de darse idéntico tratamiento a estas situaciones y, al no haberse producido ingresos continuados durante el periodo que el precepto señala, hemos de aplicar aquella misma doctrina al caso presente".

También resultaría aplicable el criterio contenido en la reciente sentencia dictada por el Tribunal Supremo de fecha 30/4/2014 –rcud 2135/2013- cuando señala que:

"1. El recurso plantea la cuestión de las consecuencias que, para los beneficiarios del subsidio de desempleo, han de seguirse de la falta de comunicación de la superación del límite de rentas.

Se denuncia por el SPEE la infracción del art. 213.1 c) de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS) EDL 1994/16443, en relación con el art. 231.1 e) de la misma y los arts. 25.3 y 47.1 b) de la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social (LISOS EDL 1988/11436).

2. Conviene precisar que, respecto del requisito de carecer de rentas superiores al 75% del SMI, exigible para la percepción del subsidio de desempleo, hemos sostenido que la obtención de rentas superiores al mínimo legal por un tiempo que no alcance los doce meses, provoca la suspensión del subsidio y reintegro de la prestación correspondiente a ese periodo, no su extinción (STS/4ª de 28 octubre 2010 - rcud. 706/2010 - EDJ 2010/254039 y 28 mayo 2013 -rcud. 2752/2012- EDJ 2013/89771), si bien no constaba allí la infracción del deber de comunicar el cambio de su situación económica por parte de los beneficiarios.

3. En cuanto a ese deber, el art. 231.1 e) LGSS EDL 1994/16443 obliga al beneficiario a la comunicación inmediata de las modificaciones de su situación económica, familiar o profesional, al señalar que deberá "... solicitar la baja en las prestaciones por desempleo cuando se produzcan situaciones de suspensión o extinción del derecho o se dejen de reunir los requisitos exigidos para su percepción, en el momento de la producción de dichas situaciones".

Como poníamos de relieve en nuestra STS/4ª de 29 octubre 2003 (rcud. 4767/2002) EDJ 2003/221300, ese deber está reforzado en el 25.3 LISOS. EDL 1988/11436 Éste tipifica como infracción grave la conducta de "No comunicar, salvo causa justificada, las bajas en las prestaciones en el momento en que se produzcan situaciones determinantes de suspensión o extinción del derecho, o cuando se dejen de reunir los requisitos para el derecho a su percepción cuando por cualquiera de dichas causas se haya percibido indebidamente la prestación" (según el texto vigente aplicable al caso, previo a la reforma introducida por la Ley 1/2014, de 28 de febrero, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social).

Por su parte, el art. 47.1 b) LISOS EDL 1988/11436 señala que las faltas graves tipificadas en el art. 25 se sancionan " con pérdida de la prestación o pensión durante un período de tres meses, salvo las de su número 3 en las prestaciones y subsidios de desempleo en que la sanción de extinción de la prestación".

Decíamos en esa última sentencia citada que, "interpretado estrictamente, como corresponde al principio de tipicidad, la conducta de infracción descrita en el precepto es la omisión de comunicación de información trascendente en el mantenimiento de la prestación de desempleo".

Y sosteníamos allí lo siguiente: "La formulación literal del complejo de disposiciones que incide sobre la decisión del caso parece indicar, al insistir en que el beneficiario «solicite» y «comunique» la «baja en las prestaciones de desempleo», que el deber de éste de poner en conocimiento de la entidad gestora las circunstancias económicas o familiares que pueden tener repercusión en el mantenimiento del derecho a prestaciones de desempleo ha de ir precedido y acompañado de un estudio o valoración por parte del propio beneficiario de la pertinencia de la «baja» solicitada o comunicada. Sin embargo, esta configuración del deber de comunicación a la entidad gestora no parece realista, ni se sostiene tampoco a la vista de los criterios de la interpretación lógica y de la interpretación sistemática".

Por eso, poníamos de relieve que "... es a la entidad gestora y no el beneficiario a quien corresponde legalmente la atribución de reconocer, y mantener en su caso, el derecho a las prestaciones de desempleo (art. 226.1 LGSS EDL 1994/16443), llevando a cabo los complicados y dificultosos cálculos y operaciones interpretativas que lo determinan; complicación y dificultad que se acrecientan seriamente, por cierto, debido al acelerado cambio normativo experimentado en este sector del ordenamiento. El papel del beneficiario se debe limitar lógicamente a colaborar en la efectividad de la regla de evaluación continua del derecho prevista en el art. 215.1 LGSS EDL 1994/16443, proporcionando información inmediata o «momentánea» de los cambios de circunstancias económicas, profesionales o familiares que puedan tener relevancia en la decisión de la entidad gestora; una decisión que, por otra parte, habrá de ser revisada de nuevo si sobreviene otro cambio de circunstancias de distinto signo".

Finalmente, concluíamos que "La valoración y calificación de tales posibles cambios de circunstancias como «baja» o «alta» en prestaciones de desempleo no es,

en suma, carga del beneficiario sino competencia de la entidad gestora. En cualquier caso, como ya se ha dicho, aunque se extienda el deber de comunicación en los términos señalados, la sanción de la omisión del mismo con pérdida del derecho ha de limitarse, de acuerdo con el principio de tipicidad, a las omisiones de información con trascendencia en el mantenimiento del derecho a prestaciones".

4. La cuestión de la obtención de unas rentas percibidas en un momento preciso y mediante un único ingreso no ha de llevar a considerar el alcance de esa comunicación en tanto que, como hemos visto, la obligación de efectuar la misma se hace depender de la ulterior incidencia que el importe de las rentas en cuestión haya de tener en la pervivencia de la prestación.

La complejidad puesta de relieve -y constatada por la doctrina jurisprudencial numerosa sobre el modo de computar este tipo de ingresos- impide sostener que la falta de comunicación en el momento mismo en que el ingreso se produce pueda suponer la pérdida definitiva de la prestación. Téngase en cuenta que, en todo caso, los ingresos se reseñan en la ulterior declaración tributaria, que sí se comunica a la Entidad gestora del desempleo y que es, por tanto, el análisis de las cantidades y de la naturaleza de las rentas la que deberá llevar a la declaración de percepción indebida, si es que se hubiera superado el límite".

Por lo expuesto,

FALLAMOS

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto por M.I.J.P. contra la sentencia de fecha 23 de diciembre de 2013 dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Benidorm, y con revocación de la misma, anulamos la resolución de fecha 14 de mayo de 2012 por la que se impuso a la recurrente sanción de extinción del subsidio de desempleo reconocido y se requirió a la actora del reintegro en concepto de percepción indebida de la suma de 6.148,60 euros, correspondiente al subsidio por desempleo percibido desde el mes de septiembre de 2010 al mes de marzo de 2012, con obligación de reintegrar la demandante el importe del indicado subsidio abonado durante el mes de septiembre de 2010 en el que debió quedar en suspenso.

1928

Sentencia núm. 2.510, de 5 de noviembre de 2015

Materia: Despido. Trabajador al servicio de ente público que presta sus servicios como productor de equipos. Se comunica al actor la extinción de su contrato de trabajo por causas económicas, organizativas y de producción en el seno de un expediente de regulación de empleo. Sentencia por despido colectivo que declara nula la extinción de los contratos de trabajo. Denegación de sentencia.

Juzgado: Estima la demanda declarando nulo el despido del actor, debiendo la empresa demandada readmitir al trabajador en su puesto de trabajo y abonarle los salarios de tramitación. Acepta la impugnación individual.

Sala: Estima el recurso y revoca la sentencia de instancia. No procede la impugnación individual de un despido colectivo cuando ya ha habido una sentencia declarando la nulidad del despido de los trabajadores afectados. Absuelve a la empresa demandada de la reclamación deducida frente a ella. No ha lugar a imposición de condena en costas.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. Se recurre por el letrado designado por R.V. la sentencia de instancia que estimó la demanda presentada por D. J.C.D., en el sentido de entender que la citada empresa había procedido a despedirle mediante carta fechada el 19 de febrero de 2013 y que tal decisión debía ser calificada como nula en atención al “efecto de la cosa juzgada positiva” que habría producido la sentencia dictada por esta Sala de lo Social de 4 de noviembre de 2013 que declaró la nulidad del despido colectivo llevado a cabo por R.V.. El recurso se formula al amparo de un motivo único redactado por el cauce previsto en el apartado c) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS), en el que se denuncia la vulneración del artículo 22 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y se cita la sentencia dictada por este tribunal el 7 de mayo de 2014.

2. Cuestión semejante a la que se plantea en este procedimiento, si bien que referida a otro trabajador que se encontraba en la misma situación que el hoy demandante, ha sido resuelta por esta Sala de lo Social en sentencia de 10 de septiembre de 2014 (rs.1801/2014), por lo que elementales razones de seguridad jurídica y de igualdad en la aplicación de la ley aconsejan seguir el criterio expuesto en la citada sentencia al no haber razones para modificarlo. Así, como se razona en esa sentencia, *“Con independencia de los concretos motivos señalados por la parte recurrente, la sala no puede olvidar la resolución dictada por esta misma sala (sentencia nº 1094/2014), y citada por la parte recurrente, consistente en una impugnación individual del mismo despido colectivo. En ella, se confirmó la sentencia de instancia que había desestimado la demanda individual con argumentos basados en la falta de interés sobrevenida de la acción de despido individual, dado que la misma ya había sido objeto de la correspondiente readmisión. Es cierto, como señalaba también*

esta sala que “la actora carece de un pronunciamiento concreto que cuantifique los salarios de tramitación que pudieran estar pendientes de percibir, en sustitución de la prestación por desempleo que la misma ha estado efectivamente percibiendo desde la fecha del despido colectivo que la incluyó como afectada, hasta el momento en que la empresa le comunicó su readmisión y pasó a percibir el salario íntegro, pero ello no significa que por la vía ejercitada viera cumplido con una nueva sentencia la satisfacción reclamada, pues ésta solo podrá concretarse tras los cálculos necesarios previa la pertinente información del SPEE, lo que se encuentra pendiente de verificar”.

Decía también aquella sentencia, resumidamente expuesta, que contra la necesidad de un pronunciamiento individual afirmado por la sentencia de instancia, que los efectos de la cosa juzgada no implican necesariamente la existencia de una nueva resolución que individualice la declaración general de nulidad de los despidos en una nueva resolución individualizadora, pues las consecuencias derivadas de la declaración de nulidad se han llevado a cabo por la propia empresa de “motu proprio”, mediante la restauración del vínculo laboral y conservación de los derechos salariales y de Seguridad Social afectados por el despido, por lo que una nueva declaración de nulidad no aportaría nada al derecho de la parte demandante. Y como se ha dicho antes, una vez vencida, líquida y exigible la posible deuda derivada del cómputo global que supone la comparación entre lo percibido y debido percibir por cada trabajador, la posibilidad de reclamar directamente ante la Generalitat Valenciana, permite estimar correctamente protegidos en sentido legal los derechos individuales de la actora...”

3. Las razones expuestas nos conducen inevitablemente a la estimación del recurso presentado por R. V. contra la sentencia de instancia y a la consiguiente desestimación de la demanda presentada por el Sr. D.M.

SEGUNDO.- 1. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 203 LRJS, se acuerda que una vez firme la sentencia, se proceda a la devolución de todas las consignaciones y del depósito y a la cancelación de los aseguramientos prestados para recurrir.

2. No ha lugar a imponer condena en costas (art. 235.1 de la LRJS).

FALLO

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de R.V. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº.10 de los de Valencia de fecha 31 de marzo de 2014 en virtud de demanda presentada a instancia de DON J.C.D.M.; y, en consecuencia, revocamos la sentencia recurrida y con desestimación de la demanda iniciadora de las presentes actuaciones absolvemos a la empresa demandada de la reclamación deducida frente a ella.

Sin costas.

1929

Sentencia núm. 2.535, de 10 de noviembre de 2014

Materia: Declaración de invalidez. Trabajador afiliado al RGSS que presta sus servicios como camionero. El actor es declarado en situación de incapacidad permanente total para su profesión habitual, con derecho a percibir determinada prestación. El actor padece una deficiencia en su agudeza visual que le incapacita para su profesión. Agravación de la lesión: diabetes mellitus con manifestaciones oftálmicas: Disminución importante de la agudeza visual. Solicitud revisión grado.

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

Sala: Estima parcialmente el recurso declarando al actor en situación de incapacidad permanente absoluta para todo trabajo con derecho a percibir una pensión vitalicia mensual del 100% de la base reguladora establecida, con efectos a partir de determinada fecha y condenando a los demandados a estar y pasar por tales declaraciones y al INSS a que abone al actor la prestación correspondiente.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.1. El recurso interpuesto se estructura en tres motivos. El primero se formula al amparo del artículo 193.b) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, para que se añada dentro del hecho probado 3 lo siguiente: “3.- Informe de Nefrología de 23-09-11.....Hoja de Informe de Urgencias de 24-02-2014.....Consulta de oftalmología, al que se remitió por el Servicio de Urgencias el 24 de febrero de 2014 Seguimiento PACIENTE PRESENTA REVISIÓN DE OFTALMOLOGÍA AVCC PERCEPCIÓN LUZ Y OI 0,3-0,4 POLO ANTERIOR PIO 12-12 MMHG NO RUBEOSIS CATARATA SUB POSATERIOR NUCLEAR SUBCAPSULAR POSTERIOR OD>OI FO: RDP OD HEMOVITREO QUE IMPIDE VISUALIZACIÓN DE MESES DE EVOLUCIÓN Y OI PANFOTOCOAGULADA OI CON EDEMA MACULAR TEMPORAL HA SIDO TRATADO CON LASER E INTRAVÍTREAS AHORA PENDIENTE DE CIRUGÍA DE CATARATA BILATERAL MÁS VITRECTOMÍA OD”.

2. Basa la adición propuesta en documentos que dice aportar junto con el escrito de interposición del recurso, pero que no constan efectivamente unidos ni obran en autos, por lo que el motivo se desestima.

SEGUNDO. 1. Razones de método aconsejan examinar ahora el tercer motivo de recurso, que se formula al amparo del artículo 193.a) de la LJS, y donde se afirma “se estaría atentando contra la tutela judicial efectiva del art.24 CE, si en caso de no aceptar la adición mencionada en el motivo de recurso primero (porque este Tribunal considerara que no procede en esta fase de recurso, adicionar informes aportados, y producidos con posterioridad a la sentencia, no pudiendo por tanto volver a ser

revisados por el médico forense), se desestimara el recurso sin más. Ya que en caso de que este Tribunal se planteara la posibilidad anterior (la no inclusión de estos informes que acreditan la ceguera total del actor), esta parte considera que para evitar dicha indefensión se deberían reponer los autos, al momento en que el médico forense revisó la documentación aportada por mi cliente, además de la nueva que se está produciendo a este respecto en estos momentos, para volver a revisar su informe y determinar, si en base a la nueva documentación médica, objetiva e imparcial de la Administración de Sanidad, el apelante es merecedor de la Incapacidad Absoluta para todo tipo de trabajo, para evitar atentar contra su derecho de defensa, teniendo que iniciar un procedimiento nuevo, que llevaría casi dos años, con los gastos y perjuicios innecesarios que esto supondría, para el actor y esta Administración de Justicia”.

2. Para desestimar también este motivo basta considerar: A) Se ignora el carácter extraordinario de la suplicación (véase por ejemplo la sentencia del Tribunal Constitucional 105/2008, de 15 septiembre, que con cita de la sentencia 294/1993, de 18 de octubre cuando indica que no es un recurso de apelación ni una segunda instancia, sino un recurso extraordinario, de objeto limitado, en el que el Tribunal ad quem no puede valorar ex novo toda la prueba practicada ni revisar el Derecho aplicable, sino que debe limitarse a las concretas cuestiones planteadas por las partes, en especial la recurrente, que por ello mismo debe respetar una serie de requisitos formales impuestos por la ley y concretados por la jurisprudencia. B) Los documentos que invoca para la revisión, como ya se dijo, ni constan aportados, ni si por hipótesis lo hubieran sido estarían en el supuesto del artículo 233 de la LJS, toda vez que ni son sentencias o resoluciones judiciales o administrativas firmes ni documentos decisivos para la resolución del recurso que no hubiera podido aportar por causas que no le fueran imputables, por lo que su rechazo se impondría, sin que de ello pudiera derivarse indefensión alguna a la recurrente, pues los derechos se ejercitan en el proceso y de manera tempestiva (principio de preclusión del art.136 de la subsidiaria Ley de Enjuiciamiento Civil), en armonía con el principio de legalidad que impera en nuestro proceso civil (artículo 1º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que constituye derecho supletorio en los demás procesos, según dispone su artículo 4º), sin que proceda por ello la introducción de trámites no previstos en la ley, como se pretende en el motivo, que por ello deberá ser desestimado, teniendo en cuenta además que en el motivo no se cita norma alguna o garantía del procedimiento, cuya eventual infracción, hubiera causado indefensión al recurrente, tal y como expresamente se indica en el precepto procesal en que el motivo se ampara.

TERCERO. 1. En el segundo motivo de recurso (último que se examina), al amparo del artículo 193.c) de la LJS, denuncia “infracción por aplicación errónea de lo dispuesto en el artículo 137 LGSS, puesto que la sentencia no tiene en cuenta ni lo dispuesto en dicha norma, antes de su modificación por la Ley 24/1997, y la interpretación que de la norma venía efectuando la jurisprudencia, ni tampoco tiene en cuenta la reforma posterior producida por dicha ley. Al respecto no cabe duda que el cuadro patológico del actor conlleva, en palabras de la sentencia, en el Fundamento de Derecho Segundo, segundo párrafo dice “Ciertamente el actor presenta limitación para actividades que requieran esfuerzos físicos y para las que precisen buena agudeza visual, pero conserva marcha autónoma y movilidad de los miembros superiores,

pudiendo realizar actividades que no impliquen bipedestación o deambulaci3n mantenida, sedentarias, manuales o ligeras y que no precisen de especiales requerimientos visuales"; y, si prosperase la revisi3n fáctica del primer motivo, la imposibilidad de ver acreditaría lo manifestado en este recurso y en todo el procedimiento. Nos encontramos ante un cuadro clínico que inhabilita al trabajador para la realizaci3n de las principales tareas de cualquier profesi3n: piénsese en jornada de ocho horas haciendo ¡que!, si no puede ver a quien tiene delante, la ceguera contraindica cualquier actividad o operaci3n laboral básica, porque no se hacen aisladamente sino cotidianamente y con una mínima exigencia de actividad, como ha dicho el TS al señalar que la imposibilidad o inhabilitaci3n para realizar todas o las principales tareas de la profesi3n no se refiere a una imposibilidad física, sino también, "a la aptitud para realizarlas con un mínimo de capacidad y eficacia" (STS de 26 de febrero de 1979, Ar.651)".

2. Del inalterado relato histórico de la sentencia de instancia destacamos: A) Por resoluci3n del INSS con fecha de efectos 1-4-2012 se declaró al actor en situaci3n de incapacidad permanente total para su profesi3n habitual con derecho a percibir una prestaci3n del 55% de la base reguladora de 1.091,27 euros, aceptando el dictamen propuesta del EVI de fecha 5-5-2010 en el que se apreciaba el cuadro clínico y las limitaciones orgánicas y funcionales siguientes: "Diabetes mellitus tipo 2 en tratamiento insulínico, retinopatía diabética con disminuci3n de agudeza visual, dolor retroesternal de posible origen esofágico". Dicho dictamen es basaba a su vez en informe de valoraci3n médica de fecha 29-4-2010 con las siguientes conclusiones: DEFICIENCIAS MAS SIGNIFICATIVAS DIABETES MELLITUS TIPO 2 EN TRATAMIENTO INSULÍNICO, RETINOPATÍA DIABÉTICA CON DISMINUCI3N DE AGUDEZA VISUAL, DOLOR RETROESTERNAL DE POSIBLE ORIGEN ESOFÁGICO. LIMITACIONES ORGÁNICAS Y FUNCIONALES NO CUMPLE CON LOS REQUISITOS LEGALES PARA LA CONDUCCI3N DE CAMIONES. CONCLUSIONES VAR3N DE 50 AÑOS, DIABÉTICO TIPO 2 EN TRATAMIENTO INSULÍNICO Y CON ADO CONDUCTOR DE CAMIONES, EN ESTUDIO POR DIGESTIVO POR DOLOR RETROESTERNAL Y VÓMITOS. DIAGNOSTICADO DE RETINOPATÍA DIABÉTICA EN AMBOS OJOS CON DISMINUCI3N DE LA AGUDEZA VISUAL INCOMPATIBLE CON SU TRABAJO DE CAMIONERO. SOLICITO IP En septiembre de 2010 el actor presentaba agudeza visual de 0,5 ojo derecho y 0,7 ojo izquierdo. En fondo de ojo retinopatía diabética moderada severa. Isquemia periférica + edema macular isquémico. OCT Edema macular bilateral. (Informe oftalmológico del Hospital General de 6-9-2010). B) Instado expediente de revisi3n por agravaci3n en fecha 28-5-2012, recay3n resoluci3n desestimatoria. El actor presentaba a la fecha de la resoluci3n impugnada como principales dolencias: -Diabetes Mellitus con manifestaciones oftálmicas: Disminuci3n de la agudeza visual importante (AV lejos OD:0,05 OI:0,5 cerca OD: 0,4 OI: 0,6. Hemovitreo de OI. (retinopatía diabética, edema macular isquémico de mal pronostico) y catarata sub posterior el OD. -Dislipemia. HTA. -Trastorno depresivo con desanimo, sentimiento de impotencia y de incapacidad por el deterioro de su estado de salud y dificultades económicas.-Insuficiencia Renal Crónica secundaria a Diabetes Mellitus -Hipertrofia ventricular izquierda -Fractura trimaleolar de tobillo derecho estabilizada con placa y 3 tornillos. El actor está limitado para actividades que requieran esfuerzos físicos y para las que precisen buena agudeza visual. C) En el informe de síntesis como limitaciones orgánicas y funcionales se señalaba:

“disminución de la agudeza visual importante (AVCC OD 0,4 y OI 0,1)”. (folio 208).

3. Comparando los cuadros clínicos descritos, observamos que las dolencias que determinaron la declaración de incapacidad permanente en el grado de incapacidad permanente total para la profesión habitual desde la perspectiva oftalmológica (agudeza visual de 0,5 ojo derecho y 0,7 ojo izquierdo) deben considerarse agravadas, sobre todo atendiendo al informe médico de síntesis, que reflejando el informe de oftalmología de 14-2-12, señala “AVCC OD 0,4 y OI 0,1, lo que es calificado como disminución de la agudeza visual importante, en el apartado “Limitaciones Orgánicas y Funcionales”. Siendo así que la agudeza visual de referencia supone pérdida de visión de un ojo (a ello equivale el 0,1 de visión según doctrina jurisprudencial, así sentencia del Tribunal Supremo de 23-1-1990) y reducción en más del 50% de la del otro (0,4 en ojo derecho), según indicamos en la Sentencia recaída en el recurso 2384/13, “...las importantes limitaciones que se derivan de las dolencias que sufre la demandante la imposibilitan para realizar trabajos que requieran no solo buena agudeza visual o visión binocular... sino para realizar cualquier actividad laboral, por sencilla y liviana que sea, pues aun éstas requieren una percepción e identificación de cosas y personas que está muy lejos de alcanzar el que aquellas limitaciones visuales padece; y así lo corrobora la doctrina legal (sentencias de 30 de abril de 1982 y 22 de marzo de 1985, entre otras), habida cuenta que según el art. 41 del Regl. de 22 junio 1956, era constitutivo de incapacidad absoluta la pérdida de la visión de un ojo, si queda reducida en el 50% o más la fuerza del otro, precepto que, aunque no esté recogido expresamente en la vigente L.G.S. puesto que se limita a reproducir esencialmente las definiciones generadas de las incapacidades permanentes, sin señalar casos concretos integrantes, en todo caso, de cada una de ellas, no impide, como tiene dicho la Sala de lo Social del TS -SS. 21 febrero y 4 noviembre 1970 (RJ 1970\1110 y RJ 1970\4357) y 14 octubre 1971 (RJ 1971\3973)-, que tales casos concretos sean tenidos en cuenta con carácter indicativo.”.

4. En consecuencia, de acuerdo con una jurisprudencia muy reiterada en torno al instituto de la revisión por agravación (artículo 143 de la Ley General de la Seguridad Social), para que la misma proceda no solo es necesario que las dolencias se hayan agravado sino que alcancen a constituir el grado de incapacidad permanente pretendido, como aquí sucede, haciéndose de aplicación en consecuencia lo preceptuado en el artículo 137.5 de la Ley General de la Seguridad Social en su redacción originaria (dada la falta de desarrollo reglamentario de lo previsto en el art.137.3 de dicha ley en su redacción vigente de conformidad con lo previsto en la Disposición Transitoria 5ª bis de la misma ley), cuando define la incapacidad permanente absoluta para todo trabajo como la que inhabilita por completo al trabajador para toda profesión u oficio, supuesto en que se encuentra el actor, ahora recurrente, de acuerdo con la doctrina jurisprudencial antes resumida procediendo en consecuencia la estimación de este motivo.

CUARTO. Corolario de todo lo razonado será la estimación parcial del recurso interpuesto, y consiguiente revocación de la sentencia de instancia para conceder al actor la prestación de incapacidad permanente absoluta para todo trabajo, teniendo en cuenta respecto de la base reguladora y la fecha de efectos lo declarado en el

inalterado hecho probado 7 de la resolución de instancia.

FALLO

Estimamos en parte el recurso de suplicación interpuesto en nombre de don D. R.B.R. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº.5 de los de Valencia el día catorce de febrero de dos mil catorce en proceso sobre prestaciones de incapacidad permanente seguido a su instancia contra el INSS y la TGSS, y con revocación de la expresada sentencia y estimación de la pretensión ejercitada, en cuanto postula un grado de incapacidad permanente superior al que tenía reconocido, debemos declarar como declaramos que el actor se encuentra en situación de incapacidad permanente absoluta para todo trabajo con derecho a percibir una pensión vitalicia mensual del 100% de la base reguladora de 1091,27 euros con efectos de 18-7-2012, condenando a los demandados a estar y pasar por tales declaraciones y al INSS que abone al actor la prestación correspondiente.

1930

Sentencia núm. 2.552, de 11 de noviembre de 2014

Materia: Conflicto colectivo: Impugnación. Falta de legitimación activa. Implantación suficiente en la empresa. Grupo empresarial dedicado al sector de la hostelería.

Juzgado: Estima en parte la demanda contra la comisión negociadora del convenio en materia de impugnación de convenio colectivo, declarando la nulidad del artículo 1 del convenio colectivo en cuestión, careciendo éste de valor estatutario y eficacia general.

Sala: Estima el recurso y revoca la sentencia de instancia. Estima la falta de legitimación activa en el presente procedimiento. El sindicato actor carece de legitimación para plantear el conflicto colectivo pues, dado su nivel de afiliación en el ámbito de afectación del conflicto, carece de implantación suficiente en dicho ámbito.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se interpone recurso de suplicación por la representación letrada de la demandada Hoteles X. frente a la sentencia que desestima la excepción de falta de legitimación actora, estima la excepción de falta de legitimación pasiva de Conselleria de Economía, Industria, Turismo y Empleo, y estimando parcialmente la demanda, declara la nulidad del artículo 1 del I Convenio Colectivo para la empresa Hoteles X. SL, publicado en el Boletín Oficial de la Provincia de Castellón en fecha 13-julio-2013, careciendo tal Convenio Colectivo de valor estatutario y de eficacia general, condenado a los demandados a estar y pasar por esta declaración.

1. El recurso se articula en tres motivos redactados al amparo de la letra c) del art. 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, denunciando, en el primero, la infracción del art. 154.c) de la LRJS, en relación con el art. 165.1.a), art. 154.a) y art. 17.2 del mismo texto legal. Sostiene el recurrente que el órgano facultado para impugnar el Convenio de ámbito de empresa es la sección sindical de empresa, inexistente en el presente caso, pero no el sindicato actuante, que el Sindicato actor carecía de afiliados a la fecha de la negociación del Convenio y a la fecha de presentación de la demanda, y ahora solo cuenta con 3 afiliados en una plantilla de 762 trabajadores, y no concreta interés alguno ni tiene implantación suficiente en la empresa. En el segundo motivo, se denuncia la infracción del art. 154.a) de la LRJS. Sostiene el recurrente que la implantación del Sindicato actor con tres afiliados, es del 0,39%, es insuficiente, con cita de STS de 20-3-12 (rec. 71/10) y 12-5-09 (rec. 121/08).

2. El Tribunal Supremo, en Sentencia de 24-6-14, rec. 297/13, señala, con cita de las STS de 20-3-2012 (rc. 71/10), y 6-6-2011 (R. 162/10), en qué consiste el requisito de la implantación suficiente, ahora exigido por el art. 124,1, en relación con el 17.2, ambos de la de la LRJS, y lo hace en los siguientes términos: "Los sindicatos

desempeñan... una función genérica de representación y defensa de los intereses de los trabajadores, que no descansa sólo en el vínculo de la afiliación, sino en la propia naturaleza sindical del grupo... por esta razón, hemos declarado que, en principio, es posible considerar legitimados a los sindicatos para accionar en cualquier proceso en el que estén en juego intereses colectivos de los trabajadores (STC 210/1994, de 11 de julio). Queda pues clara la relevancia constitucional de los sindicatos para la protección y defensa, incluso jurisdiccional, de los derechos e intereses de los trabajadores. Ahora bien, como también hemos precisado en las SSTC 210/1994, de 11 de julio... y 101/1996, de 11 de junio... esta capacidad abstracta que tiene todo sindicato para ser parte no autoriza a concluir sin más que es posible "a priori" que lleven a cabo cualquier actividad en cualquier ámbito, pues tal capacidad "no alcanza a transformarlos en guardianes abstractos de la legalidad", cualesquiera que sean las circunstancias en las que ésta pretenda hacerse valer. En el concreto ámbito del proceso, por la propia naturaleza del marco en el que el sindicato ha de actuar, conviene recordar que este Tribunal ya ha tenido ocasión de subrayar la necesaria existencia de un vínculo acreditado, de una conexión entre la organización que acciona y la pretensión ejercitada (SSTC 210/1994, de 11 de julio, 7/2001, de 15 de enero, de 29 de enero, de 26 de marzo y STC 215/2001, de 29 de octubre)". Esta doctrina ha sido reiterada por esta Sala en sus sentencias de 10 de marzo de 2003 (R.O. 33/02) , 4 de marzo de 2005 (R. 6076/03) , 16 de diciembre de 2008 (R. 124/07) , 12 de mayo de 2009 (R. 121/08) y 29 de abril de 2010 (R.O. 128/09) en las que se ha insistido, como dice la sentencia de 12 de mayo de 2009 , "para poder considerar procesalmente legitimado a un sindicato no basta con que éste acredite la defensa de un interés colectivo o la realización de una determinada actividad sindical, dentro de lo que hemos denominado 'función genérica de representación y defensa de los intereses de los trabajadores' (STC 101/1996, de 11 de junio...). Debe existir, además, un vínculo especial y concreto entre dicho sindicato (sus fines, su actividad, etc.) y el objeto del debate en el pleito de que se trate, vínculo o nexo que habrá de ponderarse en cada caso y que se plasma en la noción de interés profesional o económico, traducible en una ventaja o beneficio cierto, cualificado y específico derivado de la eventual estimación del recurso entablado (SSTC 7/2001, de 15 de enero...y 24/2001, de 29 de enero...) (SSTC 164/2003 de 29-septiembre, 142/2004 de 13-septiembre, 112/2004, 153/2007 de 18-junio y 202/2007 de 24-septiembre)". Porque, como señala nuestra sentencia de 29 de abril de 2010 "deben considerarse legitimados a los Sindicatos para accionar en los procesos en el que estén en juego intereses colectivos de los trabajadores, siempre que tengan implantación suficiente en el ámbito del conflicto (vínculo acreditado de conexión entre la organización que acciona y la pretensión ejercitada) y, asimismo, que "la implantación suficiente también existe cuando posea nivel de afiliación adecuado en el ámbito de afectación del conflicto". La precitada sentencia de 6 de junio de 2011, recurso 162/2010, concluye razonando que "el sindicato que ha planteado el conflicto colectivo carece de legitimación para plantearlo, al no estar implantado en la empresa demanda, ni en aquella que la misma absorbió y que empleaba a los mil trabajadores que pudieran tener algún interés en el presente conflicto. Si de los mil afectados solo tres, según afirma el sindicato recurrente, están afiliados a él, puede concluirse que el mismo carece de la legitimación necesaria, al representar solo el 0,3 por cien de los trabajadores interesados en el mejor de los casos. El sindicato demandante no pertenece a los

órganos unitarios de representación, y aunque estos no existan no acredita su implantación en la empresa, hecho cuya prueba le incumbía lograr acreditando un nivel de afiliación porcentualmente relevante....".

3. La aplicación de la doctrina expuesta al presente supuesto conlleva la estimación del recurso, pues el Sindicato actor a la fecha de celebración del juicio el 2-4-2014, contaba con tres trabajadores en la empresa, ámbito de aplicación del convenio impugnado, -dos afiliados el 1-12-13 y uno el 3-11-08-; la demanda se presentó el 26-11-2013. Hoteles X. SL cuenta con los siguientes centros de trabajo: Hotel XX (en el que prestan servicios O.L. y S.R.), Hotel XXX., Hotel XXXX Hotel XXXX, apartamentos multiservicios, apartamentos solo alojamiento, XXXXXXXX y XXXXXXXX. En abril-2012, Hoteles X. SL contaba con 763 trabajadores repartidos en los indicados centros de trabajo. De lo que se concluye que el sindicato actor carece de legitimación para plantear el conflicto colectivo pues, dado su nivel de afiliación en el ámbito de afectación del conflicto, carece de implantación suficiente en dicho ámbito (vínculo acreditado de conexión entre la organización que acciona y la pretensión ejercitada), procediendo estimar el motivo del recurso y por tanto la excepción alegada de falta de legitimación activa.

SEGUNDO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 203 LRJS, se acuerda que una vez firme la sentencia, se proceda a la devolución del depósito.

FALLO

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de Hoteles X. SL y XX SA, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº.1 de los de Castellón, de fecha 2-junio-2014, en virtud de demanda presentada a instancia de Confederación Sindical de Comisiones Obreras-PV; y, en consecuencia, revocamos la sentencia recurrida y, sin entrar a conocer del fondo del litigio, estimamos la excepción de falta de legitimación activa en el presente procedimiento.

Se acuerda que una vez firme la sentencia, se proceda a la devolución del depósito prestado para recurrir.

Sentencia núm. 2.553, de 11 de noviembre de 2014

Materia: Pensión de jubilación: Cálculo base reguladora. Trabajador afiliado al RETA que por cese de actividad solicita la pensión de jubilación anticipada, la cual le es reconocida. Diferencias en cuanto al porcentaje reconocido. Aplicación de diferente coeficiente reductor. Procedencia.

Juzgado: Desestima la demanda, absolviendo a la parte demandada de la demanda frente a la misma invocada.

Sala: Desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia. Para que se pueda aplicar el coeficiente reductor solicitado, el cese en la actividad debe ser consecuencia de la extinción del contrato de trabajo por causa no imputable a la libre voluntad del trabajador.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Contra la sentencia del juzgado que desestima la demanda sobre reconocimiento de un mayor porcentaje de la pensión de jubilación anticipada, interpone recurso de suplicación la representación letrada de la parte actora a través de dos motivos que se incardinan, respectivamente en los apartados b y c del art. 193 de la Ley de la Jurisdicción Social y que han sido impugnados de contrario, conforme se refirió en los antecedentes de hecho.

En el primero de los motivos se insta la modificación del hecho probado tercero para que se haga constar como fecha de efectos de la baja del demandante en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos la de 31-3-2012, en lugar del 31-5-2012, lo que se apoya en los documentos nº 7, 8 y 9 del ramo de prueba de la parte actora y a lo que se accede por desprenderse de los mismos, corrigiéndose así el error padecido en la redacción original, si bien dicha rectificación carece de efectos prácticos como se verá a continuación.

SEGUNDO.- En el correlativo motivo del recurso se denuncia la infracción de la Disposición Transitoria Tercera de la LGSS, en su apartado 1º. 2ª.

Aduce la defensa del recurrente que la juzgadora de instancia no ha tenido en cuenta que el acceso a la pensión de jubilación del demandante se produce desde la situación de desempleo por cese en el trabajo por causa no imputable al trabajador y no estando de alta en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos y que además su cese en el trabajo se produce por causas objetivas, concretamente económicas, sin que el trabajador autónomo tenga obligación de suscribir un contrato de trabajo, por lo que concluye que se le debió de aplicar el coeficiente reductor del 6% por cada año que le falta para alcanzar la edad ordinaria de jubilación en lugar del coeficiente reductor del 8%.

Sobre la cuestión controvertida ya se ha pronunciado esta Sala en la sentencia de 29 de noviembre de 2011 al resolver el recurso de suplicación 1537/2011, por lo que elementales razones de seguridad jurídica y de igualdad en la aplicación de la ley aconsejan aplicar la solución acogida en la indicada sentencia y que conlleva la desestimación de la pretensión ejercitada, habida cuenta del carácter excepcional que supone la aplicación de la Disposición Transitoria Tercera, apartado 1º 2ª respecto a la norma general y que, por consiguiente, exige una interpretación estricta, no extensiva.

Del relato fáctico de la sentencia de instancia con la modificación acogida, se constata que el demandante nacido el 23-3-1949, afiliado a la Seguridad Social en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, solicitó en fecha 8-6-2012 pensión de jubilación anticipada por cese en el trabajo que le fue reconocida al acreditar 43 años cotizados, habiéndose dado de baja en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, en fecha 31-3-2012 por cese de actividad, constando como causa “la jubilación por causas económicas”, al ser propietario de la empresa T. S.L. que presentaba pérdidas a fecha 31-12-11 por importe de 27.795,61 €. En fecha 3-4-2012 el demandante solicitó prestación de desempleo por cese de actividad.

Por su parte la Disposición Transitoria Tercera 1.2 establece:

“2ª) Quienes tuvieran la condición de mutualista el 1 de enero de 1967 podrán causar el derecho a la pensión de jubilación a partir de los sesenta años. En tal caso, la cuantía de la pensión se reducirá en un 8 por ciento por cada año o fracción de año que, en el momento del hecho causante, le falte al trabajador para cumplir la edad de 65 años.

En los supuestos de trabajadores que, cumpliendo los requisitos señalados en el apartado anterior, y acreditando treinta o más años de cotización, soliciten la jubilación anticipada derivada del cese en el trabajo como consecuencia de la extinción del contrato de trabajo, en virtud de causa no imputable a la libre voluntad del trabajador, el porcentaje de reducción de la cuantía de la pensión a que se refiere el párrafo anterior será, en función de los años de cotización acreditados, el siguiente:

- 1º. Entre treinta y treinta y cuatro años acreditados de cotización: 7,5 por ciento.
- 2º. Entre treinta y cinco y treinta y siete años acreditados de cotización: 7 por ciento.
- 3º. Entre treinta y ocho y treinta y nueve años acreditados de cotización: 6,5 por ciento.
- 4º. Con cuarenta o más años acreditados de cotización: 6 por ciento.

A tales efectos, se entenderá por libre voluntad del trabajador la inequívoca manifestación de voluntad de quien, pudiendo continuar su relación laboral y no existiendo razón objetiva que la impida, decida poner fin a la misma. Se considerará, en todo caso, que el cese en la relación laboral se produjo de forma involuntaria cuando la extinción se haya producido por alguna de las causas previstas en el artículo 208.1.1.”

La aplicación del porcentaje reducido a efectos de la minoración del porcentaje de la pensión de jubilación anticipada que se contempla en la disposición transcrita exige que el cese en el trabajo se produzca como consecuencia de la extinción del contrato de trabajo por causa no imputable a la libre voluntad del trabajador, por lo que no cabe cuando el cese en el trabajo se produce por cese de actividad como trabajador autónomo que es el caso que nos ocupa y al ser esta la conclusión alcanzada por la sentencia del juzgado se ha de confirmar previa desestimación del recurso contra ella interpuesto, siendo por lo demás dicha solución la aplicada por esta Sala en sentencias de 30 de mayo de 2006 (JUR/42464, 2007) y 23 de marzo de 2010 (JUR/220566)].

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

FALLO

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de D. J.T.T., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº Once de los de Valencia y su provincia, de fecha 18 de noviembre de 2013, en virtud de demanda presentada a su instancia contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social; y, en consecuencia, confirmamos la sentencia recurrida.

Sin costas.

Sentencia núm. 2.581, de 12 de noviembre de 2014

Materia: Pensión de jubilación: cálculo base reguladora. Trabajador afiliado al RGSS que solicita del INSS la prestación de jubilación la cual le es denegada. Revisión de pensión de jubilación reconocida administrativamente. La empresa en la que ha prestado sus servicios le ha cotizado por importes superiores durante los dos últimos años. Presunción de fraude en la cotización.

Juzgado: Desestima la demanda absolviendo a la Entidad Gestora de las pretensiones deducidas en su contra. No procede el reconocimiento solicitado en la instancia

Sala: Estima en parte el recurso y revoca en parte la sentencia de instancia. Reconoce el derecho del actor a que se le reconozcan las bases de cotización de determinado periodo a efectos de calcular la base reguladora de la misma. Sin embargo, no pueden computarse para el cálculo de la base reguladora de la pensión de jubilación los incrementos salariales producidos en los dos últimos años, por no haberse acreditado por el actor la existencia de alguna circunstancia objetiva que pudiera dar cobertura a tales aumentos.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Recurre en suplicación el actor, la sentencia que desestimó su demanda en la que se pretendía que la base reguladora de la pensión de jubilación que tiene reconocida en vía administrativa de 1.112,43 € se calculase en función de las bases de cotización realmente ingresadas durante el período que se tuvo en cuenta para el cálculo de aquella, bases que fueron minoradas por la Entidad Gestora al considerar que se había producido un incremento excesivo de las mismas, por encima de las previsiones legales, solicitando que la base reguladora se eleve a la cuantía de 1.529,25 €, y el abono de las diferencias de pensión con efectos de 7-3-2012.

El recurso de suplicación, contiene un único motivo, formulado por el cauce que permite la letra c) del art. 193 de la LRJS que divide en dos apartados. En el 1º con epígrafes titulados “Artículo 24 de la Constitución española”, “principios del ordenamiento jurídico”, “principio de legalidad”, “principio de jerarquía normativa”, “principio de seguridad jurídica” y “principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos”, expone doctrina constitucional relacionada con la interpretación de los art. 24, 9 o 25 de la Constitución Española terminado por alegar la infracción de todos ellos que según expone “resulta tan evidente que una simple lectura de los actos administrativos impugnados, corrobora la infracción de dichas normas constitucionales”, al afirmar que “no sabemos en ningún momento cual es la infracción exacta y en que norma está incardinada la sanción” .

Pues bien, no se observa la infracción de los preceptos constitucionales denunciados, que por si solos, sin relación con otros de legalidad ordinaria, no podrían dar lugar a la revocación de la sentencia, dado que aun en el supuesto de no haber contestado la Entidad Gestora a la revisión de base reguladora reclamada, habiéndose tramitado el proceso de seguridad social, que ha terminado con la sentencia recurrida donde se ha motivado la desestimación de la demanda, determinándose las pruebas de las que se extraen los hechos probados y las razones jurídicas que llevan a la decisión desestimatoria de la demanda, no cabe sino llegar a la conclusión de que se ha otorgado tutela judicial efectiva al recurrente, en aplicación de las normas sustantivas de aplicación, con motivación suficiente. Es cierto que la resolución impugnada concede la pensión de jubilación señalando sus efectos, base reguladora y porcentaje, sin determinar la norma legal que aplica en cada caso; y que la resolución que pone fin a la reclamación previa, dice haber solicitado informe a la Inspección de trabajo, concluyendo no ser admisible la pretensión del interesado de llevar a afecto la revisión de la pensión de jubilación reconocida debido a que ha sido calculada sin error alguno por aplicación de la normativa vigente prevista en la LGSS y la OM de 18 de enero de 1967; pero, en cualquier caso, en el escrito de reclamación previa se hace relación a los arts. 120.2 y 162 de la LGSS y a la doctrina del fraude de ley, de modo que la gestora con la desestimación de la misma ha considerado las razones jurídicas que se han expuesto por el beneficiario desestimándolas, lo que excluye la arbitrariedad imputada.

SEGUNDO.- En el 2º apartado del motivo de recurso se mencionan los arts 120 y 162 de la LGSS y tres STSJ de Cataluña (que no conforman jurisprudencia –ex art. 1.6 del Código Civil-). Argumenta el recurso que no estamos ante un incremento salarial producido en los dos últimos años, que el fraude no se presume, por lo que corresponde a la Entidad gestora acreditarlo, insistiendo en los derechos constitucionalmente garantizados de promoción a través del trabajo consagrado en el art. 35 de la Constitución Española y garantizado en el art. 4.2 b) del Estatuto de los Trabajadores, de la prohibición de discriminación por razón de edad (art. 14 de la Constitución española y art. 21.1 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, aplicable conforme a su art. 51.1 al aplicar la Directiva 2000/78/CE del Consejo de 27 de noviembre de 2000); así como el principio rector de política social que informa la práctica judicial de garantizar la suficiencia económica de los ciudadanos durante la tercera edad (art. 53.3 y 50 de la Constitución Española), que a su juicio impiden acudir a automatismos presuntivos sobre la existencia de fraude. A su juicio, en el caso, entre el hecho base, incremento de retribuciones, y el fraude no existe un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano, conforme exige el art. 386 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al estar justificado por un incremento de funciones y responsabilidad, añadiendo que la administración considera indebidas las cotizaciones sin efectuar la devolución de las cuotas abonadas que se ingresaron de forma voluntaria por la empresa con enriquecimiento injusto por parte del INSS. Termina por solicitar sentencia que revoque la recurrida y estime la demanda.

De conformidad con el art. 162 de la LGSS, para la determinación de la base reguladora de la pensión de jubilación, en su modalidad contributiva, “no se podrán computar los incrementos de las bases de cotización, producidos en los dos últimos

años, que sean consecuencia de aumentos salariales superiores al incremento medio interanual experimentado en el convenio colectivo aplicable o, en su defecto, en el correspondiente sector” (apartado 2). Se exceptúan de esta regla los incrementos salariales “que sean consecuencia de la aplicación estricta de las normas contenidas en disposiciones legales y convenios colectivos sobre antigüedad y ascensos reglamentarios de categoría profesional”, salvo que “dichos incrementos salariales se produzcan exclusivamente por decisión unilateral de la empresa en virtud de sus facultades organizativas”, o “que deriven de cualquier otro concepto retributivo establecido con carácter general y regulado en las citadas disposiciones legales o convenios colectivos” (apartado 3). No obstante lo anterior, “en ningún caso se computarán aquellos incrementos salariales que excedan del límite establecido en el apartado 2 del presente artículo y que hayan sido pactados exclusiva o fundamentalmente en función del cumplimiento de una determinada edad próxima a la jubilación” (apartado 4).

De acuerdo con la doctrina jurisprudencial sentada, entre otras, en las SSTs de 27 de octubre de 1998 (RJ/9046), 30 de enero de 2001 (RJ/2135) y 23 de noviembre de 2006 (RJ/9113), «la limitación a dos años para el cómputo de los incrementos de las bases de cotización, que sean consecuencia de aumentos salariales superiores al incremento medio interanual experimentado en el convenio colectivo, como establece actualmente el artículo 162.2 de la Ley General de la Seguridad Social, no puede ser motivo para que en estos casos no se amplíe dicha reducción a todo el período en el que se ha cometido el abuso, pues lo contrario supondría autorizar el fraude porque {...} no se excluye la posibilidad de extender el campo de reducción de las base de cotización; no se trata de ampliar el plazo legalmente previsto de dos años, sino de sancionar conductas fraudulentas y antisociales, no comprendidas en el espíritu de la norma». Añaden dichas sentencias que «la misma conclusión se alcanza con la aplicación de lo dispuesto en los artículos 6.4 y 7.2 del Código Civil, en cuanto proscriben el fraude y no amparan el abuso del derecho o el ejercicio anormal del mismo cuando en períodos próximos a la jubilación, los salarios comprendidos en el período de tiempo necesario para el cálculo de las bases reguladoras de la pensión no se ajustaban a los que al actor le hubieran correspondido percibir, y no tienen otra finalidad que la de conseguir una pensión superior a la que en realidad correspondería aplicando unos incrementos objetivamente razonables o normales». Más, como subraya la STS de 27 de octubre de 1998 (RJ/9048), si no juega de forma automática el límite del art. 162.2 de la LGSS, “hay que acreditar los datos que permitan establecer la existencia de fraude y delimitar el propio alcance de éste”.

Así, partiendo del principio de que el fraude no se presume, habrá de acudirse a la doctrina general concerniente a quien debe soportar la carga de la prueba, a tenor de las normas sobre dicho aspecto previstas en el art. 217 de la ley de Enjuiciamiento Civil, pudiendo afirmarse que es a la Entidad Gestora a quien corresponde la carga de la prueba del carácter fraudulento o abusivo de los incrementos salariales producidos en un período superior a los dos años, pudiéndose admitir también la prueba de presunciones prevista en el art. 386 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, siempre que exista un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano sobre el hecho demostrado y aquel que se trate de deducir, prueba que no es necesaria por lo que

respecta a los incrementos de las bases de cotización producidos en los dos últimos años, de acuerdo con lo dispuesto en los apartados 2, 3 y 4 del art. 162 de la LGSS, toda vez que, en este caso, el legislador establece una presunción a favor del carácter fraudulento de los incrementos en las bases de cotización del solicitante de una pensión de jubilación ocurridos dentro del período temporal señalado, y siempre que aquéllos no respondan a factores objetivos ni sean los debidos (por todas, las SSTSJ de Galicia de 23 de febrero de 2001, de Cataluña de 11 de octubre de 2001, del Principado de Asturias de 11 de octubre de 2002 y de la Comunidad Valenciana de 6 de mayo de 2008.)

Pues bien, en el presente caso, partiendo de los hechos que la sentencia declara probados, nos encontramos con que el demandante prestó servicios para la empresa desde el 2-10-2000 y que desde mayo de 2007 la mercantil comenzó a cotizarle en un importe superior. En concreto dice la sentencia que la base de cotización a la Seguridad Social del mes de abril de 2007 fue de 1.573,12 euros, y la base de cotización del mes de mayo de 2007 fue de 2.714,31 euros; y que a partir de enero de 2009 la base de cotización superó los 3.000 euros; añade la sentencia que a partir del mes de mayo de 2007 el demandante comenzó a percibir de la empresa empleadora un concepto económico denominado “mejora voluntaria”, en cuantía inicial de 1.010 euros hasta diciembre de 2007; 1.059,49 euros de enero de 2008 a enero de 2009; 1.092 euros de febrero a diciembre de 2009; 1.192 euros de enero a marzo de 2010; 1.213,46 euros de abril de 2010 a enero de 2011; 1.265 euros de febrero de 2011 a enero de 2012; que los importes netos fijados en las hojas de salario, donde figura esa mejora voluntaria han sido efectivamente percibidos por el demandante por transferencia bancaria; que la empresa inició sus operaciones en el año 1.981 y fue declarada en situación de concurso mediante auto de 17 de diciembre de 2012 por el Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Madrid y se halla en liquidación; y que no consta que el demandante haya ostentado cargo directivo en la empresa ni haya sido apoderado de la misma. Por su parte, en el parco informe de la inspección de trabajo se recoge, tal y como da por probado la sentencia que el representante de la empresa, en comparecencia efectuada ante la Inspección el 22 de mayo de 2012 había manifestado que el demandante “desempeñaba en la empresa un cargo de responsabilidad, encargándose de supervisar las compras y el almacenaje de los productos, por lo que se llegó a un acuerdo entre la dirección de la empresa y el trabajador para un aumento de las retribuciones salariales”; y que “la categoría profesional del trabajador mencionado era la de Oficial de 1ª, con un grupo de cotización nº 5. No se produjo en el momento del aumento salarial ni cambio de categoría ni de grupo de cotización. Por lo que no se ha constatado que el aumento producido en la base de cotización del trabajador (...) fuera como consecuencia de aplicación alguna de norma sobre antigüedad y ascensos reglamentarios”.

A la vista de lo expuesto, y en estricta aplicación de lo dispuesto en el art. 162 de la LGSS, no pueden computarse para el cálculo de la base reguladora de la pensión de jubilación los incrementos salariales producidos en los dos últimos años, por no haberse acreditado por el actor la existencia de alguna circunstancia objetiva que pudiera dar cobertura a tales aumentos. En cambio, al no haberse demostrado por la Entidad Gestora el carácter fraudulento, ni siquiera por vía indiciaria, de las subidas

salariales producidas fuera del marco temporal de esos dos años, dichos incrementos se deben computar para el cálculo de la base reguladora de la pensión de jubilación del actor.

En consecuencia procede estimar en parte el recurso.

FALLO

Que estimamos parcialmente el recurso de suplicación interpuesto en nombre de DON E.C.C.M. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 17 de los de Valencia; y en consecuencia revocamos en parte la sentencia, y estimamos también de forma parcial la demanda sobre jubilación contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL en el sentido de dar validez de las bases de cotización del periodo abril de 2007 a febrero de 2010 a los efectos de calcular la base reguladora de la pensión de jubilación.

1933

Sentencia núm. 2.598, de 14 de noviembre de 2014

Materia: Despido. Extinción de la relación laboral por razones objetivas. Extinción mediante expediente de regulación de empleo colectivo: despido individual derivado de un despido colectivo. Se reconoce al actor un despido objetivo con indemnización de 20 días de salario por año trabajado. No se comunica al Comité de Empresa la notificación individual de extinción. Falta de concesión del plazo de preaviso. Declaración improcedencia del despido.

Juzgado: Desestima la demanda declarando la procedencia del despido, convalidando la extinción del contrato de trabajo que el mismo produjo, absolviendo a los demandados de las pretensiones deducidas en aquella.

Sala: Estima en parte el recurso en el sentido de reconocer al actor el abono adicional de determinada cantidad por falta de preaviso, confirmando el resto del pronunciamiento de la instancia. La falta de comunicación al Comité de Empresa de las notificaciones individuales de despido no da derecho a la declaración de improcedencia del mismo.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. El recurso interpuesto, que ha sido impugnado de contrario, se estructura en un solo motivo, que se formula al amparo de lo dispuesto en el artículo 193.c) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LJS) denunciando “infracción de lo dispuesto en el artículo 51.4 del ET (en su redacción dada por el RD-Ley 3/2012 vigente en el momento del despido) en relación al 53.1 de la misma norma; el art. 124.11 (en su redacción dada por RD-Ley 3/2012 vigente en el momento del despido) y el art. 122.3 ambos de la LRJS”. Argumenta en síntesis que tanto los afectados como el comité de empresa conocieron el día 11/5/2012, fecha en la que se entregó el listado de trabajadores la identidad de los referidos afectados pero no el momento, en que la empresa decidiría hacer efectivo cada uno de los despidos individuales, comunicación individual que debió hacerse conforme a lo establecido en el art. 53.1 del ET, por remisión expresa contenida en el art.51.4 de la misma ley, y no habiéndose procedido al cumplimiento de la comunicación previa de la carta de despido individual a la representación legal de los trabajadores, ni al pago de la indemnización por falta de preaviso, subrayando la reforma introducida por el RDL 11/2013, de 2 de agosto, que a su juicio significaba la confirmación de la voluntad inicial del legislador de que el despido individual derivado de uno colectivo se realizase siempre conforme a lo establecido en el artículo 53.1. del ET, haya o no habido acuerdo, despejando así cualquier duda interpretativa, que por ello tendría afecto retroactivo, lo que debió llevar a declarar la improcedencia del despido, citando en apoyo de su tesis las sentencias dictadas por el TSJ del País Vasco de 27 de noviembre de 2012, 15 de enero y 12 de febrero de 2013 cuyo contenido se transcribe en el recurso y las dictadas por este TSJ en sentencias nº 2648, 2658, 2671, 2736 y 2746 de 2013 y 38 y 63 de 2014 en

relación a recursos planteados por despidos individuales impugnados en el marco del mismo expediente de despido colectivo del IVVSA.

2. Como ya indicamos en la sentencia 1980/14, de 10 de septiembre (Recurso de suplicación 1662/14), en recurso de suplicación contra sentencia del mismo Juzgado y en idéntica materia, pero referida a otra trabajadora, "...como esta Sala tiene ya establecido en las sentencias aludidas, de la remisión que efectúa el artículo 51.4 ET al artículo 53.1 del mismo texto legal se desprende la obligación de notificar individualmente por escrito a cada uno de los trabajadores afectados por el despido colectivo la extinción de su contrato de trabajo como consecuencia de aquél y dicha notificación se ha de llevar a cabo cumpliendo los requisitos establecidos para el despido objetivo por causas económicas, técnicas organizativas o de producción. Dicho lo anterior, las consecuencias derivadas del incumplimiento de alguno de los requisitos establecidos en el art. 53.1 ET no puede ser la misma con independencia del requisito omitido, sino que dependerá del concreto requisito que no se haya observado, al igual que sucede con el incumplimiento de los requisitos formales del despido objetivo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción. Ahora bien, en el caso del despido individual derivado de un despido colectivo solo si se omite la comunicación escrita al trabajador afectado con expresión de la causa o no se pone a disposición del mismo la indemnización devengada (salvo que exista causa económica y no haya liquidez) habrá que declarar la improcedencia del despido, no así cuando no se haya entregado copia de la carta de despido a los representantes de los trabajadores ya que la doctrina jurisprudencial que anuda la declaración de nulidad o, tras la reforma introducida por R.D.-ley 10/2010 de 16 de junio, la declaración de improcedencia, al incumplimiento de la entrega de la carta de despido objetivo por las causas del artículo 52 c ET, a los representantes de los trabajadores, se fundamenta en que la omisión de dicha exigencia no es un mero incumplimiento de un deber de información cuya represión se agota en una sanción administrativa sino que la información a los representantes de los trabajadores sobre los despidos objetivos económicos es una pieza esencial del sistema legal de control de la distinción institucional entre el despido colectivo y el objetivo, pero en el despido individual derivado del despido colectivo carece de sentido el establecimiento del referido control. En efecto, los representantes de los trabajadores son, en principio, conocedores de los despidos individuales que se van a realizar tras el despido colectivo, habida cuenta del proceso previo de negociación mantenido con la empresa y, a falta de acuerdo, la empresa les ha de notificar la decisión adoptada sobre el despido colectivo, por lo que parece desproporcionado anudar la calificación de improcedencia del despido al incumplimiento de la entrega de la carta de despido individual a los representantes de los trabajadores, sobre todo si se tiene en cuenta que los mismos ya cuentan con la información facilitada por la empresa sobre las causas del despido, la documentación aportada referente a dichas causas, los trabajadores afectados, el período en que se llevarán a cabo los despidos individuales derivados del colectivo y los criterios de selección de los trabajadores afectados, de modo que el trabajador despedido puede obtener de dichos representantes la información sobre el despido colectivo del que deriva el suyo para comprobar si se ajusta o no, a lo acordado o decidido en aquél. En el mismo sentido y aunque se considere de aplicación el plazo de preaviso establecido en el art. 53.1 c) del Estatuto de los Trabajadores, se ha de concluir que el

incumplimiento de dicho plazo no puede llevar aparejada la declaración de improcedencia del despido del demandante sino que la consecuencia de dicho incumplimiento ha de ser al igual que sucede cuando se incumple el plazo de preaviso en el despido objetivo por causas económicas, la condena de la empresa demandada al abono de los salarios correspondientes a los días de preaviso incumplidos, que, en el presente caso, se correspondería, al no existir discrepancia alguna sobre el montante de aquel, a la suma de ..., tal y como se concreta en el hecho probado quinto párrafo tercero de la sentencia que se combate, procediendo en este punto la estimación de la censura jurídica deducida por la defensa de la parte actora”.

3. Del inalterado e incombatido relato histórico de la sentencia de instancia destacamos el contenido de su ordinal quinto, a cuyo tenor “...mediante carta fechada y con efectos del 24 de mayo de 2012, que obra en autos como documento adjuntado a la demanda, reiterado 16 bis del ramo actor y 1 de la parte demandada y cuyo contenido, por su extensión, se tiene por reproducido en su integridad, la empresa IVVSA comunicó al demandante su despido por causas objetivas, en virtud del acuerdo adoptado el 4 de mayo de 2012 entre la empresa y los representantes de los trabajadores, en el ERE promovido el 2 de abril de 2012 por causas económicas, organizativas y productivas, decisión que afectó a 211 trabajadores de un total de 317 inicialmente afectados. En la carta de despido se reconocía al trabajador el derecho al percibo de una indemnización de 30.618,84 euros, que la empresa puso a disposición del mismo en dicho acto, mediante transferencia bancaria. La referida comunicación individual no fue notificada expresamente al Comité de Empresa, al que no obstante se entregó en escrito de 11 de mayo de 2.012, el listado de trabajadores afectados (que también se notificó a la Inspección de Trabajo). La empresa no abonó al trabajador cantidad alguna en concepto de preaviso que en su caso ascendería al importe no discutido matemáticamente de 1.275,78 euros.”.

4. Como quiera que la falta de comunicación al Comité de Empresa de la carta de despido objetivo del actor no puede llevar aparejada la consecuencia solicitada por el recurrente ya que la empresa había entregado en escrito de 11 de mayo de 2.012, el listado de trabajadores afectados (que también se notificó a la Inspección de Trabajo), y que la falta de concesión del plazo de preaviso no puede dar lugar a la calificación como improcedente de la decisión extintiva del contrato de trabajo tal y como ya se indicó en la sentencia meritada en el apartado 2 de este fundamento jurídico, de acuerdo con doctrina reiterada en torno a la extinción del contrato por causas objetivas –artículo 53.4, párrafo último del T.R. de la Ley del Estatuto de los Trabajadores-, por lo que procederá igualmente acordar el abono al actor de la cantidad de 1.275,78 euros, tal y como se decidió en la sentencia, cuya fundamentación jurídica quedó parcialmente transcrita en el apartado 2 de este fundamento jurídico, tal y como se concreta en el hecho probado quinto párrafo tercero de la sentencia que se combate, procediendo en este punto la estimación de la censura jurídica deducida por la defensa de la parte actora.

5. La argumentación contenida en el motivo acerca de que la reforma introducida por el RDL 11/2013, de 2 de agosto, a su juicio significaba la confirmación de la voluntad inicial del legislador de que el despido individual derivado de uno

colectivo se realizase siempre conforme a lo establecido en el artículo 53.1. del ET, haya o no habido acuerdo, despejando así cualquier duda interpretativa, que por ello tendría afecto retroactivo, no se comparte por la Sala. Aún dando carácter de interpretación auténtica a lo indicado en el artículo 51.4 del Estatuto de los Trabajadores, en la redacción operada por el artículo 9 cuatro, de aquella norma legal excepcional (“Alcanzado el acuerdo o comunicada la decisión a los representantes de los trabajadores, el empresario podrá notificar los despidos individualmente a los trabajadores afectados, lo que deberá realizar conforme a lo establecido en el art. 53.1 de esta Ley. En todo caso, deberán haber transcurrido como mínimo treinta días entre la fecha de la comunicación de la apertura del periodo de consultas a la autoridad laboral y la fecha de efectos del despido”), no entendemos pueda basar una interpretación como la postulada, atendiendo al propio tenor de la norma antes de la reforma operada en agosto de 2013 (“Comunicada la decisión a los representantes de los trabajadores, el empresario notificará los despidos individualmente a los trabajadores afectados en los términos establecidos en el art. 53.1 de esta Ley. Lo anterior no obstante, deberán haber transcurrido como mínimo 30 días entre la fecha de la comunicación de la apertura del periodo de consultas a la autoridad laboral y la fecha de efectos del despido”), pues en rigor, y en lo que aquí interesa, decir “conforme a lo establecido en el art. 53.1 de esta Ley” o “en los términos establecidos en el art. 53.1 de esta Ley”, es sustancialmente lo mismo, ya que no se trata de no aplicar el artículo 53.1 tal y como exige el artículo 51.4 de la Ley precitada, en ambas redacciones, sino de acomodar los efectos de los eventuales incumplimientos excluyendo de la sanción de improcedencia la falta de comunicación a la representación unitaria de las cartas individuales cuando esa representación ya conocía cada una de las extinciones, así como la falta de concesión del plazo de preaviso expresamente excluido de tal calificación por el artículo 53.4, párrafo último del T.R. de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

SEGUNDO.- Corolario de todo lo razonado será la estimación parcial del recurso interpuesto para condenar a la codemandada IVVSA al abono de la indemnización correspondiente por falta de preaviso y consiguiente confirmación en lo demás de la sentencia de instancia. Sin costas al tener el recurrente derecho a la asistencia jurídica gratuita (artículo 235.1 de la LJS y artículo 2º.d) de la Ley 1/1996, de 10 de enero) y atendiendo al signo revocatorio parcial de esta sentencia.

FALLO

Estimamos en parte el recurso de suplicación interpuesto en nombre de don A.G.R., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 15 de los de Valencia y su Provincia el día cuatro de marzo de dos mil catorce en proceso sobre extinción del contrato por causas objetivas seguido a su instancia contra IVVSA, la ENTIDAD DE INFRAESTRUCTURAS DE LA GENERALITAT y la CONSELLERIA DE INFRAESTRUCTURAS, TERRITORIO Y MEDIO AMBIENTE DE LA G.V., don J.B.P. Y OTROS VEINTICINCO, y revocamos dicha sentencia, en el exclusivo sentido de de condenar al Instituto Valenciano de Vivienda, S.A. a abonar a la demandante la cantidad de 1.275,78 euros,

en concepto de indemnización por falta de preaviso, manteniendo el resto de los pronunciamientos de la resolución recurrida. Sin costas.

1934

Sentencia núm. 2.621, de 18 de noviembre de 2014

Materia: Incidente concursal. Presentación de demanda para declaración de nulidad de despido colectivo, declaración grupo de empresas, declaración de improcedencia del despido y reclamación de cantidades.

Juzgado: Desestima la demanda de impugnación de auto que aprobó el expediente de regulación de empleo de la empresa concursada, con expresa condena en costas a la actora.

Sala: Estima en parte el recurso y exonera al actor del pago de las costas procesales. Confirma la sentencia de instancia en cuanto al resto del pronunciamiento.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

UNICO.- Se interpone recurso de suplicación por la representación letrada del trabajador actor, J.R.J.G. frente a la Sentencia dictada por el Juzgado Mercantil en Incidente Concursal Laboral, en la que desestimando su demanda de impugnación del auto de 30-10-2012 que aprobó el Expediente de Regulación de Empleo de la empresa concursada T.G.T. y E. SL, se le impone la condena en costas.

1. La parte actora tras la interposición del recurso de suplicación, presentó escrito al Juzgado manifestando “desistir del recurso de suplicación, en cuanto al fondo del asunto se refiere, debiendo seguirse el mismo, única y exclusivamente en cuanto a las costas procesales, las cuales habían sido impuestas a esta parte”. En el citado escrito de interposición del recurso de suplicación el recurrente, respecto a las costas, y al amparo del art. 193-c) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, denunció la infracción por la sentencia de lo dispuesto en el art. 97.3 de la LRJS y art. 196.3 de la Ley Concursal, alegando que no procedía la condena en costas.

2. El artículo 196.3 de la Ley Concursal establece que la sentencia que recaiga en el incidente concursal en materia laboral se regirá en materia de costas por la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

El art. 2 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita, dispone que tendrán derecho a la asistencia jurídica gratuita: “En el orden jurisdiccional social, además, los trabajadores y beneficiarios del sistema de Seguridad Social, tanto para la defensa en juicio como para el ejercicio de acciones para la efectividad de los derechos laborales en los procedimientos concursales”.

El art. 97.3 de la LRJS dice “La sentencia, motivadamente, podrá imponer al litigante que obró de mala fe o con temeridad, así como al que no acudió al acto de conciliación injustificadamente, una sanción pecuniaria dentro de los límites que se fijan en el apartado 4 del artículo 75. En tales casos, y cuando el condenado fuera el empresario, deberá abonar también los honorarios de los abogados y graduados sociales de la parte contraria que hubieren intervenido, hasta el límite de seiscientos

euros.

La imposición de las anteriores medidas se efectuará a solicitud de parte o de oficio, previa audiencia en el acto de la vista de las partes personadas. De considerarse de oficio la posibilidad de dicho pronunciamiento una vez concluido el acto de juicio, se concederá a las partes un término de dos días para que puedan formular alegaciones escritas. En el caso de incomparecencia a los actos de conciliación o de mediación, incluida la conciliación ante el secretario judicial, sin causa justificada, se aplicarán por el juez o tribunal las medidas previstas en el apartado 3 del artículo 66.

3. En el presente supuesto, la sentencia desestima la demanda instada por el trabajador actor y le impone la condena en costas, sin argumentar ni indicar la razón de dicha condena en costas, por lo que carece de motivación que sustente cualquier atisbo de temeridad o mala fe, lo que lleva a estimar el recurso en el único motivo por el que el recurrente lo mantiene, teniéndole por desistido en cuanto al resto de motivos.

FALLO

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de J.R.J.G., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil número 2 de los de Alicante, de fecha 10-octubre-2013, en virtud de demanda presentada a su instancia; y, en consecuencia, revocamos en parte la sentencia recurrida, en el sentido de dejar sin efecto la condena en costas impuesta al actor, manteniendo en el resto la sentencia de instancia.

Sentencia núm. 2.641, de 19 de noviembre de 2014

Materia: Prestación por desempleo. Solicitud subsidio por agotamiento prestación contributiva por desempleo. Resolución del organismo demandado en la que se declara percepción indebida de prestaciones al no tener responsabilidades familiares y por renta familiar superior al 75% del SMI. Prescripción obligación de reintegro de las prestaciones.

Juzgado: Estima parcialmente la demanda condenando a la parte actora a reintegrar solamente el importe correspondiente a los tres últimos meses de la prestación percibida.

Sala: Estima el recurso y condena a la parte actora a devolver el importe íntegro de la prestación percibida por no tener derecho a la misma. La actora supera el límite de rentas que dan derecho a la prestación.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

UNICO.- Recurre en suplicación el Servicio Público de Empleo Estatal (SPEE), la sentencia que ha estimado parcialmente la demanda “condenando a la parte actora a reintegrar el importe correspondiente a los tres últimos meses de prestación percibida”

El recurso, que se impugna por la demandante, contiene un único motivo, formulado por el cauce que permite la letra c) del art. 193 de la LRJS, en el que se alega la infracción del art. 45.3 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, Real Decreto Legislativo 1/1994 (LGSS), razonando que desde la redacción dada al mismo por el art. 37 de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social y en realidad desde Ley 55/1999, de 29 de diciembre, la jurisprudencia (STS 22-10-2008 o 27-9-2011) impide la minoración del cobro de lo indebido a los tres últimos meses por razones de buena fe de la beneficiaria u otras aplicadas en la jurisprudencia anterior, oponiéndose a que la conducta del ente gestor haya incurrido en mala fe o abuso del derecho, tal y como sostiene la sentencia recurrida, y concluyendo que la última jurisprudencia uniforme que aplica el precepto infringido, conlleva a que proceda revocar la sentencia y desestimar la demanda, al ser ajustada a derecho la resolución administrativa impugnada que obliga a devolver todo el periodo de subsidio indebidamente percibido.

El art. 45.3 de la LGSS dispone: “La obligación de reintegro del importe de las prestaciones indebidamente percibidas prescribirá a los cuatro años contados a partir de la fecha de su cobro o desde que fuese posible ejercitar la opción para exigir su devolución, con independencia de la causa que originó la percepción indebida, incluidos los supuestos de revisión de las prestaciones por error imputable a la Entidad Gestora”.

El recurso debe prosperar en aplicación de la doctrina que interpreta el referido precepto. Por todas la STS de 22 de Diciembre del 2008 (rec.508/2008) señala sobre el "alcance del art. 45.3 de la Ley General de la Seguridad Social, según la redacción que de dicho precepto ordenó el art. 37 de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, conforme al cual, "la obligación de reintegro del importe de las prestaciones indebidamente percibidas prescribirá a los cinco años, contados a partir de la fecha de su cobro, o desde que fue posible ejercitar la acción para exigir su devolución, con independencia de la causa que originó la percepción indebida, incluidos los supuestos de revisión de las prestaciones por error imputable a la Entidad Gestora". Plazo de prescripción que la Ley 55/1999, de 21 de diciembre, de acompañamiento a los Presupuestos Generales del Estado, redujo a cuatro años. Esa norma entró en vigor el día 1 de enero de 1998, y no contiene preceptos de derecho intertemporal, por lo que, reiteradamente se ha planteado ante esta Sala si tal norma dejó sin efecto la doctrina jurisprudencial anterior y si debe aplicarse a las situaciones anteriores a su vigencia y amparadas por aquella doctrina. Tema que ha sido resuelto, entre otras muchas, por las sentencias de 11 de junio 2001 (R. 3614/2000), 7 de noviembre de 2001 (R. 1533/2001), invocada de contradicción en el presente recurso, 24 de julio 2002 (R. 3553/2001), 12 de noviembre 2002 (R. 888/2002), 2 enero 2003 (R. 1621/2002), 25 de febrero 2003 (R. 798/2002), 10 de abril de 2003 (R. 1315/2002), 11 y 12 de junio de 2003 (R. 3025/2002 y 4227/2002), 6 de octubre de 2003 (R. 3589/2002), 18 de noviembre de 2003 (R. 4771/2002), 17 de septiembre de 2004 (R. 3052/2003), y 25 de octubre de 2003 (R. 5033/2003), señalando que "Es conveniente recordar [como ya hizo la precitada STS 6/10/2003, R. 3589/2002] que nuestra doctrina, anterior a la reforma legal señalaba que el plazo normal de prescripción de la obligación de reintegro de prestaciones indebidas era el de cinco años, y así se reconoció, entre otras, en las sentencias de 22 de mayo de 1986 y 12 de febrero de 1992. Pero esa regla general hubo de ser moderada, en aras de un principio de equidad. La Sentencia de Sala General de 24 septiembre 1996 (Recurso 4065/1995), declaraba la existencia de dos excepciones a tal principio: "La primera excepción, que ha sido la más inequívoca en su formulación, comprende los supuestos de percepción indebida sobrevenidos como consecuencia del cambio en la interpretación general de determinadas normas, como en el caso de la incompatibilidad entre la pensión de jubilación y el trabajo en la función pública (sentencias de 17 de abril de 1991, 12 de febrero y 28 de mayo de 1992, 24 de mayo de 1993, entre otras). Pero también se ha aplicado una segunda excepción que pondera la conducta adoptada por el beneficiario y el organismo gestor en relación con el origen de la situación de percepción indebida y su mantenimiento. Esta excepción tiene en cuenta, por una parte, el principio de buena fe y, por otra, los perjuicios que como consecuencia del retraso pueden derivarse para el patrimonio del beneficiario de la acumulación de períodos de percepción indebida, especialmente en los casos en que no puede acudir al reintegro por deducción del importe de lo adeudado en las mensualidades sucesivas de pensión con la posibilidad de embargo y realización de bienes esenciales para el beneficiario."

"Esta doctrina [continúa la STS de 6/10/2003], a cuyo amparo la Sala de Suplicación ha resuelto en sentido adverso a la Entidad Gestora, fue dejada sin efecto por la Ley 66/1997. Como declaró nuestra sentencia de 14 de junio 2001 (Recurso

3614/2000), "los términos del nuevo art. 45.3 de la LGSS a través de los criterios de la interpretación jurídica, es preciso constatar que en el enunciado del mismo de un lado se reafirma sin restricciones la regla general de prescripción quinquenal; y de otro lado no sólo se omite cualquier mención expresa de la excepción de equidad apreciada por esta Sala, sino que parece cerrarse virtualmente el paso a la misma al afirmar que la norma de prescripción quinquenal ha de aplicarse "con independencia de la causa que originó la percepción indebida", incluso cuando la misma se ha debido a "error imputable a la entidad gestora". En estas condiciones no cabe mantener la anterior excepción jurisprudencial de equidad, teniendo en cuenta que "las resoluciones de los tribunales sólo podrán descansar de manera exclusiva en ella cuando la ley expresamente lo permita".

La aplicación de la doctrina expuesta al presente caso, conducen a que la demandante, que es beneficiaria de un subsidio por desempleo reconocido el 20-7-09 por un periodo de seis meses que fue objeto de sucesivas prórrogas y que recibió desde el 11-7-09 al 10-7-11, debe reintegrar la totalidad del periodo de subsidio percibido, como se le reclama en la resolución de 13-3-12 en la cuantía de 10.200,14€ al no reunir los requisitos para su percepción por no tener responsabilidades familiares, ya que la renta de la unidad familiar dividida por el número de miembros que la componen (la actora, su esposo, y el hijo de la actora) es superior al 75% SMI, dado que como sienta la sentencia el esposo de la actora percibía el mes de mayo de 2009 la cifra bruta de 1.107,17 € mensuales, siempre declarados al solicitar el subsidio y las prórrogas; y el hijo de la actora percibe pensión de orfandad por importe de 205,12 € mensuales que la actora no declaraba en sus solicitudes, con lo que se superaba el límite de rentas.

En consecuencia procede estimar el recurso y revocar la sentencia para desestimar la demanda.

FALLO

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre del Servicio Público de Empleo Estatal, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 4 de los de Alicante, de fecha 14 de febrero de 2014; y, en consecuencia, revocamos la sentencia recurrida, y desestimamos la demanda de doña maría C.V.Y., absolviendo a la demandada de las pretensiones contra la misma formuladas.

Sin costas.

1936

Sentencia núm. 2.666, de 20 de noviembre de 2014

Materia: Prestación por desempleo. Reconocimiento subsidio para mayores de 52 años. Procedimiento sancionador: extinción prestación subsidio por no comunicar que se deja de reunir los requisitos para su percepción. El actor no había comunicado rescate de un fondo de inversión del que obtiene una ganancia que supera el 75% del SMI, individualmente considerado.

Juzgado: Desestima la demanda, absolviendo a la entidad demandada de las pretensiones contenidas en el escrito de la demanda. Procede la sanción de extinción del subsidio.

Sala: Estima en parte el recurso revocando en tal sentido la sentencia de instancia. Debe anularse la extinción del subsidio de la prestación, impuesta como sanción, al quedar vulnerado el principio constitucional de culpabilidad. Solamente procede la suspensión de la prestación por el plazo de un mes, en que queda probada la incompatibilidad del subsidio con la renta obtenida por el actor para ese periodo.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1.En el primer motivo del recurso se solicita la revisión de hechos probados, invocando lo dispuesto en el artículo 193.b de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social-LRJS-. Concretamente la parte recurrente quiere que se haga constar en el hecho probado primero la fecha de solicitud de la prestación, y que se modifique el hecho cuarto para que conforme a lo dispuesto en los folios 51,52 y 111 del expediente, se sustituya su actual redacción por la que se propone cuyo texto literal damos por reproducida a efectos de la presente, y en la que pretende hacer constar que tanto en la declaración inicial como en las posteriores el actor no ocultó información sobre sus ingresos correspondientes al periodo de percepción de la prestación y que las cantidades periódicas percibidas no excedían del 75% del SMI.

2. No procede acceder a lo solicitado, a excepción de la transcripción literal del documento obrante en el folio 51, en el que por certificado de la entidad gestora del fondo consta las cantidades percibidas por el actor y los periodos de percepción de las mismas. El resto de la propuesta no se apoya en el error manifiesto en la valoración de la prueba documental practicada sino que se trata, por un lado, de una matización sobre el dato objetivo de la fecha de solicitud de la prestación, hecho no discutido que consta en el expediente administrativo, y por otro, de la transcripción de un texto que no parte del error en la valoración de un documento sino que resulta de una serie de consideraciones de parte sobre la actuación del actor. Entendemos, por lo tanto, que la propuesta excede del ámbito de aplicación de la norma procesal invocada y por lo tanto y de acuerdo con la doctrina contenida entre otras en las STS 11/12/2003 recurso 63/2003, STS 17/01/11 recurso 75/10; STS 18/01/11 recurso 98/09 STS 20/01/11 recurso 93/2010 y la más reciente STS 17/05/2011 recurso 147/2010, debe ser rechazada.

SEGUNDO.- 1. En el segundo motivo del recurso y al amparo de lo dispuesto en el apartado c del artículo 193 de la LRJS se denuncia la infracción por aplicación indebida de lo dispuesto en el artículo 215.1.3 de la LGSS, alegando que la Magistrada de instancia no aplica correctamente dicho precepto y que el trabajador no ocultó información alguna. Sosteniendo además que sus rentas eran inferiores al mínimo legal y que salvo el recate correspondiente al mes de junio de 2010 en los trimestres anteriores y posteriores sus ingresos estuvieron por debajo del SIM.

2. La cuestión planteada en el presente pleito no es otra que la de determinar el alcance de la sanción impuesta por el incumplimiento del deber de informar sobre la percepción del plan de jubilación recuperado.

Esta misma cuestión ha sido tratada por esta Sala partiendo de la doctrina expuesta ya en nuestra sentencia de 20/01/2009 (recurso 1218/2008). En el caso en ella enjuiciado se trataba de quien, siendo beneficiario del subsidio de desempleo, vio igualmente extinguida la prestación por haber percibido rentas superiores al 75% del SMI con obligación de reintegro de lo percibido. En aquel caso se trataba de ganancias generadas por la venta de un inmueble, obteniendo las rentas en el mes en que la venta se produjo.

Entendemos que sólo se produce la extinción del subsidio cuando la superación del límite legal afecta a un periodo de doce meses continuados y no cuando las rentas corresponden a un único pago percibido en un mes concreto; La doctrina mantenida en la citada sentencia ha sido avalada por la reciente sentencia del TS 28/05/2013, recurso 2752/2012, en el que la Sala IV afirma que “que tras la reforma de la Ley 45/2002, para la distinción entre el efecto suspensivo o extintivo, la norma legal no atiende a las cuantías, sino a la reiteración en el tiempo de la superación de las rentas por lo que, como se ha indicado, la obtención de rentas superiores al mínimo legal por un tiempo que no alcance los doce meses, provoca la suspensión del subsidio, que podrá reanudarse en el momento que se acredite de nuevo la carencia”.

3. En el presente caso y de los hechos probados resulta que, en abril de 2010, cuando el actor solicitó el subsidio, sus rentas no superaban el límite legal, puesto que parte de los ingresos procedentes del plan de pensiones se percibían como renta trimestral cuyo importe ganancial ascendía a 825€ lo que traducido en renta mensual imputable al actor constituía una cuantía inferior al 75% del SMI. La renta final correspondiente al reembolso total del fondo y cuyo importe no se discute fue percibida el mes de junio de 2010 y por lo tanto este último pago sí que afecta a la percepción del subsidio si bien debe ser tratada como renta puntual que eleva los ingresos de esa mensualidad e impide la percepción del mismo, razón por la cual y de acuerdo con la petición subsidiaria del recurso el periodo de suspensión del subsidio ha de referirse a ese único mes.

4. En cuanto a la extinción del subsidio de desempleo impuesta por la Entidad Gestora deriva de la imposición de una sanción y no de la incompatibilidad con las rentas del actor. La sanción se impone por la infracción grave tipificada en el artículo

25.3 de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social (texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2000), que es la siguiente:

"No comunicar, salvo causa justificada, las bajas en las prestaciones en el momento en que se produzcan situaciones determinantes de suspensión o extinción del derecho, o cuando se dejen de reunir los requisitos para el derecho a su percepción cuando por cualquiera de dichas causas se haya percibido indebidamente la prestación".

5. El artículo 47.1.b de la misma Ley prevé que para las infracciones graves tipificadas en el artículo 25 la sanción que corresponde es la de pérdida de la prestación o pensión durante un período de tres meses, salvo las de sus números 2 y 3, respectivamente, en las prestaciones por incapacidad temporal y en las prestaciones y subsidios por desempleo, en las que la sanción será de extinción de la prestación. Por tanto, si la infracción se ha cometido, la extinción de la prestación es su sanción adecuada conforme a las previsiones legales, si bien dicha sanción se impuso mediante una resolución de 25/03/2011, lo que significa que solamente desde esa fecha puede producir los efectos extintivos del subsidio previstos en los artículos 213.1.c y 219.2 de la Ley General de la Seguridad Social.

Pero es que además, tal como ha tenido ocasión de pronunciarse esta Sala, el contenido típico de la infracción imputada ha de ponerse en correlación con lo establecido en el artículo 231.1.e de la Ley General de la Seguridad Social, que establece como obligación de los beneficiarios de prestaciones por desempleo solicitar la baja en las prestaciones cuando se produzcan situaciones de suspensión o extinción del derecho o se dejen de reunir los requisitos exigidos para su percepción, en el momento de la producción de dichas situaciones". El artículo 28.2 del Real Decreto 625/1985 nos dice que cuando se produzca una causa de suspensión o extinción del derecho a la prestación o subsidio por desempleo, el trabajador está obligado a entregar en la correspondiente Oficina de Empleo la documentación acreditativa de dicha causa. Ni una ni otra norma establece el plazo para realizar tal comunicación. No se especifica en modo alguno cuál sea el plazo para realizar tal comunicación desde el momento en que se produce la circunstancia determinante de la suspensión o extinción del subsidio, siendo la única referencia la del artículo 231.1.e de la Ley que dice que se habrá de hacer en el mismo momento de la producción de dichas situaciones, lo que resultará en ocasiones de difícil cumplimiento.

En el presente caso no resulta acreditado el elemento culposo del ocultamiento, ya que no lo hubo en el momento de la solicitud, la declaración fue correcta puesto que los ingresos trimestrales no superaban el mínimo legal y con posterioridad al reconocimiento de la prestación las declaraciones anuales de renta efectuadas por el actor no afectaban al periodo de la percepción del reembolso total del fondo. Lo anterior no quiere decir que éste no debiera haber comunicado el reembolso final a la entidad gestora. Sin embargo, sí que permite apreciar que existen elementos indiciarios que cuestionan claramente el ánimo defraudatorio, y por lo tanto que deben proyectarse sobre la aplicación del derecho sancionador.

6. En conclusión entendemos que el recurso debe ser estimado parcialmente. La extinción del subsidio, impuesta como sanción, ha de ser anulada por vulnerar el principio constitucional de culpabilidad, tal y como se ha razonado. Igualmente, debe ser anulada en parte la reclamación del reintegro de prestaciones indebidas efectuada, por referirse a un periodo respecto del cual no concurre causa alguna acreditada de extinción o suspensión del derecho prestacional manteniéndose el reintegro de la prestación correspondiente al mes de junio de 2010, por referirse a un mensualidad respecto de la cual concurre causa acreditada de suspensión del derecho prestacional, ya que el recurrente percibió una renta incompatible con el subsidio.

Vistos los preceptos legales citados y los demás de general y pertinente aplicación al caso.

Por lo expuesto,

FALLO

Estimamos en parte el recurso de suplicación presentado por J.B.H. contra la sentencia de 15/01/2014 del Juzgado de lo Social número uno de Benidorm, y revocando la sentencia de instancia para, en su lugar, anular en parte la resolución de 27/08/2012 por la que se impuso al recurrente por el Servicio Público de Empleo Estatal la sanción de extinción del subsidio de desempleo para mayores de 52 años, manteniendo el deber del actor de reintegrar únicamente el importe percibido en concepto de subsidio por desempleo en el mes de junio de 2010 declarando su derecho a continuar percibiendo dicho subsidio por desempleo a partir de entonces.

Sentencia núm. 2.741, de 27 de noviembre de 2014

Materia: Convenio colectivo: impugnación. Empresas adjudicatarias de servicio de limpieza, riego y mantenimiento de espacios ajardinados. Modificación de contrata. Subrogación de trabajadores en el marco de una nueva contrata de servicios con origen en la previsión de una norma convencional. Aplicación de nuevo convenio colectivo. Lesividad aplicación norma. Nulidad del convenio.

Juzgado: Previa desestimación de la excepción de falta de legitimación activa que opusieron las codemandadas en juicio oral, desestima la demanda sobre impugnación de convenio colectivo por lesividad, absolviendo a la parte demandada de la pretensión en su contra deducida.

Sala: Estima el recurso y revoca la sentencia recurrida. El proceso de negociación y firma del nuevo convenio se desarrolla en circunstancias anómalas que afectan a la legitimidad de la empresa negociadora del mismo y a los efectos vinculantes frente a terceros, ya que el nuevo convenio no había sido firmado en el momento de la transmisión de la contrata y su eficacia frente a éstos no está expresamente prevista en la norma convencional que regula las obligaciones derivadas del deber de subrogación. Declara la nulidad del convenio suscrito por los demandados. El acuerdo suscrito por las demandadas infringe la normativa estatutaria y convencional y lesiona los intereses de las mercantiles demandantes.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.— 1. Frente a la sentencia de instancia que desestimó su demanda interponen ambas demandantes sendos recursos de suplicación. En el recurso formulado por la empresa X., se proponen dos motivos redactados respectivamente al amparo de lo dispuesto en los apartados b y c del artículo 193 de la LRJS, mientras que la empresa X. propone como único motivo la revisión del derecho aplicado. Por razones de sistemática procesal procedemos en primer lugar a resolver la propuesta de revisión fáctica efectuada por FCC.

2. Propone esta parte recurrente la modificación de los hechos probados segundo, tercero, cuarto y quinto para que se sustituya su actual redacción por la que la misma propone con las correcciones y adiciones correspondientes y cuyo texto literal damos por reproducida a efectos de la presente. En todas y cada una de sus propuestas la parte hace referencia a la prueba documental valorada de forma conjunta con referencia a distintos documentos aportados por la recurrente sin que en ningún caso se aprecie por esta Sala error manifiesto de la Juzgadora en la valoración de los mismos. Por otro lado el contenido de las adiciones carece de la trascendencia pretendida pues no introduce elementos sustanciales que modifiquen los valorados en sentencia para fundamentar el fallo combatido por lo que de acuerdo con lo dispuesto

entre otras en la STS 11/12/2003 recurso 63/2003, STS 17/01/11 recurso 75/10; STS 18/01/11 recurso 98/09 STS 20/01/11 recurso 93/2010 y STS 17/05/2011 recurso 147/2010 procede desestimar este motivo y dejar inalterado el relato fáctico de la sentencia recurrida.

SEGUNDO- 1. Ambas recurrentes proponen la revisión del derecho aplicado. La mercantil SAV denuncia la infracción por aplicación indebida del artículo 163 y ss de la LRJS, pues considera que de acuerdo con el relato de hechos probados concurren elementos que determinan el carácter lesivo del convenio impugnado y por lo tanto que justifican la estimación de la demanda. Por su parte FCC, denuncia la infracción de lo dispuesto en los artículos 6.2 y, 7.1 y 2, 1261,1274 y 1275 del CC y de los artículos 44.4 y 86.3 del ET. Alega que el convenio impugnado infringe los principios de la buena fe y de la contratación y que igualmente contraviene la normativa estatutaria en materia de negociación colectiva y sucesión de empresas pues se negoció cuando la empresa ya sabía que no iba a responder ante los trabajadores y en perjuicio de terceros.

2. La censura jurídica debe prosperar. En primer lugar, de los hechos declarados probados que resultan inalterados y vinculantes para esta parte se desprende que el día 18/11/2011 se aprobó la moción por la cual se acordaba una modificación de las contrataciones de limpieza que tenía suscritas el Ayuntamiento para incluir en las mismas los trabajos de mantenimiento del arbolado, trabajos que hasta ese momento habían sido ejecutados por la empresa demandada de forma provisional desde la extinción del contrato inicialmente suscrito que finalizó el 15/04/2010 y en virtud de las sucesivas prórrogas acordadas hasta la nueva adjudicación. La resolución fue comunicada a todas las interesadas ese mismo día, por lo que la demandada conocía la finalización de los contratos por subrogación de los trabajadores, afectados por el Convenio Colectivo que había suscrito en el año 2008 bajo la denominación “Convenio Colectivo de la poda, saneamiento y Gestión del arbolado de la ciudad de Valencia para los años 2008,2009 y 2010” publicado en el BOP 14/05/2008 y de aplicación a todos los trabajadores que prestaban sus servicios en los centros de trabajo que la empresa tenía establecidos en la Ciudad de Valencia, y estaban afectos a los servicios de conservación y saneamiento del arbolado público de la Ciudad de Valencia (artículo 1 del C.Col).

3. La sentencia de instancia cuantifica el perjuicio económico que ha supuesto el incremento salarial acordado en dicho convenio para las empresas adjudicatarias (un coste adicional de 52.952,59 € para SAV y de 44.000€ para FCC). La Magistrada razona que el coste incrementado es inferior a el que le supondría a las mismas la aplicación del convenio denunciado, por lo que llega a la conclusión de que no es lesivo para sus intereses, sin embargo tal argumento, que es rebatido por las recurrentes, no afecta al hecho de que la negociación se desarrollara por quien conocía su desvinculación contractual y por lo tanto con un perjuicio evidente para quienes ya eran potenciales empleadoras de los trabajadores afectados y como tales tenían interés legítimo en dicha negociación, al pactarse condiciones que ya no obligaban a la empresa saliente y si a las nuevas adjudicatarias. Tratándose de un convenio de ámbito inferior a la empresa, que afectaba al personal ligado a las contrataciones extinguidas,

entendemos que la denuncia y negociación del convenio colectivo por parte de la empresa saliente una vez conocía la modificación de los contratos e iniciado el proceso de adjudicación a terceros, constituye un fraude de ley que perjudica los intereses de las empresas demandantes. En este sentido se pronuncia el informe del MF.

4. De los hechos probados resulta como ya hemos subrayado que la demandada era conocedora desde el momento de la denuncia del convenio de que no iba a continuar como empleadora de los trabajadores afectados por un convenio cuyo ámbito personal y temporal estaba ligado al objeto y duración de la contrata extinguida y en proceso de ejecución. Este hecho afecta de forma directa a la Legitimación de T. para intervenir como parte en la negociación colectiva del nuevo convenio, de acuerdo con las previsiones del artículo 87 del ET. El artículo 44.4 del ET por otro lado considera aplicable a los trabajadores procedentes de la empresa cedente el convenio colectivo vigente para éstos en el momento de la transmisión. En el caso que nos ocupa la transmisión se produce por resolución administrativa de 27/01/2012, en la que se acuerda no solo la nueva adjudicación sino la integración de los trabajadores de la empresa T. en las plantillas de las empresas demandadas, iniciándose el proceso de subrogación. En cualquier caso y frente a la argumentación sostenida por la sentencia recurrida en torno a la aplicación de la norma estatutaria, debemos recordar que no estamos ante un supuesto de sucesión de los contemplados en el precepto de referencia sino ante una subrogación de trabajadores en el marco de una contrata de servicios con origen en la previsión de la norma convencional, por lo que el alcance y efectos de las obligaciones asumidas por las demandantes frente a los trabajadores subrogados viene determinado por el artículo 37 del Convenio Colectivo y no por el artículo 44 del ET.

El artículo 37 del Convenio impone a la nueva empresa adjudicataria la obligación de subrogarse y absorber a los trabajadores adscritos a este servicio, respetándoles su antigüedad, salario, según nómina oficial, y demás derechos laborales y sindicales según proceda legalmente. Partiendo del alcance de las obligaciones impuestas por el convenio aplicable, las empresas demandantes solicitaron documentación a la demandada con carácter previo a la presentación de sus ofertas económicas, que necesariamente debían asumir el coste salarial real de los trabajadores afectados y no otro.

De todo lo anterior se deduce con claridad que el proceso de negociación y firma del nuevo convenio se desarrolla en unas circunstancias anómalas que afectan tanto a la legitimidad de la empresa negociadora del mismo, quien actúa habiendo perdido su condición de empleadora como a los efectos vinculantes frente a terceros, ya que el nuevo convenio no había sido firmado en el momento de la transmisión de la contrata, y su eficacia frente a terceros no está expresamente prevista en la norma convencional que regula las obligaciones derivadas del deber de subrogación. De todo lo razonado se desprende que la demanda iniciadora de las presentes actuaciones debió prosperar y que el acuerdo suscrito por las demandadas infringe la normativa estatutaria y convencional y lesiona los intereses de las mercantiles demandantes.

TERCERO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 203 LRJS, se acuerda que una vez firme la sentencia, se proceda a la devolución del depósito.

FALLO

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de SA. Y (zona Sur) y X., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 9 de los de Valencia de fecha 20/05/2014 y, en consecuencia, revocamos la sentencia recurrida y, estimando la demanda iniciadora de las presentes actuaciones declaramos la nulidad del convenio suscrito por los demandados para los años 2012-2013 y 2014 (BOP26/03/2012) con las consecuencias inherentes a dicha declaración.

Se acuerda que una vez firme la sentencia, se proceda a la devolución del depósito prestado para recurrir.

1938

Sentencia núm. 2.759, de 2 de diciembre de 2014

Materia: Pensión de jubilación. Trabajadora afiliada al RGSS que ejerce en España la profesión de personal docente. Revisión pensión de jubilación. La trabajadora ha cotizado en España y en Argentina. Aplicación convenio de seguridad social entre ambos países. Aplicación porcentajes. Error aritmético en el cálculo. Retroactividad. Periodo máximo retroactividad.

Juzgado: Desestima la excepción de cosa juzgada opuesta por la parte demandada y estima en parte la demanda, condenando a la entidad gestora a calcular la pensión de jubilación de la actora tendiendo en cuenta exclusivamente los periodos y cotizaciones realizadas en España.

Sala: Desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia. No puede entrar en juego la retroactividad de los cinco años puesto que no se trata de un simple error de cálculo imputable a la administración.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-Por la parte demandante se pretendió ante el órgano de instancia el abono por parte del INSS de la pensión de jubilación, sobre el 62% de la base reguladora mensual de 1525,71 euros, en tanto se le había reconocido sobre la misma base reguladora, pero en un porcentaje del 50% y sin los efectos económicos solicitados en la demanda. Dicha pretensión fue estimada parcialmente en la sentencia, esto es, se condenó a la Entidad Gestora a abonar dicha pensión sobre la base reguladora citada y en el porcentaje del 50%, con efectos retroactivos de tres meses, e informándose que cabía recurso de suplicación contra la citada sentencia, y se interpone dicho recurso por la parte actora, que se plantea en un doble motivo, al amparo de lo señalado en el artículo 193, “b” y “c” de la LRJS.

El primero de estos motivos interesa la revisión del segundo hecho probado, para que exprese que la actora trabajó para el Ministerio de Educación como profesora de religión desde el 15 de septiembre de 1990, pasando a depender de la Conselleria de Educación de la Generalitat Valenciana a partir del 1 de septiembre de 2000 en virtud del Real Decreto 282/2000, de 25 de febrero, prestando servicios para dicha administración hasta su jubilación el 1 de septiembre de 2008, habiendo trabajado para la administración autonómica con anterioridad, en concreto, desde el 1 de octubre de 1989 al 30 de abril de 1990, lo que totalizan 19 años cotizados.

Funda dicha solicitud en los documentos que reseña a continuación, de los que se deduce, en efecto, que en dicho periodo totalizó 6.760 días cotizados, equivalentes a 19 años, en realidad, 18’52, y dicho dato se debe integrar en la sentencia, al poder tener relevancia para la decisión que se adoptará.

SEGUNDO.- En el apartado destinado al examen del derecho aplicado, y bajo

correcto amparo procesal, se formulan dos motivos, que se examinarán conjuntamente, considerándose vulnerados el artículo 163.1 de la LGSS, así como el artículo 43 de dicho texto legal, en relación con el artículo 9.3 del convenio Bilateral entre España y Argentina sobre Seguridad Social.

Se argumenta que ha existido un error aritmético, por haberse reconocido erróneamente los años cotizados, de modo que la retroacción de los efectos económicos debe ser la de cinco años, y no la de tres meses como se adoptó en la sentencia ahora recurrida. Dicha resolución judicial estimó que en el presente caso no se ha producido un simple error de cálculo o de hecho, que permitiría aceptar dicha retroactividad máxima, antes al contrario, la revisión de la citada pensión de jubilación, que se estimó parcialmente en el fallo recurrido, al derivar de una pretensión ejercitada en un anterior proceso, ya se pudo ejercitar entonces, sin perjuicio de que por no haberse recalculado la pensión teniendo en cuenta los periodos y cotizaciones realizados exclusivamente en España, caso de ser esta última, como así sucede efectivamente, más favorable que reconocida a prorrata con la República Argentina.

Y desde ahora se adelanta que el motivo debe decaer, pues en definitiva dicho argumento puede perfectamente darse por reproducido aún aceptándose la revisión fáctica estimada en el motivo precedente. Ello es así porque el artículo 43.1 de la LGSS, en el párrafo añadido en la DF 3ª de la Ley 42/2006, dispone expresamente que si el contenido económico de las prestaciones ya reconocidas resultara afectado con ocasión de solicitudes de revisión de las mismas, los efectos económicos de la nueva cuantía tendrán una retroactividad máxima de tres meses desde la fecha de presentación de la nueva solicitud, y en el caso examinado resulta, según el séptimo hecho probado, que se ha solicitado la revisión de la pensión con arreglo a la vida laboral en España (17,9 años con una base reguladora de 1.525,71 euros), pretensión que se desestimó en vía administrativa por la existencia de una sentencia firme que el órgano gestor demandado le atribuía valor de cosa juzgada. Ciertamente en aquél momento tampoco existía óbice alguno para que se pretendiera en vía administrativa el mayor porcentaje solicitado ahora en el acto de juicio, de manera que no estamos en presencia de un simple error de cálculo atribuible a la administración y que podría haber sido salvado sencillamente en dicho momento, sino que la denegación llevada a efecto por el INSS obedeció a otras razones distintas a las simplemente materiales, las expuestas anteriormente, y que suponen no pueda entrar en juego la retroactividad de los cinco años como si estuviéramos en presencia de una mera rectificación material.

Corolario de lo expuesto será la anticipada desestimación del recurso y la confirmación de la sentencia.

FALLO

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por Dª. M.C.A.R. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 16 de Valencia, de fecha 19 febrero de 2014 y, en consecuencia, confirmamos la sentencia recurrida.

1939

Sentencia núm. 2.786, de 2 de diciembre de 2014

Materia: Pensión de invalidez. Trabajador que es declarado en situación de incapacidad permanente total para su profesión habitual de topógrafo. Reconocimiento de pensión 55% de determinada base reguladora. Revisión prestación: Solicitud revisión grado. Incapacidad permanente absoluta para el ejercicio de toda profesión. Patología orgánica y cuadros depresivos.

Juzgado: Desestima la demanda, absolviendo a la entidad gestora de la pretensión en su contra deducida.

Sala: Estima el recurso y revoca la sentencia de instancia. Se ha producido una agravación en la patología del actor, dándose las circunstancias para que por ley pueda ser declarado en situación de incapacidad absoluta para el ejercicio de cualquier actividad laboral.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. Frente a la sentencia de instancia que desestimó la demanda presentada en materia de incapacidad permanente absoluta, por agravación del cuadro clínico que había determinado que fuera declarada afecto de incapacidad permanente en el grado de total para su profesión de topógrafo, interpone la parte actora recurso de suplicación.

2. En un primer motivo redactado al amparo del apartado b) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS) solicita la revisión del hecho probado sexto de la sentencia para que se rectifique en los términos expuestos que se dan por reproducidos. Se rechaza la petición porque no añade ningún elemento relevante al debate y es reiterativo de lo que se recoge en la sentencia. En efecto, en ella ya declara probado en ese mismo hecho sexto, que el demandante presenta las dolencias que se recogen en el informe médico de síntesis (sic) en el que, efectivamente, se recoge la alude a la prótesis bilateral de ambas caderas por necrosis avascular, a la enfermedad de Crohn y al trastorno depresivo mayor; y ,además, se describen en él las secuelas que le ocasiona este último, según el último informe del psiquiatra que atiende al Sr. M. en el Centro de Salud Mental.

SEGUNDO.- 1. En el segundo motivo del recurso redactado al amparo del apartado c) del artículo 193 de la LRJS, se denuncia la infracción por la sentencia de lo dispuesto en el artículo 137.5 de la Ley General de la Seguridad Social, texto refundido de 1.994 –en adelante, LGSS. Se sostiene en síntesis por el recurrente, que las dolencias que padece y las secuelas que de ellas derivan le incapacitan para el ejercicio de cualquier profesión u oficio.

2. Dispone el artículo 136 de la LGSS en la redacción dada por Real Decreto-Legislativo 1/1.994, de 20 de junio, que “es invalidez permanente la situación del trabajador que, después de haber estado sometido al tratamiento prescrito y de haber sido dado de alta médicamente, presenta reducciones anatómicas o funcionales graves, susceptibles de determinación objetiva y presumiblemente definitivas, que disminuyan o anulen su capacidad laboral”. Por su parte el artículo 137.5 del mismo texto legal señala que, "se entenderá por incapacidad permanente absoluta la que inhabilite por completo al trabajador para toda profesión u oficio".

3. A la vista de la declaración de hechos probados que contiene la sentencia de instancia y de los recogidos con el mismo valor fáctico en su fundamentación jurídica, se desprende que en el demandante concurrían las condiciones exigidas por los mencionados preceptos para ser acreedor de una incapacidad permanente absoluta. En efecto, el artículo 143.2 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto-Legislativo 1/1.994, de 20 de junio, y el Real Decreto 1.300/95 que lo desarrolla, contemplan la posibilidad de que se pueda proceder a la revisión por agravación o mejoría del estado invalidante. En cuanto a la solicitud de revisión por agravación, la jurisprudencia viene exigiendo la concurrencia de dos requisitos básicos: a) que tal agravación se haya producido, “independientemente del acierto en la calificación del grado de invalidez efectuado la primera vez”; y b) que sea de entidad suficiente para subsumir las lesiones o dolencias que padece el solicitante en el nuevo grado invalidante postulado.

4. En el supuesto que ahora se enjuicia, consta que a las dolencias que padecía con anterioridad D. J.M.M. que determinaron la declaración de incapacidad permanente total para su profesión de topógrafo y que siguen subsistiendo en la actualidad, se le añade un trastorno depresivo calificado como mayor de pronóstico crónico, recidivante e irreversible y de evidente entidad, pues según se relata en el hecho probado sexto de la sentencia recurrida, le ocasiona apatía anhedonia, irritabilidad, abulia y desestructuración del patrón del sueño, que interfiere en su funcionalidad diaria. En estas condiciones difícilmente se puede entender que una persona esté en condiciones de incorporarse al mundo laboral y de realizar cualquier trabajo con las exigencias de rendimiento y eficacia que exige el mercado laboral. El hecho de que la depresión no se alegara en el año 2011 cuando se inició el primer expediente de incapacidad permanente, lo único que evidencia es que no fue objeto de valoración por la Entidad Gestora, tal vez porque todavía estuviera en estudio o se dudara de que fuera “previsiblemente definitiva”. Pero ello no puede constituir un obstáculo para su alegación posterior cuando, como hemos visto, ahora ya consta su carácter crónico, recidivante e irreversible.

5. Por ello y en virtud de lo expuesto, procede la estimación de la demanda y la declaración de que el actor se encuentra afecto de incapacidad en el grado de absoluta para toda profesión u oficio con las consecuencias que se recogen en la parte dispositiva de la presente resolución y que se extraen del incombato hecho probado séptimo de la sentencia recurrida.

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

FALLO

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de DON J.M.M.G. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº.9 de los de Valencia de fecha 31 de marzo de 2014, en virtud de demanda presentada a su instancia contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL; y, en consecuencia, declaramos que el actor se encuentra afecto de incapacidad permanente en grado de absoluta con origen en enfermedad común y condenamos al Instituto Nacional de la Seguridad Social a estar y pasar por esta declaración y a abonarle una pensión vitalicia en la cuantía del 100 por 100 de la base reguladora de 2.682,61 euros mensuales, más las mejoras y revalorizaciones, con efectos económicos desde el día 13 de abril de 2012.

Sin costas.

1940

Sentencia núm. 2.822, de 4 de diciembre de 2014

Materia: Modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Trabajadora al servicio de entidad bancaria que ejerce sus funciones como letrada. Externalización del servicio por parte de la entidad. La actora comunicó su adhesión voluntaria al programa de bajas incentivadas establecido en el acuerdo en el procedimiento de despido colectivo, que le es denegado. Modificación de las condiciones laborales como consecuencia de la externalización. Subrogación empresarial. Nuevo convenio y nuevas condiciones laborales.

Juzgado: Estima la demanda declarando nula la decisión empresarial de modificación sustancial de condiciones de trabajo, reconociendo el derecho de la trabajadora a ser repuesta en sus anteriores condiciones de trabajo y a abonarle determinada cantidad en concepto de indemnización por daños y perjuicios.

Sala: Desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia. El acuerdo del que dimana la modificación individual de condiciones de trabajo comunicada a la actora ha incurrido en el fraude de ley apreciado en la sentencia recurrida, ya que se utiliza la interpretación equivocada del art. 44.9 del ET para alterar las condiciones contractuales y convencionales de los trabajadores cedidos garantizadas en los arts 44.3 y 4 del ET, sustituyendo su convenio colectivo e imponiéndoles condiciones laborales distintas y más desfavorables de las que venían disfrutando en la anterior empresa.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Recurren en suplicación las demandadas B. y G.T.O.S. SLP, la sentencia que ha declarado nula la decisión empresarial de modificación sustancial de condiciones de trabajo impuesta a la actora con efectos 1 de diciembre de 2013, reconociendo el derecho de la trabajadora a ser repuesta en sus anteriores condiciones de trabajo, condenando a los demandados a estar y pasar por esta declaración y a la empresa G.T.O.S. SLP a reponer a la demandante en sus condiciones previas a dicha modificación y a abonar a la trabajadora en concepto de indemnización de daños y perjuicios el importe de 105,367 €.

Los recursos, se formulan por separado y se impugnan por la demandante.

El recurso de G.T.O.S. SLP, se estructura en cuatro motivos. El primero, que ampara procesalmente en el apartado a) del art. 193 de la LRJS, solicita que se repongan las actuaciones al momento inmediato anterior a la admisión a trámite de la demanda, reproduciendo tal petición en el suplico del recurso, para que por el Juzgado se advierta del defecto de no concretar en qué consistió el fraude de ley que se alega. Los demás motivos del recurso, se apoyan en la letra c) del art. 193 de la LRJS.

El recurso de B. SA se articula también en cuatro motivos, el primero para modificar los hechos probados de la sentencia, por el apartado b) del art. 193 de la LRJS, y los demás formulados por el cauce del apartado c) de la tan referida norma procesal.

Por razones lógicas se debe comenzar examinado el motivo de nulidad que formula la empresa G.T.O.S. SLP, ya que de prosperar, haría innecesario resolver los demás. Denuncia el motivo de nulidad que vamos a examinar la infracción de los arts. 80.1 c), 81.1 y 85.1 de la LRJS, así como de la doctrina contenida en las STS de 11-12-2000, 24-2-2002 y 29-4-2005, porque considera que la demanda no reúne los requisitos previstos en el art. 80.1 c) y el Juzgado debió advertir de los defectos de que adolecía, y porque las manifestaciones que ha realizado la parte contraria con carácter previo al inicio de la vista han supuesto, a su juicio, una variación sustancial de la demanda, por introducción de una serie de alegaciones nuevas, no contempladas en el escrito inicial que fueron decisivas para dictar la sentencia, lo que causó indefensión y vulneración del principio de igualdad de partes, porque a salvo la alegación del cambio de convenio y de la ausencia de las causas que motivaron la modificación, en el hecho sexto de la demanda no se concreta porque la medida adoptada lo ha sido en fraude de ley, siendo sorpresiva la alegación de falta de legitimación de la representación legal de los trabajadores que suscribió el acuerdo de 28 de noviembre de 2013, lo que impidió a la recurrente preparar su defensa. Considera el recurso que el Juzgado debió conceder el plazo de cuatro días para que la actora determinara con claridad en que consistió el fraude de ley alegado.

El motivo debe ser desestimado, por carecer del más mínimo apoyo. A parte de que la figura del fraude de ley implica un juego normativo ilícito que supone el intento de eludir la aplicación de la norma correcta, en el caso, los hechos de los que pudiera derivarse se han concretado sobradamente en la demanda. En efecto, el hecho sexto de la demanda expresa “Que dicha modificación sustancial de las condiciones de trabajo que incluye el ilícito cambio de Convenio Colectivo de aplicación ha sido adoptada en fraude de ley. Además de todo ello, resulta injustificada, sin que la empresa haya siquiera invocado las razones que podrían justificarla y se ha realizado sin seguir el procedimiento establecido al efecto.”, si a ello se une que según se infiere del hecho quinto de la demanda, el acuerdo de modificación colectiva que se alega no se ha facilitado a la demandante y que luego resultó ser el de 28 de noviembre de 2013 fue aportado a las actuaciones por las empresas para justificar la modificación de condiciones impugnada, no hay obstáculo para que pueda ser examinado entre otras cuestiones en relación a la legitimación de las partes que lo suscribieron.

En consecuencia está justificado y no genera indefensión a la empresa recurrente, ni ha tenido lugar variación sustancial de la demanda, ya que la actora al ratificarla alude, como se ha expuesto, a que no se ha seguido el procedimiento oportuno para acordarla, y conocido el acuerdo de 28 de noviembre de 2013, se cuestiona si se ha suscrito en la parte social, y por lo que se refiere a la cuestión impugnada, por los legitimados para ello, lo que entra dentro de los hechos expuestos en la demanda y conocidos por la empresa, que no puede alegar ahora indefensión

porque el Magistrado “ aquo” lo examine y concluya como una de las razones fundamentales para estimar el fraude que el acuerdo no se suscribió con los representantes de la empresa cesionaria a los que afectaba.

SEGUNDO.- Para determinar definitivamente el contenido del relato probado de la sentencia hay que examinar seguidamente el primer motivo del recurso de la empresa B. SA, que con correcto amparo procesal solicita que se modifique el salario que consta en la sentencia en el hecho primero de 3.765,73 € por el que propone de 3.584,03 €, en cuanto a la retribución fija, para lo que se apoya en el certificado de retenciones y nóminas (documentos 31, 35 a 40 y 149 a162 del II Tomo de los autos), que sirvieron al Juzgador, según refiere en la fundamentación jurídica, para redactar el hecho primero. Sostiene el recurso que de los documentos citados no se deduce el salario que declara probado la sentencia.

Se rechaza la modificación, ya que no corresponde a la parte valorar la prueba, tratándose de una facultad que la ley otorga al Magistrado que presidió el juicio (art. 97.2 de la LRJS), que con criterio más objetivo e imparcial que el interesado de parte ha señalado la retribución por la media anual, (dado que algunos conceptos no son constantes) y no solamente considerando la última nómina y añadiendo la parte de salario en especie. De cualquier forma, no se acredita el error judicial que pretende deducir el recurrente de prueba negativa, imponiendo su propio criterio valorativo de la misma prueba que sirvió al Juzgador para redactar el hecho combatido. Además llama la atención que el salario no sea discutido en el recurso de la empresa G.T.O.S. SLP que es la que ha sido condenada a reponer a la demandante en sus condiciones previas a la modificación y a abonar a la trabajadora indemnización de daños y perjuicios.

TERCERO.- Ya en censura jurídica, el recurso de la empresa G.T.O.S. SLP en los motivos segundo, tercero y cuarto denuncia las siguientes infracciones:

1.- de los arts 41.4, 44.4 y 44.9, del Estatuto de los Trabajadores y en relación con los arts 52.2 b) y 5.3 de la Directiva 2001/23/CE de 12 de marzo, porque considera que el art. 44.9 del Estatuto de los Trabajadores no excluye el cambio de convenio entre las medidas que puedan acordarse tras la transmisión, dado que dicho precepto no es mas que la transposición de la Directiva a nuestro derecho interno; y porque no hay base jurídica para considerar que la nulidad de la cláusula de modificación del convenio aplicable suponga la nulidad de la totalidad del acuerdo alcanzado entre B., G.T.O.S. SLP y los representantes de los trabajadores, porque en aplicación de lo establecido en el art. 9 del Estatuto de los Trabajadores que expresamente considera infringido con carácter subsidiario, así como de la doctrina jurisprudencial contenida en las STS de 24 de noviembre de 1983 o 21 de febrero de 1984, de no ser valido el cambio de convenio la conclusión sería la de aplicar el de B. sin que ello implique la nulidad del negocio, a lo que añade que la modificación en las condiciones de trabajo no tiene su base en el cambio de convenio sino en el acuerdo colectivo suscrito, siendo que en todo caso los trabajadores afectados, entre ellos la actora disfrutaran de condiciones mas favorables que las establecidas en el Convenio de empresas consultoras.

2.- del art. 41.1 del Estatuto de los Trabajadores, por errónea interpretación, porque aunque en la modificación colectiva acordada el 28 de noviembre de 2013 no se mencionen las causas, lo que sirve al Magistrado de instancia para declarar la nulidad de la modificación, dado que el acuerdo constituye la materialización de una de las medidas previstas en el acuerdo suscrito en el marco del expediente de regulación de empleo de febrero de 2013, en el que se pactó un periodo de ejecución hasta el 31 de diciembre de 2015, haciéndose constar la existencia en la empresa de una crisis empresarial sin precedentes que requirió la ayuda por parte de la Comunidad Europea de 20.000 millones de €, lo que motivo que se acordara el cierre de 1.138 oficinas y la extinción de 4.500 puestos de trabajo para posibilitar la reestructuración, debe concluirse que las causas de la modificación colectiva eran conocidas por la representación de los trabajadores y consistían fundamentalmente en la económica que motivo el expediente de regulación de empleo que había previsto la posibilidad de externalizar servicios para reducir el número final de afectados con amortización de los puestos de trabajo y acceso al empleo de los afectados a través de la sucesión empresarial., alegando en apoyo de su pretensión la SAN de 2 de marzo de 2012, añadiendo que el acuerdo presupone la presunción legal de la existencia de causa objetiva según se infiere de lo establecido en el art. 41.3 del Estatuto de los Trabajadores.

3.- Por último, se imputa a la sentencia la aplicación indebida del art. 6.4 del Código Civil, en cuanto considera que el Acuerdo suscrito el 28 de noviembre de 2013 lo fue en fraude de ley. Vuelve a insistir en que la Directiva 2001/23 cuyo objetivo esencial es impedir que los trabajadores afectados por una sucesión empresarial se vean en situación menos favorable por la mera causa de la transmisión, regula como excepciones a la aplicación de los arts. 3 y 4, la descrita en el art. 5.2 b), que viene determinada por la constatación de causa económica grave en la empresa cedente, siendo que además la aplicación rigurosa de esta doctrina supondría la petrificación de las condiciones laborales de los colectivos afectados en este tipo de operaciones, por lo que la jurisprudencia ha flexibilizado este criterio, mencionando la sentencia del TJUE de 6 de septiembre de 2011 que permite que el cesionario aplique las condiciones laborales previstas en el convenio vigente en su empresa incluidas las referentes a la retribución, admitiendo que dicha aplicación de nuevas condiciones debe ser negociada en los términos que permite el art. 44.9 del Estatuto de los Trabajadores, lo que ha ocurrido en el caso, sin que quepa presumir el fraude de ley, alegando en este sentido una sentencia del TSJ de Canarias.

Por su parte el recurso de B. SA en los mismos motivos segundo, tercero y cuarto alega, con correcto amparo procesal, las siguientes infracciones:

1.- de lo dispuesto en los arts., 69, 80, 81 y 85.1 de la LRJS, los arts. 209.2 y 4, 216, 217.2 y 3, 218.1 y 2 y 400 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, todos en relación con el art. 24 de la Constitución Española. En resumen viene a plantear el recurso que debió estimarse la excepción de variación sustancial de la demanda al introducir la actora en la vista la argumentación de falta de legitimación de los representantes de los trabajadores de B. para adoptar el acuerdo de modificación sustancial colectiva que

se ha aplicado a la demandante, imputando a la sentencia vulneración del principio de congruencia, la ruptura del principio de equilibrio procesal e igualdad de armas, que coloca en absoluta indefensión a la recurrente (STCo de 11 de febrero de 1997 o 11 de abril de 1994), terminado por solicitar que del análisis del fondo se extraiga esta cuestión que no fue planteada en el momento procesal oportuno.

Este motivo está defectuosamente formulado, ya que no es posible por el apartado c) del art. 193 denunciar la vulneración de normas procesales que de ser estimadas darían lugar a la declaración de nulidad de la sentencia. Y desde el momento en que esta cuestión ya fue planteada por la empresa G.T.O.S.SLP, por el cauce procesal adecuado, las mismas razones que condujeron a que se desestimara hay que reproducir aquí, añadiendo además que, mal puede plantear la empresa su sorpresa porque la parte actora alegue la falta de legitimación de los trabajadores de B. para adoptar el acuerdo de modificación colectiva de 28 de noviembre de 2013, cuando dicho acuerdo fue alegado por la empresa para justificar la medida, lo que implica su conocimiento, y permite al Magistrado entrar a analizar su legalidad, y su aplicación al supuesto planteado que no es otro que la justificación de la modificación sustancial de condiciones de trabajo impuesta a la demandante.

2.- de lo dispuesto en el art. 41.4, 44.4 y 9 del Estatuto de los Trabajadores, de los arts. 3 y 6.4 del Código Civil; de los arts 5.2 b) y 3 de la Directiva 2001/23 y de la doctrina contenida en las STS de 28 de enero de 2005, 27 de octubre de 2005 y 19 de septiembre de 2010. Sostiene el recurso, en esencia, que la aplicación del nuevo convenio no supone fraude al no alterarse las condiciones laborales que tenía la demandante antes de la modificación. Dice el recurso que los cambios operados no derivan de la aplicación del Convenio de Consultoría sino de la modificación colectiva, prueba de ello es que las modificaciones impuestas mejoran las previstas en el Convenio de Consultoría, según expone, en materia de retribución bruta anual, vacaciones, y movilidad geográfica. Insiste en la posibilidad prevista en el art. 44.4 del Estatuto de los Trabajadores de que bajo la negociación colectiva se salve la aplicación del Convenio Colectivo de la empresa cedente, insistiendo en la posibilidad prevista en la Directiva en supuestos de crisis de la empresa cedente. Pretende la aplicación del art. 9 del Estatuto de los Trabajadores, para que se declare la nulidad de la aplicación del Convenio y no la de todo el Acuerdo. Solicita la aplicación del art. 44.1 del Estatuto de los Trabajadores cuando la medida es acordada, sin que sea posible acordar la nulidad íntegra del Acuerdo de 28 de noviembre de 2013.

3.- las mismas infracciones que se adujeron en el motivo anterior se expresan en el último motivo del recurso de B. SA, esta vez para rebatir la inexistencia de causa que apoye la modificación colectiva, y lo referente a haberse negociado en un ámbito diferente al de su aplicación, lo primero porque el proceso negociador ha concluido con acuerdo y en la modificación colectiva no es necesario expresar las causas sino solo abrir el periodo de consultas, siendo que en todo caso es causa la transmisión y la causa económica que deriva del expediente de regulación de empleo que también finalizó con acuerdo en febrero de 2013; y lo segundo porque la norma comunitaria ampara la modificación de condiciones del personal subrogado para amoldarlas al resto de los empleados de G.T. al ser la finalidad de esta medida la de mantener el

empleo y ser inasumibles para la cesionaria las condiciones que la actora tenía en B., sin que la norma comunitaria determine si la negociación sobre modificación de condiciones debe realizarse con los trabajadores a los que se aplican las medidas o no, y como la empresa G.T. impuso como condición para la subrogación el que se modificaran las desproporcionadas condiciones de los trabajadores cedidos eso explica que la negociación fuera previa a la transmisión y con efectos futuros, con intervención de ambas empresas, para desarrollar la medida de acompañamiento prevista en el despido colectivo de externalizar el servicio de asesoría garantizando el mantenimiento del empleo del personal subrogado.

CUARTO.- Planteado el recurso en los términos expuestos, y para resolver las cuestiones que los recursos proponen, que se analizarán conjuntamente, resulta necesario partir de los datos que constan en los hechos probados de la sentencia que exponen los antecedentes por lo que se llega a imponer a la actora la modificación de sus condiciones de trabajo.

La sentencia después referir los datos personales y laborales de la actora en el hecho primero, y de relatar el horario que venía realizando en B. distinguiendo el de invierno del de verano, y el de los días laborales de lunes a viernes y los sábados, da cuenta del Acuerdo suscrito el 8 de febrero de 2013 por la Comisión negociadora del periodo de consultas del despido colectivo, modificación de condiciones de trabajo, movilidad funcional y geográfica y otras modificaciones a aplicar en B. SA, que la sentencia tiene por reproducido, destacando que en él se establece la supresión en el año 2013 de las retribuciones variables, que serán parcialmente repuestas en los años 2014 y 2015 y de forma definitiva en el año 2016, y en cuyo Anexo III, punto C). Cuestiones Generales, se establece que “La necesidad del ajuste, de reducción de costes y de mejora de la eficiencia no excluyen y se complementan con la búsqueda de otras alternativas que puedan minorar el número de trabajadores finalmente afectados por el despido colectivo... La Entidad está llevando a cabo negociaciones y actuaciones para incorporar procesos de externalización o acuerdos y medidas de otro tipo que permitan la sucesión empresarial que, de formalizarse, supondrían la reducción proporcional en el número de despidos y su correspondiente deducción de los máximos señalados”.

La sentencia tras relatar que la actora había pedido mediante escrito de fecha 27-6-2013 su adhesión voluntaria al programa de bajas incentivadas establecido en el Acuerdo de 8 de febrero de 2013, que se le denegó en comunicación de 5-7-2013 al considerar necesaria su prestación de servicios, da cuenta de que el 28 de octubre de 2013 la empresa B. SA comunicó a la actora mediante escrito “la posibilidad de llevar a cabo la externalización de la actividad de Asesoría Jurídica relacionada con el asesoramiento jurídico estándar en el ámbito de Banca de Particulares”, añadiendo, entre otros, que dicho proceso “se lleva a cabo con pleno respeto a lo establecido en la legislación vigente y en concreto a los arts. 44 y 41 del Estatuto de los Trabajadores, ya que será necesario revisar alguna de las condiciones laborales existentes en B. para acomodarlas a la externalización.”, y de que en fecha 13-11-2013 se procedió a la apertura del periodo de consultas previsto en el art. 44.9 ET en relación con los arts. 40.2 y 41.4 del ET, entre las representaciones de las empresas B.,S.A. y G.T.,S.A. y de

las Secciones Sindicales en la primera empresa de los sindicatos CCOO, UGT, ACCAM, SATE, CSICA y CGT, para modificar las condiciones laborales de aproximadamente, 43 empleados de B.,S.A. pertenecientes a Asesoría Jurídica de Banca de Particulares y a Auditoría Interna de Banca de Particulares, haciendo constar que “pasarán en virtud del mencionado artículo 44 ET, subrogación empresarial, cuya fecha prevista de incorporación es el 1 de diciembre de 2013, a la empresa G.T.OS.,S.L.P.

Dice la sentencia que el 28-11-2013, las representaciones de las empresas B. S.A. y G.T.O.S,S.L.P. y de las Secciones Sindicales en la primera empresa de los sindicatos CCOO, UGT, ACCAM, SATE, CSICA y CGT concluyeron el “Acuerdo del periodo de consultas derivado de la aplicación del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, en relación con los artículos 40.2 y 41.4 ET, para modificar las condiciones laborales del colectivo de empleados de B., que pasarán por subrogación empresarial a prestar servicios en G.T.O.S. S.L.P., con fecha 1 de diciembre de 2013”, cuyo contenido reproduce, destacando que en el mismo se establece que tras el acuerdo alcanzado entre B. y G.T.O.S. S.L.P., esta última empresa prestará servicios de asesoría jurídica y auditoría para B., de modo que los 37 empleados de B., entre ellos la actora, que se identifican en su Anexo I pasarán a formar parte de la segunda desde el 1-12-2013, en aplicación de la sucesión de empresa prevista en el art. 44 del ET, subrogándose en los derechos y obligaciones de los trabajadores.

Añade que, a efectos de definir los términos y condiciones laborales de aplicación a los trabajadores afectados por dicha sucesión de empresa, en fecha 13-11-2013 se procedió a la apertura del periodo de consultas previsto en el art. 44 del ET en relación con los arts. 40.2 y 41.4 ET, con reuniones los días 13, 19, 25 y 27 de noviembre, habiéndose alcanzado el acuerdo con los sindicatos referidos que ostentan el 97,86% de la representación en los Comités de Empresa y Delegados de Personal de B., reconociendo la existencia de una negociación de buena fe, habiéndose intercambiado diversas propuestas, y fruto de la negociación se han ido acomodando y modificando las posiciones hasta alcanzar el acuerdo.

En dicho acuerdo se establecen las condiciones laborales que los 37 trabajadores afectados por la cesión tendrán en la empresa G.T.O.S. S.L.P.: 1.- el Convenio aplicable será el XVI C.C. Estatal de Empresas de Consultoría, Estudios de Mercados y de la Opinión Pública (BOE 4-04-2009); 2.- Nuevo sistema de clasificación profesional adaptado a dicho convenio; 3.- Nueva estructura salarial adaptada a dicho convenio, con la creación de dos complementos salariales, el A, no absorbible y sí revisable, y el B absorbible, compensable y revisable, a fin de integrar en una y otra forma las diferencias entre los distintos conceptos salariales entre el nuevo convenio de aplicación y el anterior convenio de B., con supresión de cualquier otro concepto salarial, y, en particular del Sistema de retribución variable y promoción y desarrollo profesional, aplicado en B.; 4.- Reducción del salario fijo anual (aplicado a los complementos A y B) entre el 7% y el 26%; 5.- La retribución anual se abonará en 12 pagas; 6.- Se aplicarán los procedimientos y políticas vigentes en la nueva empresa y en el CC de Consultoría; 7.- Se reconocerá a todos los trabajadores y a todos los efectos, incluidos indemnizatorios, la antigüedad que cada trabajador tuviera reconocida en B.; 8.- Aumento de la jornada anual que pasa de 1.680 horas a 1.800 horas, y el horario de invierno se fija de lunes a jueves, de 9 a 14 horas, y de 15 a 19

horas, y el viernes, de 9 a 15 horas; el de verano, de lunes a viernes, de 9 a 15 horas, si bien este último, “será de aplicación para los periodos establecidos anualmente por la compañía atendiendo a la política vigente”; 9.- Reducción de 26 a 22 días de vacaciones anuales con 4 días adicionales de permiso retribuido a disfrutar teniendo en cuenta las necesidades del servicios; 10.- Se suprime el Sistema de Previsión Social Complementaria establecido en B., viudedad, orfandad e invalidez, sin que la empresa G.T. realice aportaciones a los planes de pensiones de empleados transferidos; 11.- Los complementos de Incapacidad Temporal desde el 1-12-2013 serán los del CC de Consultoría; 12.- Serán de aplicación los beneficios sociales del CC de Consultoría y los de aplicación general en la empresa cesionaria, se suprimen las ayudas de guardería y formación hijos de empleados, el obsequio de Reyes Magos, seguro de vida, seguro médico privado y seguro de accidentes de B. y la póliza sanitaria de salud; 13.- En los supuestos de movilidad geográfica, solo se establece compensación económica a partir de los 60 km, frente a los 25 actuales; 14.- Se facilitará formación, se garantiza por la cesionaria que durante los dos años siguientes cualquier reordenación o reorganización de la plantilla que afectara el volumen de empleo trasferido, se efectuará previa negociación con la representación de los trabajadores.

Relacionado el acuerdo de 28 de noviembre de 2013 del que deriva la modificación de condiciones que se enjuicia en este procedimiento la sentencia da cuanta de la comunicación a la trabajadora en el hecho noveno diciendo que el 29-11-2013 la empresa B. remitió a la trabajadora comunicación con el siguiente contenido: “Dentro del proceso de reestructuración en el que se encuentra B. ,S.A. y con el fin de reducir el número de personas afectadas por el despido colectivo y de atenuar las consecuencias negativas de la mencionada reestructuración, se han acordado con la mayoría de las representación legal de los trabajadores (Acuerdo de 8 de febrero de 2013) una serie de medidas, entre las que se encuentra la posible externalización de actividades hasta ahora desarrolladas directamente por B. ,S.A.

Dentro de este marco, B. ,S.A. y GT.O.S,S.L.P., han llegado a un acuerdo, por el cual, la citada sociedad desarrollará para B.,S.A. determinados servicios de asesoría jurídica y de auditoría interna, con el objeto de optimizar su negocio financiero, mejorando la eficiencia operativa, flexibilizando su infraestructura y aumentando la calidad del servicio a los clientes. El mantenimiento del empleo es uno de los elementos esenciales de este acuerdo, lo que ha permitido excluir del ámbito de aplicación del despido colectivo a los empleados afectados por este acuerdo específico.

En el contrato de externalización firmado entre B.,S.A. y la sociedad GT.O.S,S.L.P., ambas partes han acordado la transmisión de algunas de las unidades productivas y autónomas entre las que se encuentra la unidad a la que esta Vd. asignado y en la que presta servicios para B.,S.A.

Por ello, de conformidad con lo dispuesto en el art. 44 del Estatuto de los Trabajadores, con fecha 1 de diciembre de 2013, pasará Vd. a prestar servicios en la sociedad GTOS.,S.L.P., manteniendo sus derechos y obligaciones en los términos regulados en el citado precepto legal y le será de aplicación las condiciones laborales

pactadas con los representantes de los trabajadores, acuerdo de fecha 28 de noviembre de 2013, del cual se adjunta una copia.

En concreto, sus condiciones a la fecha de incorporación en GT.O.S.,S.L.P., serán las siguientes:

- Salario bruto anual: 38.940,26 E
- Antigüedad: 15/4/2002
- Destino: Avenida de Aragón 30, Edificio Europa, Planta 13, Local C.Valencia.”

Dicha comunicación añade igualmente que “ ... Finalmente, como consecuencia de lo expuesto y por no verse su puesto de trabajo afectado por el ámbito de aplicación de las medidas del despido colectivo, le traslado que se ha decidido no aceptar su propuesta de adhesión al mecanismo de bajas indemnizadas previsto en el Acuerdo de fecha 8 de febrero de 2013, de conformidad con lo establecido en dicho acuerdo y en el resto de los alcanzados con la representación legal de los trabajadores con ocasión del proceso de reestructuración de B.,S.A.”

Con estos datos, la sentencia recurrida declara ser fraudulenta la imposición por B. SA de las nuevas condiciones de trabajo a la demandante, para que sean de aplicación una vez operada la transmisión y en la empresa cesionaria, porque de acuerdo con lo establecido en los arts. 44.4 y 44.9 del Estatuto de los Trabajadores, debió de ser acordada después de la transmisión, por la empresa cesionaria y con la representación de los trabajadores de esa empresa, de modo que no es posible el pacto previo a la cesión para su aplicación posterior. Por otra parte la sentencia no acoge la tesis de las empresas consistente en legitimar el acuerdo de modificación colectiva de 28 de noviembre de 2013 en el pacto colectivo de febrero de 2013, porque aunque en este último se prevean medidas de externalización para minorar el número de extinciones, no se contiene referencia a la externalización de servicios, ni a sus motivaciones o causas, circunstancias, colectivos afectados o criterios para modificar las condiciones de trabajo aplicables a los trabajadores que pudieran ser objeto de la sucesión, concluyendo con la inexistencia de causas motivadoras de la modificación de condiciones –ex art. 44.1-.

QUINTO.- La resolución de los motivos de censura jurídica se efectuara de forma conjunta para ambos recurrentes. A pesar de la amplia exposición desarrollada en los recursos, la cuestión se reduce a decidir si la modificación de condiciones de trabajo impuesta a la actora y comunicada mediante escrito de 29 de noviembre de 2013, es justificada, injustificada o nula.

Pues bien, tal y como razona la sentencia recurrida, la modificación de condiciones de trabajo impuestas por B. SA a la actora es nula, porque sin entrar en si la transmisión está correctamente acordada lo que excede del procedimiento que aquí se ha iniciado por el art. 138 de la LRJS, lo cierto es que el acuerdo colectivo en que se inserta la medida luego comunicada a la trabajadora se ha suscrito en fraude de ley, y no pueden aplicarse las consecuencias previstas en los arts 44.4 y 9 del Estatuto de los Trabajadores, en relación a la imposición de un nuevo Convenio Colectivo, y al resto de las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo expuestas en la

comunicación, por la empresa cedente para cuando se haya producido la transmisión y la trabajadora preste servicios en la empresa cesionaria, por la razón fundamental de que tales medidas no se han acordado por la empresa cesionaria con los representantes de los trabajadores de esa empresa que las aplicará después de la transmisión, y sin que tampoco se hayan determinado las causas que han motivado la modificación de condiciones de trabajo, ni en la comunicación individual de la medida a la actora, ni en el acuerdo de 28 de noviembre de 2013, que no se pueden hacer coincidir con la económica derivada del Acuerdo colectivo de febrero de 2013 que no había previsto más que la posibilidad de que se aplicaran medidas de externalización, pero no determinaba los colectivos afectados, motivaciones, circunstancias o criterios, en definitiva las causas que las justificarían.

La Sala comparte todos los argumentos que la sentencia recurrida contiene, y por su claridad y adecuación al supuesto que examinamos vamos a reproducir los contenidos en la SAN de 14 de julio de 2014, que ha mencionado la parte recurrida, en la que se resuelve un supuesto que presenta una gran similitud con el que ahora decidimos. En esta sentencia que se pronuncia sobre la legalidad del Acuerdo colectivo acordado en el B.M.N. que integró a distintas cajas de ahorros se señala, en resumen, que el empresario cedente no puede modificar, con anterioridad a la transmisión, las condiciones de trabajo que el cesionario debe asumir necesariamente, correspondiendo a este último alcanzar acuerdos al respecto. Los razonamientos aplicables al caso que examinamos expresan “Al llevarse a cabo una transmisión de empresa en los términos del art. 44.1 ET y 1.1ª) de la Directiva 2001/23, el ordenamiento jurídico establece las siguientes garantías en orden al mantenimiento de los derechos de los trabajadores directamente afectados por la citada decisión:

Directiva 2001/23

art. 3.1 Los derechos y obligaciones que resulten para el cedente de un contrato de trabajo o de una relación laboral existente en la fecha del traspaso, serán transferidos al cesionario como consecuencia de tal traspaso .

Art. 3.3 . Después del traspaso, el cesionario mantendrá las condiciones de trabajo pactadas mediante convenio colectivo, en los mismos términos aplicables al cedente, hasta la fecha de extinción o de expiración del convenio colectivo, o de la entrada en vigor o de aplicación de otro convenio colectivo.

Estatuto de los Trabajadores.

Art. 44.1 El cambio de titularidad de una empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma no extinguirá por sí mismo la relación laboral, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior, incluyendo los compromisos de pensiones, en los términos previstos en su normativa específica, y, en general, cuantas obligaciones en materia de protección social complementaria hubiere adquirido el cedente.

Art. 44.4 Salvo pacto en contrario, establecido una vez consumada la sucesión mediante acuerdo de empresa entre el cesionario y los representantes de los trabajadores, las relaciones laborales de los trabajadores afectados por la sucesión seguirán rigiéndose por el convenio colectivo que en el momento de la transmisión fuere de aplicación en la empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma transferida. Esta aplicación se mantendrá hasta la fecha de expiración del convenio colectivo de origen o hasta la entrada en vigor de otro convenio colectivo nuevo que resulte aplicable a la entidad económica transmitida.

El mantenimiento de los derechos de los trabajadores constituye la finalidad de la Directiva europea de la que bebe el art. 44 ET y tal como se indica en la STUE de 26-5-2005, caso Celtec C-478/03: “ Tal como ha declarado repetidamente el Tribunal de Justicia (véanse, en particular, las sentencias de 25 de julio de 1991, D'Urso y otros, C-362/89, Rec. p. I- 4105, apartado 9 , y de 12 de noviembre de 1998 , Europièces, C-399/96, Rec. p . I- 6965, apartado 37), la Directiva 77/187 pretende garantizar el mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de cambio de empresario, permitiéndoles permanecer al servicio del nuevo empresario en las mismas condiciones acordadas con el cedente. El objeto de la citada Directiva es garantizar, en la medida de lo posible, la continuación de los contratos o de las relaciones laborales con el cesionario, sin modificaciones, con el fin de impedir que los trabajadores afectados se vean en una situación menos favorable por la mera causa de la transmisión (véase la sentencia de 17 de diciembre de 1987, Ny Mølle Kro, 287/86 , Rec. p. 5465, apartado 25).”

Y más adelante señala: “Como ya ha declarado el Tribunal de Justicia, la efectividad de los derechos conferidos a los trabajadores por el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 77/187 no puede depender de la voluntad del cedente, ni del cesionario, ni de los representantes de los trabajadores, ni siquiera de los propios trabajadores, con la única excepción, en lo relativo a estos últimos, de la posibilidad que tienen de no continuar después de la transmisión de la empresa la relación laboral con el nuevo empresario, si así lo deciden libremente (véanse las sentencias de 11 de julio de 1985, Danmols Inventar, 105/84 , Rec. p. 2639, apartado 16, y D'Urso y otros, antes citada, apartado 11). De ello se desprende que, con esa única excepción, los contratos y las relaciones laborales existentes, en la fecha de la transmisión de la empresa mencionada en el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 77/187 , entre el cedente y los trabajadores destinados a la empresa traspasada se transmiten de pleno derecho del cedente al cesionario por el solo hecho de la transmisión de la empresa (véanse las sentencias D'Urso y otros, antes citada, apartado 20 , y de 14 de noviembre de 1996 , Rotsart de Hertaing, C-305/94, Rec. p. I-5927, apartado 18).”

Este criterio se reitera en la STJUE de 6-9-2011 caso Sacattolon C 108/10 .

Pero si cabe, el TJUE, en la sentencia de 9-3-2006 caso Werhof C-499/04 , es aún más contundente en su apreciación de la obligada observancia de las previsiones contenidas en la Directiva, cuando indica que: “También es jurisprudencia reiterada que las disposiciones de la Directiva deben considerarse imperativas, en el sentido de que en perjuicio de los trabajadores no pueden admitirse excepciones a lo previsto en

ellas (véase la sentencia Martin y otros, antes citada, apartado 39). De ello se deduce que los contratos de trabajo y las relaciones laborales que, en la fecha de la transmisión de una empresa, existan entre el cedente y los trabajadores de la empresa transmitida serán transferidos de pleno derecho al cesionario por el solo hecho de la transmisión de la empresa (en este sentido, véanse las sentencias D'Urso y otros, antes citada, apartado 20 , y de 14 de noviembre de 1996 , Rotsart de Hertaing, C-305/94, Rec. p. I-5927, apartado 18).”

El carácter imperativo de estas disposiciones se reitera en la sentencia de 11-6-2009, caso Comisión vs. República Italiana asunto C - 561/07 .”

En el caso que contempla la SAN cuyos argumentos estamos reproduciendo, como en este, los trabajadores subrogados regulaban sus relaciones con el cedente a través del convenio de cajas de ahorro, dejándoseles de aplicar como consecuencia de un Acuerdo colectivo y pasando a regular su relación por el convenio de empresas de consultoría y llevándose a cabo modificaciones sustanciales en sus condiciones de trabajo que afectan desde a la jornada, horario, etc, por lo que la misma conclusión cabe extraer “que el acuerdo es un pacto opuesto tanto a la normativa nacional como a la comunitaria, ya que aunque el art. 5 de la Directiva en sus apartados 1 y 2 ciertamente contiene una excepción en orden al mantenimiento de las condiciones de trabajo del personal subrogado al indicar que los arts. 3 y 4 de dicha Directiva no serán de aplicación a los traspasos de empresa cuando el cedente se encuentre inmerso en un proceso de quiebra o de insolvencia” la excepción no es de aplicación al caso. Razonando que: “En su apartado 3 el art. 5 de la Directiva contiene a modo de ampliación de la citada excepción la siguiente previsión: *Un Estado miembro podrá aplicar la letra b) del apartado 2 a los traspasos cuando el cedente se encuentre en una situación de crisis económica grave, definida por la legislación nacional, siempre que la situación sea declarada por una autoridad pública competente y sea posible su control judicial, siempre que dicha disposición ya existiese en su ordenamiento jurídico el 17 de julio de 1998.* La letra b) del art. 5.2 hace referencia a que: *el cesionario, el cedente, o la persona o personas que ejerzan las funciones del cedente, por un lado, y los representantes de los trabajadores, por otro lado, puedan pactar, en la medida en que la normativa o la práctica en vigor lo permitan, cambios en las condiciones contractuales de empleo de los trabajadores, con la finalidad de mantener las oportunidades de empleo al garantizar la supervivencia de la empresa o del centro de actividad o de la parte de la empresa o del centro de actividad.*

Su simple lectura permite alcanzar la conclusión de que el art. 5.3 no es de aplicación al caso por cuanto:

- la norma habilita a los Estados miembros para aplicar el *art. 5.2 a empresas en situación económica grave y de tal habilitación no ha hecho uso el legislador español, pues ninguna previsión de tal naturaleza figura en el art. 44 ET*

- tal habilitación además está limitada a la concurrencia de otros datos fácticos que tampoco prevé la legislación nacional y que no concurren en este caso, a saber: que la situación económica grave haya sido declarada por una autoridad pública y que

la norma así dictada por el Estado miembro existiese antes del 17-7-1998 (fecha de publicación de la Directiva 98/50 precedente a la hoy vigente 2001/23).”

Y siguiendo con la sentencia que transcribimos que responde a las cuestiones planteadas en los recursos “el *art. 44.9 ET* prevé, con motivo de la transmisión, la adopción de medidas laborales en relación con los trabajadores; pero este precepto debe interpretarse a la luz *art. 7 de la Directiva 2001/23*. En ambos se establece, para el cedente y para el cesionario, el deber de información y consulta con los representantes de los trabajadores acerca de la transmisión de empresa y de sus consecuencias. Respecto de éstas se impone el deber de negociarlas antes de que las medidas se lleven a cabo con vistas a llegar a un acuerdo. Y ya en clave nacional, el *art. 44.9 dispone que si las medidas consistieran en traslados o modificación de condiciones, el procedimiento consultivo será el previsto en los arts. 40.2 y 41.4 ET*. Pues bien, partiendo de la inexorable regla de que la transmisión de empresa, nunca puede por sí misma justificar la modificación de las condiciones contractuales y convencionales que disfrutaban los trabajadores cedidos, tal como se acaba de exponer en los precedentes fundamentos jurídicos, la única interpretación que cabe dar al *art. 44.9 ET* es que las previsiones contenidas en el mismo hacen referencia al deber de informar y negociar las posibles modificaciones que, con motivo de la transmisión, se pudieran ocasionar en los trabajadores del cedente o del cesionario, distintos del colectivo de trabajadores cedidos; es decir:

- aquellos que perteneciendo al cedente y como consecuencia del traspaso de una parte de la empresa, pueden por tal motivo ver alteradas sus condiciones de trabajo al dejar de realizarse la parte de la actividad empresarial cedida.

- aquellos que perteneciendo al cesionario y como consecuencia del traspaso también pueden ver modificadas sus condiciones debido a la asunción de una nueva actividad empresarial y la incorporación del personal cedido.

Por consiguiente, tanto el *art. 44.9 ET* como el *art. 7 de la Directiva están haciendo referencia a un colectivo de trabajadores distinto del cedido como consecuencia de la transmisión y no al colectivo de trabajadores cedidos por virtud del traspaso empresarial cuya situación se regula en el art. 44.3 y 4 ET*, de modo que no es factible en ningún caso que el fenómeno sucesorio de empresa sirva de fundamento para la modificación de condiciones convencionales o contractuales del colectivo cedido.

Y las razones que permiten llegar a esta conclusión, no sólo se fundamentan en que la interpretación propuesta a la norma por la parte demandada sería contraria de plano a las previsiones del *art. 44 3. y 4 ET* y 3 de la Directiva, sino en su propia redacción.

Así, ambas normas establecen las obligaciones de información y consulta, tanto para cedente como para cesionario, lo que corrobora que tales obligaciones sólo adquieren sentido si lo son para con sus trabajadores respectivos ajenos a la transmisión, pues carecería de lógica que tales obligaciones se refirieran al colectivo de trabajadores cedidos, máxime cuando estos vienen legalmente obligados a aceptar la

sustitución de la persona del empresario. En tal sentido recordar que numerosas STS, *por todas la de 11-10-2004 RJ 7341* han sostenido el carácter imperativo del cambio de empresario para el trabajador cuando concorra un traspaso de empresa.

Además, de ambas normas (quizá con más claridad expositiva en la Directiva) se infiere que se trata de obligaciones separadas para cedente y cesionario y para cada uno con relación a sus respectivos trabajadores (tal como expresamente dispone el art. 7 de la Directiva), de modo que se trata de dos obligaciones diferenciadas que sólo adquieren sentido si se refieren a los trabajadores de las respectivas plantillas de cedente y cesionario, afectadas no por el fenómeno sucesorio en sí mismo, sino por sus consecuencias.

Ello supone también que incluso temporalmente el *art. 44.9 ET* no se pueda aplicar en la conformación del fenómeno sucesorio, sino que ha de consistir en una actuación de información y consulta separada de aquel si bien antes de que las medidas que afecten a los colectivos de trabajadores no cedidos a éstos se les vayan a aplicar, lo que acontecerá en ambos casos, tanto para los del cedente como para los del cesionario, como consecuencia y por tanto tras haberse producido el hecho sucesorio.

Y por ello la *STJUE de 14 de septiembre de 2000 el asunto Renato Collino C-343/98*, tras dejar sentado en su fundamentación *que la transmisión de empresa en ningún caso puede constituir por sí misma el motivo de dicha modificación (véanse, en particular, las sentencias de 10 de febrero de 1988, Tellerup, «Daddy's Dance Hall», 324/86, Rec. p. 739, apartado 17, y de 12 de noviembre de 1992, Watson Rask y Christensen, C-209/91, Rec. p. I-5755, apartado 28)* concluye indicando que *La Directiva 77/187 no se opone, sin embargo, a que el cesionario modifique las condiciones de dicha relación laboral en la medida en que el Derecho nacional admita tal modificación fuera del supuesto de la transmisión de empresa*

Y la *STJUE de 6-9-2011 asunto Scattolon C_108/10* considera como dos hitos diferenciados el fenómeno sucesorio determinante del respecto de las condiciones que disfrutaba el trabajador cedido con el empresario cedente, de su posible pero en todo caso ulterior modificación por el cesionario, cuando indica en su fundamentación:

Aunque de lo antes expuesto resulta que la Directiva 77/187 reconoce un margen de actuación que permite al cesionario y a las demás partes contratantes organizar la integración salarial de los trabajadores transferidos de manera que ésta se adapte debidamente a las circunstancias de la transmisión realizada, ello no obsta a que las modalidades elegidas deben ser conformes con el objetivo de dicha Directiva. Como el Tribunal de Justicia ha afirmado reiteradamente, ese objetivo consiste en esencia en impedir que los trabajadores afectados se vean en una situación menos favorable por la mera causa de la transmisión (sentencia de 26 de mayo de 2005, Celtec, C-478/03, Rec. p. I-4389, apartado 26 y la jurisprudencia citada, y acerca de la Directiva 2001/23, el auto de 15 de septiembre de 2010, Briot, C-386/09, apartado 26).

El ejercicio de la facultad de sustituir con efecto inmediato las condiciones de las que disfrutaban los trabajadores transferidos en virtud del convenio colectivo vigente en la empresa del cedente por las previstas en el convenio colectivo vigente en la del cesionario no puede por tanto tener por objeto ni como efecto imponer a esos trabajadores condiciones globalmente menos favorables que las aplicables antes de la transmisión. En caso contrario, la realización del objetivo pretendido por la Directiva 77/187 podría ser fácilmente frustrada en cualquier sector regido por convenios colectivos, lo que perjudicaría el efecto útil de esa Directiva.

Y también invalidando acuerdos adoptados durante la transmisión de empresa con el objeto de modificar las condiciones de los trabajadores cedidos se acaba de pronunciar el TS en dos recientes sentencias de 14-4-2014 RCU 2143/13 y 2232/13."

Por tanto el Acuerdo de 28 de noviembre de 2013 del que dimana la modificación individual de condiciones de trabajo comunicada a la actora al día siguiente ha incurrido en el fraude de ley apreciado en la sentencia recurrida, ya que se utiliza la interpretación equivocada art. 44.9 del ET para alterar las condiciones contractuales y convencionales de los trabajadores cedidos garantizadas en los arts 44.3 y 4 del ET, sustituyendo su convenio colectivo e imponiéndoles condiciones laborales distintas y más desfavorables de las que venían disfrutando en B. SA. Y las condiciones impuestas por B. SA a los trabajadores afectados entre ellos a la actora, para ser aplicadas en la cesionaria producida la transmisión se opone a la normativa nacional y comunitaria, que impone que tales modificaciones se acuerden en la empresa cesionaria y con los representantes de sus trabajadores para todo el colectivo de trabajadores de la empresa.

Además remitiendo el art. 44.9 del ET al cauce previsto en el art. 41.4 no se han expresado las causas motivadoras de la decisión, sin que las mismas puedan remitirse a la económica que fundamentó el expediente colectivo de febrero de 2013, ni pueda ser tenida por causa la transmisión de empresas, lo que equivale a que pese al acuerdo, que presume la causa, la inexistencia de la misma abunde en la declaración de ser nula la modificación de condiciones de trabajo que impuso B. SA a la demandante debiendo ser repuesta en las que disfrutaba con anterioridad, tal y como determina la sentencia.

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

Asimismo y de acuerdo con lo ordenado en el artículo 233.1 LPL, procede la imposición de costas a la parte vencida en el recurso.

FALLO

Desestimamos los recursos de suplicación interpuestos en nombre de B.SA y G.T.O.S SLP, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 2 de los de

Valencia, de fecha 13 de mayo de 2014; y, en consecuencia, confirmamos la resolución recurrida.

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

Se condena a las empresas recurrentes a que abonen al Letrado impugnante de los recursos la cantidad de 300 euros cada empresa.