

Sentencia núm. 169, de 24 de enero de 2017

Materia: Reclamación de cantidad. Diferencias salariales. Trabajadora que presta servicios como cuidadora y que tras determinado periodo es sustituida por otra trabajadora, si bien continúa ejerciendo sus funciones durante los fines de semana. Reclamación solidaria de salarios devengados y no percibidos.

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

Sala: Estima en parte el recurso, reconociendo a la actora determinada cantidad por salarios devengados y no percibidos. No existe responsabilidad solidaria debiendo responder solo la persona titular del hogar familiar donde la actora presta sus servicios de cuidadora.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- D^a. E.L. interpone en su día demanda contra la D. P.B.T. Y D^a A.B.S. ejercicio de acción de Reclamación de cantidad solicitando se la abone la cantidad de 9.548,97 euros por el concepto de salarios. La sentencia de instancia desestima la demanda, pronunciamiento frente al que se alza la parte actora formulando recurso de suplicación y solicitando se dicte Sentencia por la que se revoque la recurrida y en su lugar se dicte otra Sentencia en la que se reconozca a la actora como acreedora de la reclamación de cantidad formulada, interesando la condena personal y solidaria de los dos codemandados.

SEGUNDO.- Por el cauce del apartado b) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción social solicita la demandante, y hoy recurrente, la revisión del hecho probado cuarto de la Sentencia, para el que se propone la siguiente adición: *“La prestación del servicio, horario y duración de los servicios son los señalados en el hecho segundo de la demanda entre el 6-2-13 al 25-8-13 así como del cálculo dinerario del débito reclamado que se da por reproducido, dado que en la contestación a la demanda no fueron negados por las dos partes demandadas.”*

Tal pretensión revisoria la apoya la parte recurrente en el hecho de que en la demanda se refleja el horario que realizaba la actora y se recoge que del 6-2-13 al 25-8-13 realizó 2.688 horas de trabajo y dado que los demandados al contestar a la demanda no negaron la realidad de tal horario y horas de trabajo, ni el cálculo dinerario del débito reclamado, considera la parte recurrente que deben tenerse por ciertos tales hechos contenidos en la demanda.

En el hecho segundo de la demanda se hace constar que hasta el 30-6-13 estaba a cargo de la esposa de D. P. y de su madre política de 79 años, desde las 9 de la noche del domingo hasta las 9 de la mañana del domingo y que como quiera que el horario era insoportable desde el 1 de Julio fue reforzado contratando a otra

trabajadora a razón de 24 horas días alternos todos los días de la semana. De tal redactado de la demanda no se desprende desde luego cuál era el horario de la actora pues se limita a indicar la demanda que entraba a trabajar la noche del domingo a las 9 y finalizaba el domingo siguiente a las 9 horas pero sin indicar el horario que realizaba cada día. En todo caso, de tal hecho de la demanda se desprendería que a las 9 finalizaría su jornada y comenzaría a las 9 del día siguiente y así resulta que cada día haría 12 horas y no 16 como señala en su demanda en el hecho segundo. Por ello, en el periodo comprendido hasta el 30 de Junio la demanda no ofrece el horario concreto que realizaba en el domicilio de D^a A.B., y si ello es así difícilmente puede tenerse por reconocido un horario de trabajo concreto por los demandados cuando ni siquiera consta con claridad en la demanda. En todo caso, los demandados en su contestación lo que vienen a alegar es que no han mantenido relación laboral con la actora y que no le han abonado sueldo alguno, negando su condición de empleadores de la actora y si niegan tal condición de empleadores el hecho de que no contestaran de forma expresa a las afirmaciones de la demanda referidas a las horas de trabajo en modo alguno puede suponer que mostraban su conformidad con los hechos de la demanda pues niegan la premisa fundamental cual es la existencia de una relación laboral con la demandante que atribuye cada uno de los demandados al otro. Además, en cuanto al horario que dice realizaba de 24 horas en días alternos desde el día 1 de Julio del 2013, según el hecho probado 5 de la demanda que no se ha tratado de revisar, la empleada D^a A.M. pasó a prestar servicios en el domicilio de D^a A.B. el 16 de Julio del 2013 y no el 1 de Julio y para dedicarse al cuidado de D^a A.T., no constando pues no se refleja en ningún apartado de los hechos probados que a partir del 1 de Julio del 2013 la actora se ocupara ya de D^a A.T., pues ésta contrató a una empleada para llevar a cabo tal trabajo. Por ello tal horario que se fija en el hecho segundo de la demanda entraría en contradicción con el citado hecho probado y la mera falta de contestación de los demandados a tal extremo al negar como se ha indicado toda relación laboral con la actora, no puede implicar la conformidad de los mismos con las horas de trabajo reflejadas en la demanda. En cuanto a los cálculos realizados en el hecho segundo de la demanda en los que se fija el importe que considera le deben los demandados, estaríamos ante un concepto jurídico predeterminante del fallo pues precisamente la pretensión de la demanda es la de que se le deben una serie de diferencias salariales. Por ello en los hechos probados podrán reflejarse las bases a partir de las cuales se llegan a los cálculos de las cantidades reclamadas pero no las cantidades reclamadas como tales. De este modo lo único que procede adicionar en tal hecho probado cuarto es la retribución que señala la actora en su demanda que ha percibido y que asciende a 3.750 euros, pues estamos ante un extremo reconocido por la propia parte actora aunque no aporte prueba documental alguna que revele el abono de tal suma y por cuanto los demandados no han alegado ni acreditado que la trabajadora haya percibido una suma superior. Más allá del reflejo de tal retribución percibido no procede realizar alguna otra adición al hecho probado cuarto. Tal como señala reiterada jurisprudencia los hechos declarados probados pueden ser objeto de revisión mediante este proceso extraordinario de impugnación (adicionarse, suprimiese o rectificarse), si concurren las siguientes circunstancias:

a) que se concrete con precisión y claridad el hecho que ha sido negado u omitido, en la resultancia fáctica que contenga la sentencia recurrida;

b) que tal hecho resalte, de forma clara, patente y directa de la prueba documental o pericial obrante en autos, sin necesidad de argumentaciones más o menos lógicas, puesto que concurriendo varias pruebas de tal naturaleza que ofrezcan conclusiones divergentes, o no coincidentes, han de prevalecer las conclusiones que el Juzgador ha elaborado apoyándose en tales pruebas;

c) que se ofrezca el texto concreto a figurar en la narración que se tilda de equivocada, bien sustituyendo alguno de sus puntos, bien completándola;

d) que tal hecho tenga trascendencia para llegar a la modificación del fallo recurrido, pues, aun en la hipótesis de haberse incurrido en error, si carece de virtualidad a dicho fin, no puede ser acogida;

e) que en modo alguno ha de tratarse de una nueva valoración global de la prueba incorporada al proceso.

A la vista de tal doctrina como se ha indicado, más allá del reflejo de la retribución percibida, el resto de los elementos que trata de adicionar la recurrente al hecho probado cuarto, parten de argumentaciones, hipótesis y conjeturas que no pueden amparar la revisión pretendida.

TERCERO.- Como segundo motivo y por el cauce del art. 193 c) de la LRJS, formula denuncia de infracción por la sentencia de instancia por interpretación errónea del artículo 1-3 del RD 1620/2011 de 14 de noviembre e inaplicación del artículo 1-2 E.T. Considera así la recurrente que los dos demandados eran receptores de los servicios prestados y que por ello ambos deben ser condenados a abonar las cantidades reclamadas en la demanda.

El artículo 1-2 del RD 1620/2011 señala que se considera relación laboral especial del servicio de hogar familiar “la que conciertan el titular del mismo, como empleador, y el empleado que dependientemente y por cuenta de aquél, presta servicios retribuidos en el ámbito del hogar familia” añadiéndose en el apartado 3 que “a los efectos de esta relación laboral especial, se considerará empleador al titular del hogar familiar ya sea efectivamente o como simple titular del domicilio o lugar de residencia en el que se presten los servicios domésticos. Cuando esta prestación de servicios se realice para dos o más personas que sin constituir una familia ni una persona jurídica, convivan en la misma vivienda, asumirá la condición de titular del hogar familiar la persona que ostente la titularidad de la vivienda que habite o aquella que asuma la representación de tales personas, que podrá recaer de forma sucesiva en cada una de ellas.”

En el presente caso la titular del hogar familiar en el que se prestaban los servicios era D^a A.B. Además, según los hechos probados, a la actora se la contrató a través de la sobrina de la citada titular del hogar y para cuidar a la misma como persona mayor de edad avanzada, y consta además reflejado en tales hechos probados que tras el fallecimiento de D^a A.T. la actora siguió prestando servicios para D^a A.B.

hasta octubre del 2013 y desde esa fecha pasó a hacerlo sólo los fines de semana, no constando ni siquiera que haya cesado en la prestación de servicios para la misma. Así consta en el hecho probado sexto de la Sentencia que no se ha tratado de modificar, derivándose de todo ello que pese a que la actora también se encargara al menos hasta el mes de Julio del 2013 del cuidado de D^a A.T., hija de D^a A.B. y que se encontraba gravemente enferma, la empleadora de la actora era D^a A.B., titular del hogar familiar y que fue la que a través de su sobrina solicitó sus servicios que continuaron pese al fallecimiento de D^a A.T. Así lo refleja también la Sentencia de instancia y se corresponde con la previsión contenida en la actual regulación de la relación laboral especial de empleados del hogar, y derivado de ello el único demandado que podría responder de las consecuencias de la presente demanda es D^a A.B. No se aprecian por ello las infracciones alegadas en el escrito de recurso en relación a la responsabilidad en las consecuencias del presente procedimiento y puesto que las únicas infracciones alegadas hacen referencia a tal artículo 1 del RD 1620/2011 y al artículo 1-2 ET. y no se ha admitido la totalidad de la revisión interesada en el anterior motivo de recurso, constanding sólo la retribución percibida por la actora en su prestación de servicios pero nada acerca de su horario y jornada, ello lleva a desestimar la pretensión formulada en el recurso referida a las diferencias salariales por el exceso de horas que dice ha realizado.

Si bien no consta la jornada que desarrollaba la actora, como para que la misma fuera a tiempo parcial debería haberse suscrito un contrato de trabajo por escrito que así lo reflejara o al menos acreditarse por el empleador la jornada a tiempo parcial, como así se indica en el artículo 5 del RD 1620/2011, y no consta la suscripción del contrato de trabajo a tiempo parcial ni se acredita tal jornada a tiempo parcial, debe entenderse conforme al artículo citado que su jornada lo era a tiempo completo y ello supone que al menos debía percibir la actora el salario mínimo interprofesional que ascendía en el año 2013 a la suma diaria de 21,51 euros. Dado que la actora hasta el día 25 de agosto del 2013 reclamado prestó servicios 201 días, se le debió abonar la suma de 4.323,51 euros y como sólo percibió la suma de 3.750 euros, le corresponde por el concepto de diferencias salariales, no de un exceso de jornada sino de la jornada normal ordinaria la suma de 573,51 euros a cuyo abono procede condenar únicamente a D^a A.B. con absoluciónde D. P.B., estimando por ello de forma parcial la demanda formulada, condenando igualmente a dicha demandada a abonar el recargo del 10% en concepto de mora en el pago de conformidad con lo previsto en el artículo 29 E.T. No procede por otro lado conceder suma alguna por vacaciones pues consta que la actora siguió prestando servicios para tal demandada desde el 25 de agosto del 2013 y por ello no tenía derecho a la compensación económica de las vacaciones pretendida que sólo procede en el caso de cese antes de haberlas podido disfrutar y tal cese desde luego no consta se haya producido.

CUARTO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 235 LRJS, no procede la imposición de costas dada la condición de la recurrente de beneficiaria del derecho a la asistencia jurídica gratuita y la estimación parcial del recurso.

Por ello;

VISTOS los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

FALLAMOS

Que estimando en parte el recurso de suplicación interpuesto por la representación procesal de D^a E.L. contra la Sentencia de fecha veinte de Octubre del Dos Mil Quince dictada por el Juzgado de lo Social 16 de Valencia en autos 309/2014 seguidos a instancias de la recurrente contra D. P.B.T., D^a A.B.S. Y FOGASA sobre RECLAMACIÓN DE CANTIDAD, acordamos revocar en parte dicha Sentencia y estimar parcialmente la demanda formulada condenando a D^a A.B.S. a abonar a la actora por el concepto de diferencias salariales la suma de 573,51 euros más el recargo del 10% en concepto de mora en el pago, manteniendo la absolución de D. P.B.T. Sin costas.

2193

Sentencia núm. 207, de 26 de enero de 2017

Materia: Despido. Trabajadora que ejerce funciones de monitora en empresa demandada. La demandante deja de prestar servicios efectivos desde determinada fecha si bien la empresa abona los boletines de cotización y salarios hasta 14 meses después. A partir de entonces deja de abonarlos, señalando que la extinción de la relación laboral se produce por voluntad de la trabajadora.

Juzgado: Desestima la excepción de incompetencia de jurisdicción formulada por la parte demandada y desestima la demanda, absolviendo a los demandados de todas las peticiones deducidas en su contra en el presente procedimiento. Procede el despido.

Sala: Estima el recurso y declara improcedente la extinción de la relación laboral. No es la trabajadora la que ha cesado en la prestación de servicios, sino la empresa que unilateralmente ha prescindido de la trabajadora impidiéndole acceder a su trabajo.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. Se interpone recurso de suplicación por la representación letrada de la parte actora frente a la sentencia que desestimando la excepción de Incompetencia de Jurisdicción formulada por la empresa demandada, desestima la demanda instada en materia de despido.

2. El recurso se formula sin cita del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, denunciando la infracción por la sentencia de lo dispuesto en el art. 8.1 del Estatuto de los Trabajadores, con cita de la STS de 14-6-2012 (rec. 1637/11) y del art. 4.2 del ET, con cita de STS de 16-11-1998, 5-5-98, 4-7-88, 23-2-90, 3-10-90 y 4-12-89. Sostiene la recurrente que la empresa le comunicó el 4-12-14 que dejaba de abonarle el recibo mensual de salario, por lo que hasta dicha fecha existió relación laboral, ya que la prohibición anterior de acceder a la empresa fue decisión empresarial, que no constituyó despido tácito, pues continuo abonando el salario, de manera que no hubo un hecho o conducta concluyente que revelase la intención de la empresa de poner fin a la relación contractual.

Se declara probado en la sentencia que la actora fue socia fundadora y tesorera de la mercantil G.E.L.L. SAL, transformada, el 21-5-97, en sociedad limitada, con venta de acciones, pasando a ostentar el esposo de la actora 50, la actora 24, y cada una de las dos hijas de ambos 13 acciones, siendo administrador único el esposo. El matrimonio fue disuelto en sentencia de divorcio de 27-11-2006. La actora permaneció en el Régimen General del 30-3-93 al 31-7-97, y desde el 1-8-97 en el RETA como socia de la mercantil. La actora prestó servicios como monitora hasta agosto-2013, cuando se le prohibió el acceso a las instalaciones, no obstante la empresa continuó abonado

la cuota de autónomos y el importe nómina hasta noviembre-2014, remitiéndole escrito el 4-12-14 comunicando que ya no procedería al pago de los boletines de cotización de autónomos ni a abonarle su recibo mensual de salario por no tener obligación, ya que no prestaba servicios para la empresa. De lo que se deduce que desde agosto de 2013, la actora no presta servicios efectivos como monitora en la demandada, pues se le prohibió el acceso a las instalaciones, si bien la demandada continuó abonándole el importe de la nómina, por lo que en aquel momento no cabía deducir una voluntad extintiva empresarial, ni siquiera tácita, ya que continuó abonándole el salario, y en consecuencia la comunicación de fecha 4-12-2014, de la decisión empresarial de dejar de abonar el salario, sí que supone una decisión extintiva empresarial, que deviene improcedente, dado que se justifica en la no prestación de servicios por la actora, siendo que fue la empresa la que le había prohibido el acceso a las instalaciones, por lo que procede la estimación del recurso, condenado a la empresa a las consecuencias legalmente previstas en los art. 110 LRJS y art. 56 del ET, en atención al salario declarado probado en el hecho probado primero de 1.255,02€ mes (nómina-folio-190): 30= 41,83€/día.

FALLO

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de M.C.C.G., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº. 1 de los de Elche, de fecha 5-abril-2016; y, en consecuencia, revocamos la resolución recurrida, y con estimación de la demanda iniciadora de las presentes actuaciones declaramos la improcedencia del despido de la actora y condenamos a G.E.L.L. SL a que, a su opción, que deberá ejercitar en el plazo de cinco días desde la notificación de esta sentencia, readmita a la actora en las mismas condiciones que regían antes de producirse el despido con abono de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la notificación de esta sentencia en la cuantía diaria de 41,83 euros, o le abone la indemnización de 35.123,37 euros; con advertencia de que, de no ejercitar expresamente la opción concedida, se entenderá que se opta por la readmisión.

Sin costas.

2194

Sentencia núm. 219, de 31 de enero de 2017

Materia: Declaración de invalidez. Trabajador afiliado al RGSS que ejerce su actividad laboral como operario de carga y descarga en empresa aeronáutica. El actor causa baja laboral. Determinación situación de incapacidad. Aplicación art.137.4 o 137.5 de la LGSS.

Juzgado: Estima la demanda declarando al actor en situación de incapacidad permanente absoluta derivada de enfermedad común.

Sala: Estima el recurso y revoca la sentencia de instancia. Las limitaciones del actor le incapacitan para el ejercicio de su profesión habitual pero no para otro tipo de actividades de carácter más sedentario. Declara al actor afecta de incapacidad para ejercicio de profesión habitual.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En un solo motivo se fundamenta el recurso de suplicación interpuesto por el Letrado de la Administración de la Seguridad Social contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. Trece de los de Valencia que estima la demanda sobre reconocimiento de la situación de incapacidad permanente absoluta para todo trabajo, derivada de enfermedad común, habiendo sido impugnado dicho recurso por el demandante, conforme se expuso en los antecedentes de hecho.

SEGUNDO.- El único motivo se introduce por el apartado c del artículo 193 de la Ley de la Jurisdicción Social (LJS) y en él se imputa a la sentencia de instancia la infracción del número 5 del artículo 137 de la Ley General de la Seguridad Social de 20 de junio de 1994 por cuanto que las dolencias que presenta el demandante y que aparecen fijadas en los hechos probados cuarto y sexto, le limitan para la deambulación, bipedestación prolongada, manejo de cargas y cualquier actividad que requiera postura mantenidas de brazos por encima de la cintura, pero no le anulan por completo su capacidad laboral, pudiendo desempeñar tareas de tipo sedentario.

Para dilucidar la cuestión controvertida se ha de tener presente que, dado el carácter marcadamente profesional de nuestro sistema de protección social en relación con la incapacidad permanente, lo que interesa valorar es, cuál sea la capacidad laboral residual que, las secuelas que han sido tenidas como definitivas, permiten al afectado. Y ello, bien sea para la que haya venido siendo su profesión habitual hasta el momento de acaecer la incidencia presuntamente invalidante (STS de 23-11-2000), o bien, en general, para cualquier otra actividad u oficio. De donde derivará una u otra calificación de las mismas, de acuerdo con los distintos tipos invalidantes que vienen legalmente previstos, actualmente en el artículo 137 de la Ley General de la Seguridad Social de 20-6-1994 (Parcial para el trabajo habitual, Total para el trabajo habitual, o Absoluta para toda clase de trabajo).

En el presente caso para relacionar las limitaciones orgánicas y funcionales que se derivan de la patología del demandante con la capacidad laboral del mismo, se habrá de estar al inalterado relato de hechos probados de la sentencia de instancia y a las afirmaciones de hechos contenidas en la fundamentación jurídica de la misma. De dichos datos interesa ahora destacar que el demandante nacido el 15-6-1979, tiene como profesión habitual la de operario de carga y descarga en la compañía aérea X., siendo su cuadro clínico residual el siguiente: - A nivel cervical: rectificación de la lordosis fisiológica cervical sin listesis de los cuerpos vertebrales. Mínima uncoartrosis derecha en C3-C4, que unida a protusión discal condiciona reducción de calibre del agujero de conjunción, donde contacta con la raíz sin colapsar la columna anterior de LCR. Leve alteración del contorno posterior del disco C5-C6 que no condiciona compromiso significativo de espacio. En C6-C7 el disco presenta protusión posterior y paracentral izquierda que condiciona reducción de diámetros de canal sin comprimir la médula.

-A nivel lumbar: rectificación de la lordosis fisiológica. Discopatía degenerativa L5-S1 que asocia protusión discal leve central-paramedial izquierda, así como material blanco que engloba la raíz S1 del receso izquierdo, el cual realza tras la administración de gadolinio intravenoso, compatible con fibrosis postquirúrgica Facetas prominentes bilaterales, que se proyectan a los recesos. Resección parcial de lámina izquierda. I.D: protusión discal central-paracentral izquierda L5-S1, acompañada de fibrosis postquirúrgica en receso izquierdo. Las patologías del demandante le ocasionan una seria dificultad para la deambulación, no puede mantener una bipedestación prolongada y está imposibilitado para cualquier actividad que requiera manejo de cargas o requiera posturas mantenidas de brazos por encima de la cintura.

Las limitaciones orgánicas y funcionales que aquejan al actor si bien le inhabilitan para el desempeño de su profesión habitual de operario de carga y descarga en la compañía aérea X., haciéndole acreedor de la prestación de incapacidad permanente total para la profesión habitual, tal y como ha reconocido la Entidad Gestora, no le privan por completo de su capacidad laboral ya que las mismas son compatibles con el desempeño de trabajos sedentarios y que no requieran manejo de cargas ni mantener los brazos por encima de la cintura, de modo que en la actualidad no está privado por completo de capacidad laboral, siendo capaz de desplazarse de forma autónoma y someterse a la disciplina inherente a una actividad reglada, sin que quepa tener en cuenta ahora otras circunstancias tales como la capacitación profesional o la precariedad del mercado laboral, por ser las mismas ajenas a la cuestión enjuiciada, esto es, a la determinación del grado de incapacidad permanente en el que se encuentra el actor, grado que es el de incapacidad permanente total para la profesión habitual, por lo que su situación es incardinable en el apartado 4 y no en el 5 del artículo 137 de la Ley General de la Seguridad Social, en su redacción originaria tal y como indica el Letrado de la Administración de la Seguridad Social, lo que determina la estimación del recurso y la revocación de la sentencia de instancia a fin de desestimar la demanda.

FALLO

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre del Instituto Nacional de la Seguridad Social contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social n.º Trece de los de Valencia de fecha 9 de diciembre de 2015 en virtud de demanda presentada a instancia de D. R.M.C.M. contra la entidad gestora y, en consecuencia, revocamos la sentencia recurrida y desestimando la demanda, absolvemos al Instituto Nacional de la Seguridad Social de los pedimentos deducidos en su contra.

Sin costas.

2195

Sentencia núm. 227, de 31 de enero de 2017

Materia: Declaración de invalidez. Trabajador en alta en el RETA que presta sus servicios como representante comercial. El actor está aquejado de una serie de lesiones que le incapacitan para el ejercicio de su profesión. Solicitud de declaración de incapacidad absoluta o subsidiariamente incapacidad permanente total. El actor ha solicitado pensión anticipada de jubilación. Posibilidad de declarar la invalidez a una persona jubilada anticipadamente.

Juzgado: Desestima la demanda, absolviendo a la Entidad Gestora de las pretensiones deducidas frente a ella.

Sala: Procede declarar la situación de incapacidad permanente total derivada de enfermedad común para su profesión de representante comercial de artículos de piel autónomo, con derecho a percibir la prestación del 75% de la base reguladora de 1.195,54 € con efectos desde determinada fecha.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Recurre el actor, sin impugnación de contrario, la sentencia que ha desestimado su demanda sobre invalidez Permanente, desestimando tanto la pretensión principal (IPA) como subsidiaria (IPT).

El recurso se estructura en dos motivos. En el primero, por el apartado b) del art. 193 de la LRJS solicita la introducción en la sentencia de un nuevo hecho que diga “El actor solicitó pensión de jubilación anticipada a la edad de 63 años, que le fue reconocida por resolución de la Dirección Provincial del INSS de 16 de mayo de 2014, con efectos 1 de junio de 2014, en porcentaje del 87% sobre una base reguladora de 1.021,93 €, acreditando en la fecha de jubilación un periodo de cotización de 15 años y 364 meses (en total, más de 45 años cotizados).”, lo que apoya en los documentos 34 a 36 de su prueba que son el reconocimiento de esa jubilación y el cálculo de la base reguladora. La necesidad de que figure en la sentencia tal hecho se justifica en el recurso en que se complete la sentencia con un dato que determina la imposibilidad de trabajar del demandante, que pese al periodo cotizado se ha visto en la necesidad de solicitar la jubilación con las reducciones legales. Y se estima el añadido que además de completar la sentencia permite que después valoremos el dato acreditado.

SEGUNDO.- En censura jurídica, por la letra c) del art. 193 de la LRJS, denuncia el segundo motivo la infracción del art. 137.4 de la LGSS de 1994. Argumenta el recurso, en síntesis, que ya en el informe propuesta se reconoce al demandante un cuadro clínico y limitaciones incompatibles con la realización de su profesión de representante de comercio/ viajante que requieren la conducción de un vehículo todos los días, así como la manipulación de cargas por lo que debió declararse la IPT derivada de enfermedad común que solicita.

Para decidir el recurso hay que partir de los datos que figuran en el relato probado de la sentencia a los que se les aplicará el precepto que se dice infringido transcrito literalmente en la sentencia, lo que hace innecesario que lo volvamos a reproducir. El actor, nacido el día 9/05/1951, de profesión habitual representante (comercial) de artículos de piel, inició situación de incapacidad temporal por “desplazamiento disco intervertebral lumbar sin mielopatía” el 7/11/12, permaneciendo en dicha situación hasta el 1/07/13, que fue alta por “propuesta de incapacidad”. Con anterioridad, había permanecido en situación de incapacidad temporal desde el 17/11/10 hasta el 28/03/12 por “contusión de múltiples sitios”. La Dirección Provincial del INSS de Valencia tramitó, de oficio, expediente para la calificación de la incapacidad permanente, que terminó con la resolución de 15 de julio de 2013, que acordó denegar la prestación de incapacidad permanente por no alcanzar las lesiones que padece un grado suficiente de disminución de su capacidad laboral para ser constitutivas de una incapacidad permanente. Dice la sentencia que el actor padece: Protusión discal C5-C6 y L5-S1, discopatía degenerativa multinivel. Realizada RM lumbar en fecha 5/03/13 se concluyó la existencia de “rectificación de la lordosis cervical. Discopatía degenerativa con protusión discal C5-C6. Espondilosis global con discopatía degenerativa dorsal y lumbar multinivel. Irregularidades discales con hernias intraesponjosas en el segmento dorsal bajo. Esclerosis con disminución del espacio D11-D12. Listaseis L3-L4. Discopatía generativa con protusiones discales múltiples en región lumbosacra. Artrosis facetaria con hipertrofia de los ligamentos amarillos L2-L3, L3-L4. Protusión lateral izquierda L5-S1. Estos cambios condicionan una estenosis de canal segmentada en L3-L4 por componente discal y facetario”. Realizada EMG de miembros inferiores en fecha 22/04/13 se concluye “estudio electrofisiológico dentro de la normalidad”. En fecha 23/05/13, facultativo del servicio de neurocirugía del Hospital de la Ribera de Alzira emitió informe en el que concluye que el demandante padece “dolor dorso lumbar irradiado a ambos miembros inferiores sin características radiculares (no claudicación ni cialgia clínicas). Espondiloartrosis severa con discopatía degenerativa dorso-lumbar multinivel. No creo viable un tratamiento quirúrgico sobre raquis, que de un mínimo nivel de garantía de mejoría de su dolor. Se trata de una patología orgánica e irreversible. Desde el punto de vista clínico se prevé evolución crónica, sin tendencia a mejoría global futura significativa. Se recomienda evitar sobreesfuerzos, carga de pesos y situaciones de sobrecarga mecánica o posturas sobre elementos raquídeos”.- Depresión reactiva. A fecha del dictado de la resolución que es objeto de impugnación, el demandante se encontraba en tratamiento, como crónico, con Escitalopram 20 mg, Lyrica 75 mg y Transtec 52,5mcg/h 5.

Pues bien, con estos datos, y contrariamente a lo razonado en la sentencia recurrida, no hay duda de que el demandante no podrá seguir desarrollando su profesión de comercial, que aunque sea por cuenta propia requiere la utilización del vehículo para desplazarse y enseñar a los clientes los productos de piel que comercializa a fin de efectuar los pedidos que conforman su quehacer laboral, y la conducción del vehículo ya compromete la columna que tiene totalmente afectada pues la postura es mantenida, y el transporte de los productos hasta el cliente exige carga moderada de pesos, sobrecarga mecánica de la columna y posturas

contraindicadas. En definitiva no imaginamos como una persona con las afecciones y limitaciones que presenta el demandante puede soportar la jornada laboral con un mínimo de rendimiento y profesionalidad teniendo las afecciones doloras y limitaciones crónicas que determina la sentencia y de las que está siendo tratado. En consecuencia, se está en el caso de estimar el recurso y en parte la demanda para dar lugar a la pretensión subsidiaria declarado al demandante en situación de IPT.

Y a ello no se opone el que el actor esté jubilado anticipadamente, y ello aunque la fecha de efectos de la incapacidad, según expresa la sentencia deba situarse el mismo día de efectos de la jubilación por haber permanecido el trabajador de alta en el RETA hasta el 31-5-2014 (hecho sexto). En efecto, tal y como ha señalado la STS de 21 de enero de 2015 (rec. 491/2014) interpretando el art. 138.1 párrafo segundo de la LGSS de 1994 es posible que se declare la invalidez a un jubilado anticipadamente "Como poníamos de relieve en la STS/4ª de 22 de marzo de 2006 (rcud. 5069/2004), que sirve de contraste, la Ley 24/1997, de 15 de julio, de Consolidación y Racionalización del Sistema de Seguridad Social, modificó el art. 138.1 LGSS, añadiendo un segundo párrafo cuya literalidad era la siguiente: " No se reconocerá el derecho a las prestaciones de incapacidad permanente, cualquiera que sea la contingencia que las origine, cuando el beneficiario, en la fecha del hecho causante, tenga la edad prevista en el apartado 1.a) del artículo 161 de esta Ley y reúna todos los requisitos para acceder a la pensión de jubilación en el sistema de la Seguridad Social ".

A raíz del RDL 16/2001, de 27 de diciembre, de medidas para el establecimiento de un sistema de jubilación gradual y flexible y de la posterior ley 35/2002, de 12 de julio, de medidas para el establecimiento de un sistema de jubilación gradual y flexible, el texto -hoy vigente- quedó redactado del siguiente modo: " No se reconocerá el derecho a las prestaciones de incapacidad permanente derivada de contingencias comunes cuando el beneficiario, en la fecha del hecho causante, tenga la edad prevista en el apartado 1.a) del artículo 161 de esta Ley y reúna los requisitos para acceder a la pensión de jubilación en el sistema de la Seguridad Social".

2. Dicho cambio normativo motivó en su día que se adoptara la doctrina que luce en la mencionada sentencia, dictada por el Pleno de esta Sala, concluyendo, en esencia, con la posibilidad de que los pensionistas de jubilación anticipada pudieran ser beneficiarios de prestaciones de incapacidad permanente.

Así lo reiterábamos en la STS/4ª de 13 junio 2007 (rcud. 2282/2006) y debemos hacerlo una vez más en este caso, ya que el sustrato legal actual, reguladora del presente supuesto, se mantiene idéntico. Por ello ha de seguir primando la remisión que el citado párrafo segundo del art. 138.1 LGSS hace al art. 161.1 a) del mismo texto legal, aun cuando, tras la entrada en vigor de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, esto suponga ahora un incremento de la edad ordinaria de jubilación y haya de acudir, asimismo, a lo dispuesto en la Disp. Trans. 4ª.4 LGSS. "

En consecuencia procede declarar la IPT, siendo que desde esta situación en su momento se pasará a la jubilación tal y como establece el art. 143.3 de la LGSS de 1994.

FALLO

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de D. J.LI. C., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 6 de los de Valencia de fecha 13 de noviembre de 2015; y en consecuencia revocamos la sentencia recurrida y estimamos en parte la demanda del recurrente contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, declaramos al actor afecto de Incapacidad Permanente Total derivada de enfermedad común para su profesión de representante comercial de artículos de piel autónomo, con derecho a percibir la prestación del 75% de la base reguladora de 1.195,54 € con efectos 31-5-2014.

Sin costas.

2196

Sentencia núm. 336, de 8 de febrero de 2017

Materia: Prestación por cuidado de hijo. La actora solicitó y le fue concedida prestación de cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave. Posteriormente, se procede a extinguir esta prestación al no reunir los requisitos necesarios para su devengo (necesidad de cuidado directo, continuo y permanente).

Juzgado: Desestima la demanda, absolviendo a las demandadas de las peticiones contenidas en el suplico de la demanda. No procede la prestación.

Sala: Estima el recurso y revoca la sentencia de instancia. Aunque se aprecia cierta mejoría del menor, concurren las condiciones exigidas para otorgar y mantener la prestación solicitada. No se aprecia una recuperación en el grado de dependencia.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. El presente recurso se articula en dos motivos que se formulan respectivamente con amparo procesal en los apartados b y c del artículo 193 de la LRJS. En el primer motivo la recurrente solicita la modificación del hecho probado tercero para adicionar al mismo que como consta en el informe clínico aportado (documento 23 de su ramo de prueba) el menor se encuentra en una situación de gran dependencia.

2. La propuesta debe ser desestimada. En primer lugar tal y como viene sosteniendo esta Sala de forma reiterada entre otras en la sentencia de 11/06/2013 dictada en el recurso 3093/2012 es doctrina jurisprudencial consolidada contenida en las sentencias del Tribunal Supremo de 16 de marzo y 5 de mayo de 1987, 3 de marzo de 1998 y 11 de diciembre de 2003, la que sostiene de forma unánime que el recurso de suplicación es un recurso extraordinario que solo puede prosperar por los motivos enumerados taxativamente en la norma procesal laboral (artículos 193 a 196 de la LRJS). De acuerdo con la citada doctrina la Sala de suplicación puede revisar los hechos declarados probados únicamente en virtud de error manifiesto de valoración de prueba documental o pericial, quedando vinculada con carácter general y fuera de la excepción señalada a la declaración de hechos probados que efectúe la instancia. En este sentido, cabe recordar que para que una revisión de hechos pueda prosperar, se requiere el cumplimiento de los siguientes requisitos: 1º) Fijar qué hecho o hechos han de adicionarse, rectificarse o suprimirse. 2º) Precisar los términos en que deben quedar redactados los hechos probados y su influencia en la valoración del signo del pronunciamiento. 3º) Citar concretamente la prueba documental que, por sí sola, demuestre la equivocación del juzgador, de una manera manifiesta, evidente y clara, respetando escrupulosamente las facultades valorativas de los elementos de convicción que competen al juez de instancia por razón del artículo 97.2º LPL. 4º) Y que la revisión propuesta sea trascendente para el fallo, de tal manera que pueda tener virtualidad modificativa de aquél.

3. En el presente caso no se aprecia error alguno de valoración de la prueba documental. La adición propuesta es una conclusión y no un hecho objetivo, siendo plenamente compatible con la redacción actual del relato fáctico y en consecuencia debe ser rechazada.

SEGUNDO.-1. En el segundo motivo del recurso la recurrente alega infracción de lo dispuesto en el artículo 135 quáter de la LGSS, actualmente artículo 190 TRLGSS, RD Legislativo 8/2015, de 30 de octubre en relación al artículo 2 del RD 1148/2011, de 29 de julio. Sostiene en definitiva que a pesar de la escolarización del menor no se ha producido ninguna mejoría en su enfermedad y que el grado de dependencia sigue siendo el mismo por lo que no procede extinguir la prestación inicialmente reconocida.

Tal como reza la norma invocada por la entidad colaboradora en su decisión la prestación reconocida se extinguirá cuando, previo informe del Servicio Público de Salud u órgano administrativo sanitario de la Comunidad Autónoma correspondiente, cese la necesidad del cuidado directo, continuo y permanente, del hijo o del menor acogido por parte del beneficiario, o cuando el menor cumpla 18 años."

2.-La cuestión controvertida en el caso que nos ocupa se limita pues a determinar si una vez reconocida la prestación reclamada, concurre causa de extinción de la misma y más concretamente si tal como entiende la sentencia de instancia el hecho de que el menor no esté hospitalizado y haya sido escolarizado y sometido a rehabilitación terapéutica incide en el grado de dependencia y en la necesidad de cuidado directo continuo y permanente del menor.

La interpretación de la norma aplicada ha sido objeto de resoluciones diferentes en la medida que aplican con mayor o menor laxitud el concepto legal analizado, la sentencia de instancia sigue la línea marcada entre otras por las salas de lo Social de la Comunidad de Madrid y Cantabria y considera que se han producido cambios sustantivos que afectan a la dependencia del menor o al menos a los tiempos necesarios de dedicación y cuidado por parte de la progenitora, por lo que declara bien extinguida la prestación.

La sala IV del tribunal Supremo sin embargo se ha pronunciado frente a las dos posiciones mantenidas por las Salas de los Tribunales Superiores y en su STS de 28/6/2016, recurso 80/2015 casa y revoca la sentencia del TSJ de Cantabria de 11/11/2014 a la que se remite el Juzgador de instancia. Entiende la Sala IV que *la finalidad de la prestación es, tal y como pone de relieve la exposición de motivos del RD 1148/2011, de 29 de julio, compensar la pérdida de ingresos que sufren las personas interesadas al tener que reducir su jornada, con la consiguiente disminución de salarios, ocasionada por la necesidad de cuidar de manera, directa, continua y permanente de los hijos o menores a su cargo durante el tiempo de hospitalización y tratamiento continuado de la enfermedad, fuera del centro hospitalario, por lo que el subsidio viene predeterminado por la reducción efectiva de la jornada laboral y por las circunstancias en que ésta se lleva a cabo por las personas trabajadoras. El examen de los preceptos aplicables, anteriormente transcritos, conduce a la Sala a entender que el hecho de que el menor esté escolarizado, recibiendo los tratamientos y educación a la que se ha hecho referencia anteriormente, no impide que se aprecie que concurren las circunstancias exigidas para la concesión de la prestación solicitada. En primer lugar,*

en ninguno de los preceptos aplicables, artículo 135 quáter de la LGSS y artículo 2 del RD 1148/2011, de 29 de julio, se exige que esta necesidad de cuidar de manera, directa, continua y permanente al menor suponga la atención al mismo durante las 24 horas del día, los preceptos requieren que el cuidado sea directo, continuo y permanente pero, en modo alguno tal exigencia es equiparable a cuidado durante el día entero. En segundo lugar, al establecerse por el artículo 135 quáter de la LGSS y artículo 2 del RD 1148/2011, el subsidio a favor del progenitor, adoptante o acogedor, siempre que la jornada se reduzca, al menos en un 50%, supone que el solicitante del subsidio no va a dedicar la totalidad de su tiempo al cuidado del menor, ya que una parte del mismo la dedica a la realización de su trabajo. En tercer lugar, el que el menor esté escolarizado en un colegio público, donde recibe atención de fisioterapeuta, profesora de audición y lenguaje, profesora de pedagogía terapéutica y auxiliar técnico educativa, no supone, dada la gravedad de sus dolencias y las severas limitaciones que comportan, que durante el tiempo en el que permanece en su domicilio no tenga que ser objeto de intensos cuidados por parte de su madre, de manera, directa, continua y permanente. En cuarto lugar, no está prevista, como causa de extinción de la prestación, el que el menor esté escolarizado. En quinto lugar resulta impensable, hoy en día, que ningún menor, por severas que sean las limitaciones que padece, no acuda a algún centro de escolarización, tratamiento, centro especial... para, en la medida de lo posible, mejorar su situación e intentar que adquiera los conocimientos que su situación le permita.

3. En el presente caso tal y como se desprende del relato de hechos probados no se constata ni una remisión de la enfermedad ni una recuperación en el grado de dependencia, sin que los tratamientos recibidos alteren según la doctrina expuesta la necesidad de cuidado continuo y permanente por parte de la progenitora con la correspondiente repercusión en su actividad laboral y en consecuencia en su capacidad económica. Lo que sin duda justifica que se mantenga la prestación al considerar que se mantiene la necesidad de cuidado directo continuo y permanente, en los términos que acota la Doctrina Judicial expuesta.

CUARTO.- Por todo lo razonado procede la estimación del recurso formulado, reconociendo el derecho de la demandante a percibir la prestación económica por cuidado de menor afectado por una enfermedad grave.

Por todo lo expuesto,

FALLO

Procede la estimación del Recurso interpuesto D^a M.J.M.C. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Valencia de fecha 25 de noviembre de 2015, y en consecuencia revocamos la citada sentencia y estimamos la demanda iniciadora del presente procedimiento dejando sin efecto el acuerdo extintivo de la prestación de 3 de diciembre de 2013 y reconocemos el derecho de la actora a seguir percibiendo la prestación por cuidado de hijo menor afectado por enfermedad grave en los términos inicialmente reconocidos, condenando a la demandada MUTUA X. a estar y pasar por dicha declaración.

2197

Sentencia núm. 345, de 8 de febrero de 2017

Materia: Sanción y reintegro de prestaciones. Devolución de prestación de maternidad por connivencia en la obtención indebida de la misma. Impugnación sanción administrativa. Derecho a la prestación.

Juzgado: Desestima la demanda, absolviendo a las codemandadas de los pedimentos formulados en su contra y ratificando la resolución administrativa recurrida.

Sala: Estima el recurso y revoca la resolución recurrida, dejando sin efecto la sanción de extinción. Se condena al organismo demandado al reconocimiento de la prestación.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-Se recurre por el letrado designado por doña C.R.V., la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº.1 de Alicante que desestimó su demanda por la que se impugnaba la resolución del Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) que le reclamó la cantidad de 4.286,32 euros, correspondiente a la prestación de maternidad percibida en el periodo comprendido entre los meses de abril y julio de 2011.

2. En la resolución de 20 de abril de 2012 se acordó por el INSS imponer a la Sra. R. la sanción de extinción de la prestación de maternidad desde el 8 de abril de 2011 y el reintegro de las cantidades indebidamente percibidas, como consecuencia del acta de infracción levantada por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social que apreció connivencia con la empresa I.R. S.L. para la “obtención indebida de la prestación de maternidad”.

SEGUNDO.-1. En el primer motivo del recurso se solicita al amparo del apartado b) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS) la adición al hecho probado quinto de un párrafo (que se da por reproducido) en el que, en esencia, se diga que las ventas de la empresa fueron las siguientes: Del 1 de febrero al 31 de julio de 2010: 238.411,06 €; del 1 de septiembre al 31 de diciembre de 2010: 258.160,37 €; del 1 de enero al 28 de febrero de 2011: 60.941,50 € y del 1 de abril al 30 de septiembre de 2011: 155.636,17 €.

2. Esta petición no puede ser atendida pues los documentos que se invocan en su apoyo –folios 175 a 178- no son documentos públicos ni están incorporados a ningún registro público, sin que tampoco conste que hayan sido averados a presencia judicial y sometidos a contradicción por la empresa a la que se refieren.

Por lo demás, las cifras que se pretenden incorporar tampoco servirían para acreditar el cumplimiento de la cláusula 2ª pactada en el mes de agosto de 2010, pues don F.R.V. se incorporó a su puesto de trabajo antes del transcurso de los seis meses

que se pactó en ella.

TERCERO.-1. El segundo motivo del recurso se dice redactado al amparo del apartado c) del artículo 193 LRJS, y aunque no se cita la norma sustantiva ni la concreta doctrina jurisprudencial que se considera infringida, sí que se argumenta acerca de la “incorrecta interpretación y aplicación de la doctrina jurisprudencial (...) respecto el Fraude de Ley”. Se desarrolla en este apartado del motivo una tesis que no cuenta con el necesario sustento fáctico en la sentencia, pues se alude a que el trabajo de la demandante supuso un beneficio empresarial que no se comprobó hasta el mes de marzo de 2011, y a que con posterioridad al nacimiento del hijo se produjo una reducción de jornada con disminución de funciones que mermaron las ventas de la empresa. Pero como hemos dicho nada de esto figura en el relato de hechos probados de la sentencia, de los que este tribunal debe partir para resolver el recurso.

2. También se dice en el apartado 2 del motivo que, en cualquier caso, la prestación le fue reconocida sobre una base de cotización de 38,11 euros/día y no sobre los 3.230,10 euros/mes que fue la base por la que se cotizó en el mes de marzo de 2011, por lo que “la acción no es típica, o en todo caso lo sería en grado de tentativa, por lo que no es posible la imposición de la sanción propuesta”.

3. Para resolver el recurso debemos partir del contenido de la resolución por la que se impuso a la Sra. R. la sanción que se impugna en este procedimiento. En dicha resolución se acordó imponerle la sanción de extinción de la prestación de maternidad con efectos de 8 de abril de 2011, así como el reintegro de las cantidades indebidamente percibidas como autora de una infracción “tipificada como MUY GRAVE, a tenor de lo dispuesto en el artículo 26.3 del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto”. Pues bien, lo que se califica en este precepto como infracción muy grave es: “La connivencia con el empresario para la obtención indebida de cualesquiera prestaciones de la Seguridad Social”. Ahora bien, lo que resulta del relato de hechos probados de la sentencia, es que la Sra. R. cumplía los requisitos exigidos por el artículo 133 ter LGSS/1994 para acceder a la prestación de maternidad –al menos nadie discute que ello sea así-, si bien lo que se cuestiona es que la base de cotización del mes de marzo de 2011 –mes anterior al parto- se elevó artificialmente para incrementar el importe de la prestación de maternidad a la que tenía derecho. Así pues, resulta que se sancionó a la Sra. R. por una conducta –connivencia para la obtención indebida de una prestación- que no cometió. Es verdad que la acción realizada por la recurrente podría tener encaje en el apartado 1 del artículo 26 LISOS, que sanciona la actuación fraudulenta realizada “con el fin de obtener prestaciones indebidas o superiores a las que correspondan”, pero lo que no resulta posible es imponer una sanción por una infracción que no se ha cometido, por lo que procede estimar el recurso y dejar sin efecto la sanción impuesta.

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

FALLAMOS

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de DOÑA C.R.V. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº. 1 de Alicante de fecha 10 de diciembre de 2014; y, en consecuencia, revocamos la resolución recurrida y con estimación de la demanda dejamos sin efecto la sanción de extinción de la prestación de maternidad, condenando a la Instituto Nacional de la Seguridad Social a estar y pasar por esta declaración con las todas las consecuencias inherentes.

Sin costas.

2198

Sentencia núm. 443, de 21 de febrero de 2017

Materia: Conflicto colectivo. Personal al servicio de ente ferroviario. Estructura personal Unidades de Vía y Obra. Percibo de comisiones compensatorias por traslado forzoso de los trabajadores de Vía y Obra a otro local. Acuerdo movilidad geográfica.

Juzgado: Desestima la demanda absolviendo a la parte demandada de los pedimentos frente a ella deducidos. No procede el percibo de las comisiones reclamadas.

Sala: Desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia. Procede por parte de la empresa aplicar la movilidad geográfica de los trabajadores afectados sin coste alguno.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia de instancia, que desestimó la demanda sobre percibo de comisiones compensatorias por el traslado forzoso a talleres C. de los trabajadores de la Brigada de Vías y Obras, es recurrida en suplicación al amparo de los apartados b) y c) del art. 193 de la LRJS.

Comenzando con el análisis de la revisión fáctica, se solicita en primer lugar por el recurrente que se añada en el último inciso del hecho probado 1º el siguiente texto: “Los agentes que conforman un bloque funcional, según se expone en este mismo documento que pudieran promocionar dentro de su rama a través de la prueba teórico-práctica (obreros 2º y Ayudantes de vía) no variarán por dicha circunstancia su residencia y la condición de definitiva a efectos de un eventual traslado forzoso”. No damos lugar a esta incorporación ya que se trata de añadir una parte del texto del Acuerdo 8-1-2001, documento que no ha sido discutido ni impugnado por las partes, resultando irrelevante e intrascendente para alterar el signo del fallo que el mismo se transcriba en su totalidad o parcialmente en el factum.

Seguidamente se solicita que en el hecho probado 4º se elimine la expresión “acuerdo de aplicación del ERE”, con el que se denomina el acuerdo de 10-7-2013, pues consistió en un acuerdo orientado a reorganizar las Brigadas de Vías y Obras como consecuencia de que algunos trabajadores de la misma fueron prejubilados. No admitimos esta supresión ya que plasma la convicción alcanzada por el juez a quo tras la conjunta valoración de la prueba documental, sin que se detecte el patente error del juzgador de instancia. Téngase en cuenta que el requisito de la literosuficiencia no se cumple cuando los documentos o pericias invocados para la revisión pretendida entran en contradicción con otros elementos de prueba obrantes en las actuaciones, dado que en la medida en que de los mismos puedan extraerse conclusiones contrarias o incompatibles, debe prevalecer la solución fáctica alcanzada por el juez a quo, órgano judicial soberano para la apreciación de la prueba (TSJ CV 3-3-2005).

Respecto del hecho probado 8º (“La distancia entre los municipios de Alicante y Campello es de 8 kilómetros 325 metros”) la recurrente solicita se tenga por no puesto, lo que de nuevo y por las mismas razones que acabamos de exponer se desestima. La juez de instancia, en uso de su facultad valorativa efectuada conforme a lo dispuesto en el art. 97.2 de la LRJS y sobre la que no se patentiza error manifiesto alguno, expresa que el combatido hecho probado lo obtiene de los documentos folios 75 a 79 de la demandada, lo que es perfectamente posible ya que, como reiteradamente ha dicho esta Sala, no cabe olvidar que en el proceso laboral la valoración de la prueba en toda su amplitud únicamente viene atribuida por el art. 97.2 de la LRJS al juzgador de instancia, permitiéndole la misma y su libre apreciación, el apoyarse en todos los informes aportados, en sólo algunos, en uno de ellos o en determinada parte de uno o varios, desechando los demás, u otra u otras partes de uno sólo o de un conjunto documental. Por todo ello carece de apoyo la supresión interesada.

SEGUNDO.-Al amparo de lo dispuesto en el art. 193 c) de la LRJS la recurrente denuncia que la sentencia vulnera la cláusula Sexta del Acuerdo de 10 de julio de 2013 en relación con los acuerdos de desconvocatoria de huelga de 27-3-2007 en cuyo último párrafo del punto 3º se recoge que: “La Dirección de F.G.V, se compromete a ofrecer estas mismas condiciones a todos los trabajadores con residencia laboral en Alicante que en un futuro tengan que ser trasladados de manera forzosa a Talleres C.”. La parte recurrente manifiesta su disconformidad con la tesis de la sentencia de instancia sobre que el traslado de la Brigada de Vías y Obras se realiza en aplicación del ERE que suponía medidas de movilidad geográfica que debían ser asumidas por los trabajadores sin compensación alguna, salvo las legales. Para la recurrente el traslado del personal indicado se realiza como consecuencia del acuerdo de 10-7-2013 que no tiene naturaleza de “acuerdo de aplicación del ERE”. El traslado no se hace como medida de movilidad geográfica adoptada en el ERE, sino como consecuencia de la reorganización del servicio de vías y obras, por lo que le es plenamente de aplicación el acuerdo de desconvocatoria de huelga de 2007 y no hay razón para que al colectivo de las Brigadas de Vías y Obras se les impida reconocer las compensaciones que, a su vez, ya han obtenido otros colectivos de la empresa en el momento en que fueron trasladados a Talleres C.

Una adecuada resolución del debate litigioso suscitada exige partir de los siguientes extremos recogidos en el factum: A).- El 27 de marzo de 2007, las Secciones Sindicales de UGT y CCOO en Ferrocarriles de la Generalidad Valenciana-Alicante, se adhirieron al acuerdo de desconvocatoria de huelga de 22 de febrero de 2007, asumiendo todo su articulado, con efectos desde el 1 de enero de 2007, acuerdo en cuyo punto tercero se recogía que la organización definida en el punto anterior implicaba un proceso de traslado forzoso de maquinistas de Alicante a Campello fijando una compensación por traslado a la residencia laboral de Talleres de El Campello consistente en seis mensualidades de su salario tipo y antigüedad, más 3000 euros, a percibir en dos ejercicios de la manera que se expone en el hecho probado 2º. B).- El último párrafo de dicho Punto Tercero recoge expresamente lo siguiente: “La Dirección de F.G.V, se compromete a ofrecer estas mismas condiciones a todos los

trabajadores con residencia laboral en Alicante que en un futuro tengan que ser trasladados de manera forzosa a Talleres Campello”. C).- El 20 de febrero de 2013 se formalizó el acuerdo alcanzado en el Procedimiento de Despido Colectivo promovido por FGV, por la Dirección de la empresa y la representación legal de los trabajadores, acuerdo que contemplaba la extinción de 310 contratos de trabajo, recogiendo en el punto 13 lo siguiente: “La reducción del excedente del número de 450 trabajadores inicialmente afectados será asumido por la empresa mediante medidas de movilidad funcional y geográfica, que serán asumidas por los trabajadores objeto de dicha movilidad sin compensación económica, a excepción de las legalmente indisponibles. En el caso de la movilidad geográfica antes de la aplicación de estas medidas se tratará con carácter preferente con el personal voluntario”. D).- El 10 de Julio de 2013, los representantes de la demandada y el Comité de Empresa FGV en Alicante llegaron a una acuerdo de aplicación del ERE para el departamento de Vías y obras, en el sentido de que las Brigadas de Vías y Obras que el acuerdo de 8 de enero de 2001 estableció con carácter provisional en Alicante y Altea, se unificarían con efectos de 1 de septiembre de 2013, configurando una única brigada ubicada en las instalaciones de los talleres de FGV de El Campello, y como condición excepcional, de carácter individual, que los agentes de Vías y obras que a tal fecha y hasta el 31 de agosto pertenecieran a la Brigada de Altea, mantendrían dicha residencia a título personal, debiendo ajustarse a la organización de la actividad determinada por la Jefatura, pudiendo cambiar voluntariamente la misma a Talleres Campello y especificando en el Punto Sexto del acuerdo que “El resto de condiciones laborales y aplicables al personal de Vías y Obras se mantendrán según los acuerdos y normas vigentes”.

De lo anteriormente expuesto se desprende que la situación existente en la empresa antes y después del procedimiento de despido colectivo (finalizado por Acuerdo de 20-2-2013) es bien diferente, ya que se produce un excedente que va a ser asumido por la empresa (se pasó de 450 a 310 trabajadores) a través de determinadas medidas como son la movilidad geográfica y funcional, pero sin coste salvo las que por ley fueren indisponibles. El propio Acuerdo de 10-7-2013 suscrito entre las partes (entre las que se encontraba CC.OO.) expresa que “la incidencia del despido colectivo que se está aplicando en FGV, ha afectado de diversas formas a la organización del trabajo en la empresa”; en otra parte del documento se especifica que en el caso del Servicio de Vía y Obras de FGV-Alicante “...se ha producido o es inminente que se produzca la salida, por razón de la edad, de varios de sus integrantes lo que hace conveniente revisar la forma en que debe organizarse el mismo a partir del 1 de septiembre de 2013”. Se produce un nuevo marco y situación que da lugar al Acuerdo de 10-7-2013, que va ligado y es desarrollo en determinados aspectos, del Acuerdo de despido colectivo de 20-2-2013, lo que determina la posibilidad de llevar a cabo movilizaciones geográficas sin coste alguno (salvo supuestos de indisponibilidad legal).

Por lo expuesto, y teniendo en cuenta que “la interpretación de los contratos y demás negocios jurídicos es facultad privativa de los Tribunales de instancia, cuyo criterio, como más objetivo, ha de prevalecer sobre el del recurrente, salvo que aquella interpretación no sea racional ni lógica, o ponga de manifiesto la notoria infracción de alguna de las normas que regulan la exégesis contractual” (sentencias de 12 de noviembre de 1993, 3 de febrero del 2000, 27 de abril del 2001 y 16 de

diciembre del 2002) procede la confirmación de la sentencia de instancia, previa desestimación del recurso planteado.

TERCERO.- No procede la imposición de costas a la parte recurrente de conformidad con el art. 235.1 LRJS en relación con el art. 2 d) de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita.

FALLO

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de Don V.J.W.B., como Delegado de la Sección Sindical de CCOO en FGV, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de los de ALICANTE, de fecha 31 de marzo de 2016; y, en consecuencia, confirmamos la sentencia recurrida.

Sin costas.

2199

Sentencia núm. 461, de 21 de febrero de 2017

Materia: Reclamación de cantidad. Trabajador que presta sus servicios como oficial en empresa dedicada al mueble y que ve extinguido su contrato por despido adoptado en expediente de regulación de empleo. La empresa ha sido declarada en concurso de acreedores. Diferencias en el importe de la indemnización. Responsabilidad subsidiaria del FOGASA. Aplicación régimen garantías salariales.

Juzgado: Estima la demanda condenando al organismo demandado a abonar adicionalmente determinada cantidad en concepto de prestación de garantía por salarios de trámite.

Sala: Estima el recurso y revoca la sentencia de instancia. Declara el derecho del actor a cobrar del FOGASA en concepto de reclamaciones de prestaciones de garantía salarial.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. Se recurre por la letrada designada por don D.C.P., la sentencia de instancia que si bien estimó parcialmente su demanda y condenó al Fondo de Garantía Salarial (Fogasa) a abonarle la cantidad de 496,41, desestimó su pretensión de condena en cuanto a las diferencias por el importe de la indemnización derivada de la extinción de su contrato de trabajo por la empresa M., S.A. para la que prestaba servicios.

2. Para llegar a esta conclusión, se razona por la sentencia recurrida que “aun siendo anterior la situación de concurso de la empresa M., S.A. a la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 20/2012, no es menos cierto que el crédito de los trabajadores contra la empresa por la indemnización y los salarios de trámite no surge sino con la sentencia dictada el 12 de noviembre de 2012, de tal manera que la acción contra el FOGASA no podía ejercitarse sino a partir de tal momento, cuando concurren los dos elementos: título y causa”.

3. Frente a esta decisión se alza el recurrente en suplicación invocando, en un motivo único redactado al amparo del apartado c) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS), la aplicación errónea del artículo 33 del Estatuto de los Trabajadores (ET), en relación con el artículo 3.1 del Código Civil y con el principio “in dubio pro operario”. A juicio del recurrente, la fecha que se debe tener en cuenta a efectos de la aplicación del artículo 33 del ET es la de la declaración de insolvencia de la empresa, lo que supone en el presente caso en que la empresa para la que prestaba servicios el actor fue declarada en concurso con anterioridad a la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 20/2012, que son los topes existentes en ese momento a los que se debe de sujetar la prestación reclamada.

SEGUNDO.- 1. Antes de entrar en el examen del recurso debemos resolver la causa de inadmisión alegada por el Fogasa en el primer motivo de su escrito de impugnación. Se argumenta por el Organismo demandado que la sentencia recurrida no es susceptible de ser recurrida en suplicación, toda vez que la cantidad reclamada por el demandante de 2.027,96 euros no alcanza los 3.000 euros que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 191.2 g) LRJS permite el acceso a la suplicación.

2. Este motivo de oposición al recurso debe ser rechazado, pues aunque la cuantía reclamada en la demanda no supera los 3.000 euros, entendemos que procede el acceso a la suplicación porque la cuestión controvertida es de afectación general (ex art. 191. 3 b) LRJS). Es cierto que esta misma Sala en alguna sentencia anterior entendió que no existía tal afectación, pero desde entonces son muchos los recursos que se han tenido que resolver en que la cuestión debatida era precisamente la que se plantea en este procedimiento, y muchos de ellos se corresponden con reclamaciones de trabajadores de la misma empresa M., S.A., por lo que en aras del principio de igualdad en la aplicación de la ley se considera necesario dar una solución uniforme a todos los casos, sin perjuicio de lo que en su día se pueda resolver por el Tribunal Supremo.

TERCERO.- 1. Como decimos, la cuestión que se plantea en este recurso ha sido resuelta por esta Sala de lo Social en diversas sentencias como las de 8 de marzo de 2016 (rs.1713/2015) y 21 de abril de 2016 (rs.1908/2015) dictadas al resolver recursos interpuestos contra sentencia por otros trabajadores de la empresa M. S.A. En estas sentencias expresa el parecer mayoritario aunque no unánime de la Sala, por lo que pasamos a reproducir los razonamientos expuestos en ellas: “Esta Sala en ST de 4/2/2014, dictada en el recurso de suplicación 1973/2014 ya sostuvo en relación con la doctrina jurisprudencial recogida en las STS dictadas en los recurso 2388/1988 y 5583/1996 que en casos en los que la insolvencia pueda ser genérica se admite que se aplique una legislación anterior a la fecha de la resolución que declara en esta situación al empleador, siempre y cuando este ya hubiese sido declarado en tal situación bajo la vigencia de tal legislación y siempre y cuando el estado económico valorado en ambas resoluciones sea el mismo sin que exista solución de continuidad, alegando por otro lado, que dicha solución es la que más se ajusta a los principios de seguridad jurídica (art. 9.3 CE) y de irretroactividad de las normas restrictivas de derechos. 4.- La cuestión que ahora se suscita ya ha sido tratada en otros recursos planteados a consecuencia del cambio en la redacción que del art. 33.2 E.T supuso la promulgación del RDL 20/2.012 y que además ha sido objeto de análisis en diversas resoluciones dictadas por Salas de lo Social de distintos TSJ en el sentido que se propugna por el recurrente, y para lo cual, se ha acudido a la doctrina jurisprudencial que se contiene en las sentencias que se citan en el recurso. En este sentido, y por todas cabe citar la STSJ de Aragón de 30-9-2.013- rec. 403/2-.013. En la citada doctrina se parte de que la regla general según la cual la legislación aplicable para determinar la cuantificación de la responsabilidad subsidiaria del FOGASA ha de ser la vigente en la fecha de la declaración de insolvencia, si bien se indica que tal regla debe completarse con “fundamento en la doctrina jurisprudencial sentada por la sentencia del Tribunal Supremo de 6.3.1989, cuando matiza el punto de vista expuesto anteriormente en los casos en que, antes de esa declaración formal de insolvencia de la empresa, exista ya

una constatación judicial de la misma, habiéndose comprobado que la insolvencia apreciada en la primera resolución, cuando aún no había entrado en vigor la norma modificadora, es también referible cuantitativamente a los créditos a los que se concreta la segunda, y que no hay solución de continuidad entre el estado económico de la empresa considerado en ambas resoluciones; supuesto en el que la norma que ha de tenerse en cuenta es la que regía al tiempo de esa primera declaración”.

En el presente caso al igual que hemos sostenido anteriormente entendemos que la legislación aplicable a las responsabilidades del FOGASA dentro del concurso es aquella que se encontraba vigente en el momento de la declaración del mismo y por lo tanto en el momento en el que se constata la situación de insolvencia, con intervención del Fondo en los términos previstos en los artículos 33.1 y 33.3 del ET, a partir de esta declaración que marca a todos los efectos la normativa aplicable no solo al desarrollo del proceso concursal con todas sus vicisitudes, incluida la extinción de contratos laborales y la cuantificación de las deudas salariales sino al régimen de garantías salariales previsto en los artículos 32 y 33 del ET que debieron aplicarse en la redacción vigente en el momento de declaración de concurso, sin que las posteriores modificaciones de dichos preceptos alteren las responsabilidades subsidiarias del Fondo en relación a un proceso al que queda vinculado desde su inicio conforme a las responsabilidades y límites vigentes a la fecha de dicha declaración, lo que hace que el recurso deba tener favorable acogida, con la consiguiente revocación de la sentencia impugnada y la condena del Organismo demandado a las cantidades que postulan los recurrentes en concepto de diferencias de prestaciones de garantía salarial al no haberse manifestado oposición a la cuantificación de las mismas en sede de recurso y sin que proceda el devengo de los intereses cuyo abono también reclaman los recurrentes por cuanto que no estamos ante reclamaciones de salarios o de indemnizaciones sino ante reclamaciones de prestaciones de garantía salarial a las que no le son aplicables el art. 29.3 del Estatuto de los Trabajadores ni el art. 1.108 del Código Civil”.

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

FALLAMOS

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de DON D.C.P. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº. 3 de Castellón de fecha 22 de septiembre de 2015; y, en consecuencia, revocamos la resolución recurrida y con estimación de la demanda condenamos al Fondo de Garantía Salarial a abonar al demandante la cantidad de 2.027,96 euros.

Sin costas.

2200

Sentencia núm. 482, de 21 de febrero de 2017

Materia: Pensión de orfandad. Reconocimiento prestación y solicitud incremento importe de la pensión en el importe de viudedad. Requisitos para el incremento.

Juzgado: Desestima la demanda, absolviendo al organismo demandado de las pretensiones formuladas en dicha demanda.

Sala: Desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia. No procede el incremento de la prestación.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1.El presente recurso se articula en dos motivos que se formulan respectivamente con amparo procesal en los apartados b y c del artículo 193 de la LRJS.

En el primer motivo la parte solicita la modificación del hecho probado sexto para que conforme consta en los documentos 2 al 9 se consigna de forma expresa en los hechos probados que el progenitor de la actora, N.N.C., no estaba casado con la progenitora ni inscrito como pareja de hecho y que era la madre la tributaba por el 100% por la vinculación parental con la hija. Y todo ello en los términos literales que constan en su escrito y que damos por reproducidos a efectos de la presente.

La modificación no puede prosperar pues tal como resulta de la fundamentación jurídica de la sentencia los datos que la recurrente pretende introducir ya han sido valorados tanto por la entidad gestora como por la Magistrada de instancia y en consecuencia la citada modificación carece de la trascendencia pretendida no siendo un hecho debatido la situación legal y real de los progenitores de la actora.

SEGUNDO- 1. En el segundo motivo la recurrente denuncia la infracción de lo dispuesto en el artículo 38 del RD3158/1966 de 23 de diciembre en relación con los artículos 14,39.2 y 3 y 41 de la CE y la disposición final quinta de la ley 40/2007 de 4 de diciembre, con cita de distintas sentencias del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional.

2. La cuestión jurídica suscitada ha sido resuelta en la instancia conforme a los criterios mantenidos por la Sala IV en la actualidad y que se reiteran en la STS2572/2015, recurso 929/2014, en el que se reitera que tras la reforma operada por la Ley de 2009, la norma impone la exigencia de ausencia de ambos progenitores para el incremento de la pensión de orfandad en el importe de viudedad y extiende este criterio a la indemnización a tanto alzado en fallecimientos por contingencia profesional.

Debemos recordar que tal como reconoce la propia recurrente en su actual redacción el precepto en cuestión dispone que "En los casos de orfandad absoluta las prestaciones correspondientes a los huérfanos podrán incrementarse en los términos y condiciones siguientes:1. Cuando a la muerte del causante no exista beneficiario de la pensión de viudedad, la cuantía de la pensión de orfandad que se reconozca al huérfano se incrementará en el importe resultante de aplicar a la base reguladora el 52 %.2. Cuando a la muerte del causante exista algún beneficiario de la pensión de viudedad, la pensión de orfandad que se reconozca podrá, en su caso, incrementarse en el importe resultante de aplicar a la base reguladora el porcentaje de pensión de viudedad que no hubiera sido asignado.3. Cuando el progenitor sobreviviente fallezca siendo beneficiario de la pensión de viudedad, procederá incrementar el porcentaje de la pensión que tuviera reconocida el huérfano, sumándole el que se hubiere aplicado para determinar la cuantía de la pensión de viudedad extinguida.4. En cualquiera de los supuestos anteriores, en el caso de existir varios huérfanos con derecho a pensión, el porcentaje de incremento que corresponda se distribuirá a partes iguales entre todos ellos.5. Los incrementos de las pensiones de orfandad regulados en los párrafos 1, 2, 3 y 4 en ningún caso podrán dar lugar a que se supere el límite establecido en el apartado 4 del artículo 179 de la Ley General de la Seguridad Social, para las pensiones por muerte y supervivencia. No obstante, dichos incrementos serán compatibles con la prestación temporal de viudedad, pudiendo, por tanto, ser reconocidos durante el percibo de esta última.

6. En caso de muerte por accidente de trabajo o enfermedad profesional la indemnización que se reconozca a los huérfanos absolutos se incrementará con la que hubiera correspondido al cónyuge o a quien hubiera sido cónyuge o pareja de hecho del fallecido. En el caso de concurrir varios beneficiarios, el incremento se distribuirá a partes iguales entre todos ellos. 7. Los incrementos de prestaciones regulados en este artículo sólo podrán ser reconocidos con respecto a uno solo de los progenitores.2.Cuando el progenitor superviviente hubiera perdido la condición de beneficiario de la pensión de viudedad a tenor de lo establecido en el apartado 1 de la disposición adicional primera de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género, el huérfano tendrá derecho a los incrementos previstos para los casos de orfandad absoluta en el apartado anterior. Asimismo, a efectos de lo previsto en este artículo, se asimila a huérfano absoluto el huérfano de un solo progenitor conocido.

3. La norma parte así de la total igualdad entre hijos matrimoniales y extramatrimoniales, pero condiciona el reconocimiento del derecho a acrecer a que exista una situación de orfandad absoluta, con la sola excepción prevista en el apartado 2 de los casos en los que el progenitor supérstite haya sido privado por condena relacionada con la aplicación de la Ley 1/2004 en materia de violencia machista, supuesto que no concurre en la presente, o para el caso de que no exista progenitor conocida, lo que tampoco sucede en el caso que nos ocupa en el que a pesar de lo alegado por la recurrente en cuanto a la relación con su hija, existe un padre conocido.

Es cierto que tal como evidencia la solución alcanzada por la Sala de Castilla y León, tras el cambio legislativo la cuestión fue controvertida y no sólo por las distintas

posiciones mantenidas por los Tribunales Superiores de Justicia sino por alguna de las sentencias dictadas por la Sala IV tras la reforma. Sin embargo, esta Sala consideró en su día que siguiendo el texto literal de la nueva redacción ya no cabía la interpretación seguida por la doctrina anterior. En primer lugar, porque la interpretación flexible se hace al margen del derecho constitucional consagrado en el artículo 14 de la CE, puesto que actualmente el precepto no causa discriminación indirecta por razón de la filiación, sino que parte de la idea de que el bien jurídico protegido es la unidad económica familiar dependiente y no la persona que pierde a sus progenitores, sin tener en cuenta que en ocasiones la falta del devengo de la prestación de viudedad no se encuentra fundada en la concurrencia de requisitos formales relacionados con la constitución de parejas de hecho o del matrimonio sino en la mayor capacidad económica del cónyuge superviviente. Por lo tanto, entendemos que la interpretación anterior que es la que pretende aplicar la recurrente, se aparta de la literalidad de la norma y genera cierta inseguridad al no poder distinguir de forma objetiva y conforme a los principios de proporcionalidad cuando procede o no el acrecimiento por encontrarnos ante una renta dependiente. En segundo lugar porque el concepto de huérfano absoluto queda claramente definido por la falta de progenitores cuando la propia norma en el último inciso incluye en la definición aquellos casos en que falleciera el único progenitor conocido, excluyendo cualquier otra interpretación extensiva.

4. Desde esta perspectiva entendemos que la pensión de orfandad protege al hijo con independencia de la renta de la unidad familiar, por lo tanto condicionar la posibilidad de acrecentar la pensión a la pérdida de ambos progenitores no supone ninguna restricción discriminatoria directa o indirecta tal como sucedía cuando el derecho de viudedad no podía acrecer a los hijos extramatrimoniales porque no se reconocía su devengo fuera del matrimonio. Cabe destacar que durante el proceso legislativo la propuesta inicial recogida en el acuerdo de 13 de julio de 2006 (medida IV.4 c) proponía la posibilidad de incrementar la pensión de orfandad cuando siendo hijos de parejas de hecho estas no tuvieran derecho a la pensión de viudedad por no cumplir los requisitos formales establecidos en la medida III.3 c), y que tal propuesta fue rechazada por considerar que si tal derecho no se reconocía igualmente a los hijos matrimoniales de nuevo se generaba un trato diferente derivado de la filiación. Por último incidir en el hecho de que la situación de necesidad económica de la unidad familiar se encuentra protegida por otro tipo de prestaciones asistenciales, contributivas y no contributivas, por lo que entendemos que corregidas por el legislador las diferencias de trato que suponía en la anterior legislación el derecho de acrecimiento de la pensión de orfandad, no existe necesidad de realizar una interpretación flexible al margen del tenor literal de la misma. En este sentido se pronuncia la Sala IV a partir de la STS de 5/05/2015 dictada en el RC 1893/2014, en la que se confirma nuestra posición doctrinal y se cierra el debate abierto dentro de la misma Sala en torno a la interpretación de la norma.

La sentencia de instancia aplica la doctrina expuesta y por lo tanto no infringe precepto alguno.

FALLO

DESESTIMAMOS el recurso de suplicación interpuesto por la representación de M.D.N.P. contra la *sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 4 de Valencia, de fecha 14/1/2016* y en consecuencia, CONFIRMAMOS LA SENTENCIA RECURRIDA.

2201

Sentencia núm. 493, de 23 de febrero de 2017

Materia: Reclamación de cantidad. Abono de horas extraordinarias llevadas a cabo por la trabajadora y no satisfechas en primera instancia. Responsabilidad solidaria de las empresas codemandadas. Abono de cantidad más intereses por mora. Estimación.

Juzgado: Desestima la demanda, absolviendo a las demandadas de las pretensiones deducidas en su contra. No procede el reconocimiento de la cantidad reclamada.

Sala: Estima el recurso, reconociendo a la trabajadora el derecho a percibir determinada cantidad en concepto de horas extraordinarias devengadas y no pagadas más los intereses por mora. Condena solidariamente a las demandadas, debiendo estar y pasar el organismo público codemandado por las consecuencias que pudieran derivarse de lo anterior.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se recurre por la demandante la sentencia del Juzgado de lo Social de procedencia que desestimó su demanda en la que solicitaba se condenase a las demandadas a abonarle 5.616 euros de principal en concepto de 450 horas extras realizadas del 28-11-11 al 27-11-12, a razón de 12'48 euros hora extra y alegando que realizaba de forma habitual 2 horas extras al día, más el 10% de intereses por mora.

Articula el recurso a través de dos motivos: el primero, al amparo del apartado b) del artículo 193 de la LJS, para revisión de hechos probados y, el segundo, al amparo del c), para el examen de las infracciones de normas sustantivas y doctrina jurisprudencial que indica y termina suplicando Sentencia que revoque la recurrida y estime su demanda, con condena en costas.

Ha sido impugnado por el Abogado del Estado en nombre y representación de C. S.A., oponiéndose a todos los motivos e interesando la confirmación de la sentencia recurrida, así como, subsidiariamente, que no se le impongan los intereses por mora del 29.1 ET, con cita de diversas sentencias de Tribunales Superiores que a su vez citan antiguas sentencias del TS.

SEGUNDO.- En revisión de hechos probados se solicita la supresión del último párrafo del Hecho Probado Segundo y su sustitución por lo siguiente: “La actora realiza para las codemandadas una jornada aproximadamente desde las 7,30 horas de la mañana hasta las 19 o 19,30 horas; siendo C. S.A., la beneficiaria de una cesión ilegal de trabajadores que le hacía M.L.P.”. Para la supresión se apoya en que el documento 11 aportado por C. S.A está constituido por unos listados absolutamente anónimos, no se refiere en los mismos el nombre de nadie, ni los ratificó nadie y entra en contradicción con la sentencia del Juzgado nº 1, dada por reproducida en el hecho

probado cuarto y que es la misma en la que el recurrente basa el nuevo tenor que propone, indicando que es firme al no haber sido recurrida por nadie y ya deja zanjada entre las mismas partes el tema de la jornada de la actora, así como la responsabilidad solidaria, por cesión ilegal, tanto en cuanto a la indemnización por la extinción, como a los salarios devengados.

No se accede a la inclusión del texto que la parte propone por innecesario al darse la sentencia del Juzgado nº 1 por reproducida en el hecho probado quinto de la sentencia recurrida además de incluir términos y cuestiones jurídicas impropias de hechos probados, pero si se accede a la supresión del último párrafo del hecho probado segundo, ya que, en efecto, es contradictorio con lo declarado probado en cuanto a jornada en la anterior sentencia del Juzgado nº1 y se basa, exclusivamente, como indica en el Fundamento primero, en el documento nº 11 de C. S.A., que, como aduce la parte recurrente, está constituido por unos listados absolutamente anónimos, no se refiere en los mismos el nombre de nadie, ni los ratificó nadie, resultando de forma clara y patente el error de la juzgadora y es relevante la supresión, por la contradicción alegada, al tener trascendencia para la modificación del fallo.

TERCERO.- En el examen del derecho, se alega vulneración por la sentencia recurrida de los artículos 42 y 43 del ET, pero argumentando que, sea o no actividad propia de C. S.A., la actividad contratada, la sentencia de Social 1 ya establece la responsabilidad solidaria de ambas por cesión ilegal de trabajadores, no siendo éste juicio en el que ha de discutirse si existe cesión (además de que el hecho probado primero de la sentencia que aquí se recurre dice que la actora prestó servicios para las demandadas) o si la jornada era otra distinta de la que estableció la sentencia de social 1, al venir ya fijadas en esta sentencia. Es cierto, como indica la parte impugnante, que no se cita el artículo 222 de la LEC, pero también, como la misma reconoce, que lo que se está alegando es la no aplicación por la sentencia recurrida del efecto positivo de la cosa juzgada, en lo que, por tanto, puede entrarse sin causarle indefensión alguna al haberlo entendido así la propia impugnante y haberse defendido de ello, como así lo hace diciendo que aquél pleito no versó sobre la jornada realizada sino sobre las pretensiones allí formuladas de extinción, despido y reclamación de salarios, por lo que no puede vedársele la posibilidad en el nuevo pleito, si referido a reclamación de horas extras, de defenderse frente a su existencia y que, aun conociendo la mayor flexibilidad con la que se interpreta el efecto positivo de la cosa juzgada, no se da en el presente supuesto los requisitos para su apreciación, ya que, según dice “lo que vincula al Juzgador posterior es lo resuelto en el proceso anterior, entre las mismas partes y por el mismo objeto y causa de pedir. Es decir, la sentencia recurrida no podría en ningún caso (y no lo hace) señalar que no existe cesión ilegal, o que el despido es procedente. Ahora bien, perfectamente puede -siendo la pretensión y la fundamentación jurídica diferentes- precisar o concretar la duración horaria a efecto de determinar la existencia de horas extraordinarias no abonadas”, máxime cuando la anterior sentencia dice “aproximadamente” en el hecho probado tercero.

I.- El artículo 222.4 de la LEC dice “Lo resuelto con fuerza de cosa juzgada en la sentencia firme que haya puesto fin a un proceso vinculará al tribunal de un proceso posterior cuando en éste aparezca como antecedente lógico de lo que sea su objeto,

siempre que los litigantes de ambos procesos sean los mismos o la cosa juzgada se extienda a ellos por disposición legal”.

Como dice, entre otras, la STS de 4-3-10 (recurso 134/07):

<<1.- A tal afirmación llegamos, partiendo de las siguientes consideraciones: a) la cosa juzgada es una proyección del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y seguridad jurídica, exigiendo que las resoluciones judiciales tengan la eficacia que supone la ejecución en sus propios términos y el respeto a la firmeza de las situaciones jurídicas declaradas (aparte de las que en ellas se citan, SSTC 190/1999, de 25/Octubre, FJ 4; 58/2000, de 28/Febrero, FJ 5; 135/2002, de 3/Junio, FJ 6; 200/2003, de 10/Noviembre, FJ 2; 15/2006, de 16/Enero, FJ 4); b) por ello se impone una concepción amplia de la cosa juzgada y la consiguiente interpretación flexible de sus requisitos (entre las recientes, SSTS de 20/10/05 -rec. 4153/04-; 30/11/05 -rec. 996/04-; 19/12/05 -rec. 5049/04-; 23/01/06 -rec. 30/05-; y 06/06/06 -rec. 1234/05-); c) con mayor motivo se impone esa flexibilidad al aplicarse a una relación como la laboral, de tracto sucesivo y susceptible de planteamientos plurales por distintos sujetos de una idéntica pretensión, de manera que no ha de excluirse el efecto de cosa juzgada material por el hecho de que en los procesos puestos en comparación se hayan ejercitado acciones distintas por sujetos diferentes (SSTS 30/09/04 -rec. 1793/03-; y 20/10/04 -rec. 4058/2003-, que hacen eco de precedente de 29/05/95 -rcud 2820/94-); y d) conforme al art. 222 LECiv, «la cosa juzgada ... excluirá, conforme a la ley, un ulterior proceso cuyo objeto sea idéntico al del proceso en que aquélla se produjo» [párrafo 1] y que «lo resuelto con fuerza de cosa juzgada ... vinculará al Tribunal de un proceso posterior cuando en éste aparezca como antecedente lógico de lo que sea su objeto, siempre que los litigantes de ambos procesos sean los mismos o la cosa juzgada se extienda a ellos por disposición legal» [párrafo 4].

2.- Con la redacción del art. 222 LEC se pone de manifiesto que a diferencia de lo que ocurre con el efecto negativo de la cosa juzgada -párrafo 1-, en el que es necesaria la concurrencia de las tres identidades [sujetos, objeto y fundamento de la pretensión; «objeto del proceso», al decir legal], el efecto positivo de la cosa juzgada -párrafo 4- no exige una completa identidad, que de darse excluiría el segundo proceso, sino que para producir tal efecto es suficiente que lo decidido en el primer proceso entre las mismas partes actúe en el segundo proceso como elemento condicionante o prejudicial, de forma que la primera sentencia no excluye el segundo pronunciamiento, pero lo condiciona, vinculándolo a lo ya fallado (así, SSTS 20/10/04- rec. 4058/2003-; 30/09/04 -rcud 1793/03-; 03/03/09 -rcud 1319/08-; 05/05/09 -rcud 2019/08-; y 10/11/09 -rco 42/08-)>>.

En nuestro caso, como dice el hecho probado quinto de la sentencia recurrida, “el Juzgado de lo Social nº 1 de Alicante dictó sentencia de fecha 7.3.14 en los autos nº 1140/2012 en materia de despido, resolución del contrato y reclamación de cantidad, la cual se da íntegramente por reproducida.” Como es de ver en ella, las partes eran exactamente las mismas, si bien el objeto del proceso era despido, extinción y reclamación de cantidad, pero, conforme al artículo 107, a) de la Ley de la Jurisdicción Social, la sentencia del despido necesariamente debe contener en sus hechos probados las circunstancias que indica el precepto y, entre ellas se incluye la jornada, por lo que para cumplirlo ya dejó resuelto ese tema, que constituye premisa del pleito

en que se dictó la sentencia recurrida sobre jornada realizada a efecto de horas extras, extremo en que si opera el efecto positivo de cosa juzgada y, como la referida sentencia anterior en su Hecho Probado Tercero declara probado que “acude diariamente al centro de trabajo de... de C. S.A., donde recoge la paquetería a repartir en las citadas rutas que le entrega C. S.A. Realiza una jornada de aproximadamente desde las 7'30 de la mañana, en que recoge los paquetes de C. S.A. para repartir y retorna sobre las 7-7'30 (re refiere a las 19- 19'30) horas al citado centro de trabajo” y en Fundamento Cuarto añade con valor fáctico que “la actora acudía diariamente por la mañana al centro de trabajo de C. S.A., donde recogía los paquetes que tenía asignados a su ruta y los trabajos a realizar en su jornada, terminando su jornada en el mismo centro de trabajo sobre las 19,30 horas” y “bajo horario de reparto que ésta establecía, al realizar a diario la misma jornada de 7'30 a 19 horas acudiendo al centro de trabajo de aquélla”, de la jornada que fija como realizada resulta ya la realización habitual de 2 horas de exceso que como extraordinarias reclama la actora, por lo que, aplicando ese efecto positivo de la cosa juzgada, se debió estimar la demanda en la cantidad reclamada como principal, al no cuestionarse el importe de la hora extraordinaria, ni el número de horas extras en el periodo señalado a partir de las premisas de la anterior sentencia, cuya firmeza tampoco es cuestionada por la impugnante, que en su momento alegó en juicio no haberle sido notificada pero que se le convocó para la notificación, no habiendo indicado en el escrito de impugnación, de mucho tiempo posterior, ni que siguiera sin notificársele ni que la hubiera recurrido.

II.-En cuanto a la oposición subsidiaria a los intereses por mora efectuada en el escrito de impugnación, la recurrente está alegando como infringida la doctrina tradicional de la Sala IV en torno al art. 29.3 ET, a la que comienza aludiendo la STS de 17-6-14, pero sin tener en cuenta la recurrente la moderna postura en torno a los intereses de mora, ni la clarificación de la actual posición de la Sala IV que la referida STS de 17-6-14 contiene, de lo que aquí destacamos su parte final, donde dice:“...nuestra más reciente doctrina se inclina por la aplicación flexible del interés «indemnizatorio» del Código Civil como regla general en toda clase de deudas laborales, de manera tal que el mismo se devengue siempre desde la reclamación del débito, cualquiera que éste sea y siempre que haya prosperado [bien en todo o bien en parte], en la misma forma la convicción actual de la Sala es que tratándose de concretas deudas salariales la solución ofrecida por el legislador -ex art . 29.3 ET - ha de operar también de forma objetiva, sin tener en cuenta ni la posible razonabilidad de la oposición empresarial a su pago, ni que en los concretos periodos económicos esa cifra -diez por ciento- sea superior o inferior a la inflación. Y ello es así -consideramos-, tanto porque el mandato legal se expresa de forma imperativa y sin condicionamiento alguno [«El interés por mora en el pago del salario será el diez por ciento de lo adeudado»]; cuanto por el importante elemento interpretativo -ya aludido- que significan los trabajos parlamentarios previos «para desentrañar el alcance y sentido de las normas» [SSTC 108/1986, de 29/Julio, FJ 13 ; 109/1998, de 29/Mayo, FJ 2 ; 15/2000, de 20/Enero, FJ 7 ; y 90/2009, de 20/Abril , FJ 6], en los que claramente se pone de manifiesto -en este sentido, la Enmienda 21, de CD- la intención de mejorar para los trabajadores el régimen civil común de la mora en el incumplimiento de las obligaciones, que contemplaba un interés legal más bajo que la inflación y que además

se aplicaba con todas las limitaciones que ofrecía la interpretación tradicional de la regla «in iliquidis»; y muy probablemente se hizo así por atender a los valores en juego -la relevancia vital que el salario tiene para el trabajador- y por considerar que no sólo era aconsejable ofrecer seguridad jurídica, sino de alguna manera limitar controversias que pudieran comprometer el sustento del empleado” Y “...nuestro vigente criterio de objetiva y automática aplicación de los intereses para toda clase de deudas laborales, y que concretamente, en el supuesto de que no ostenten naturaleza salarial han de indemnizarse en el porcentaje previsto en el art. 1108 CC [como ya se viene manteniendo desde la 30/01/08 -rcud 414/07-], y que tratándose de créditos estrictamente salariales han de ser compensados con el interés referido en el art. 29.3 ET [como expresamente declaró la STS 29/06/12 -rcud 3739/11 -], se presente o no «comprensible» la oposición de la empresa a la deuda”. El criterio objetivo ya se aplicó en la STS de 29-6-12 y se avanzó en la anterior de 8-2-10, como la de 17-6-14 dice. Por tanto, deben imponerse los intereses por mora solicitados.

III.-En cuanto a la expresa imposición de costas a la recurrida que interesa la recurrente, no se impondrá porque no es recurrente y no se alega ni aprecia supuesto de excepción del artículo 235.2 de la LJS.

En consecuencia, procede la estimación del recurso y revocación de la sentencia para, con estimación de la demanda, condenar solidariamente a las demandadas al pago de la cantidad reclamada de principal, así como al de los intereses de demora del artículo 29 del ET y sin costas.

FALLAMOS

Estimando el recurso de suplicación formulado por D^a M.C.R.N. contra la Sentencia de fecha 16 de enero de 2015, dictada por el Juzgado de lo Social número 6 de Alicante, en autos 33/13 sobre CANTIDAD, siendo parte recurrida D. M.L.P., C. S.A. Y FOGASA, revocamos la referida Sentencia y, estimando la demanda de la Sra R.N., condenamos a D. M.L.P. y C. S.A., a que le abonen solidariamente la cantidad de 5.616 euros de principal en concepto de horas extras realizadas del 28-11-11 al 27-11-12, más los intereses legales del artículo 29.3 del ET, debiendo estar y pasar el FOGASA por las consecuencias que pudieran derivarse de lo anterior.

2202

Sentencia núm. 513, de 28 de febrero de 2017

Materia: Declaración de invalidez. Incapacidad permanente total para ejercicio de profesión habitual. El actor reclama situación de incapacidad permanente absoluta y señala además cálculo erróneo de la base reguladora.

Juzgado: Desestima la pretensión deducida en la demanda, absolviendo a la parte demandada de las pretensiones deducidas de contrario.

Sala: Estima el recurso y revoca la sentencia de instancia. Las lesiones que padece el actor le incapacitan para cualquier tipo de actividad laboral, aunque esta sea muy liviana. Procede declarar al actor afecto de una incapacidad permanente absoluta, con derecho al percibo de una pensión mensual en el 100% sobre determinada base reguladora y efectos económicos desde determina fecha.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Frente a la sentencia de instancia que desestimó la pretensión de la demanda sobre declaración de la parte actora en situación de incapacidad permanente absoluta, habiéndole sido reconocida en vía administrativa por resolución de 21-05-2014 una incapacidad permanente total calificada para su profesión habitual de oficial de primera clasificador textil, interpone la parte demandante recurso de suplicación, que no ha sido impugnado, al amparo de los apartados b) y c) del art. 193 de la LRJS.

En base al primero de ellos la recurrente solicita la adición de un hecho probado 8° de la siguiente redacción: “El actor solo puede realizar actividades tranquilas.”

No accedemos a lo solicitado por ser un extremo reiterativo, ya que consta al hecho probado 3°, dentro de la exploración por Aparatos y en aparato circulatorio, en referencia al actor, que “solo puede realizar actividades tranquilas”. Y las conclusiones que la recurrente extrae de tal dato son interpretaciones y valoraciones de parte, sin que las mismas deriven de documento hábil en suplicación para alterar el factum.

Recordemos además, que en el presente recurso, sólo puede prosperar una pretensión revisoria cuando el error en la redacción de los hechos, sea patente y manifiesto a la vista de una determinada prueba pericial o documental, error que aquí no se evidencia (art. 193 b y 196 de la LRJS), o se constate una omisión trascendente a efectos de alteración del signo del fallo; pero no puede prosperar cuando se fundamente en otras pruebas, o en documentos o pericias ya tenidos en cuenta por el juez a quo o cuando lo que se evidencie sea una mera discrepancia con la convicción alcanzada por el juzgador de instancia, el cual ha valorado todas las pruebas en su conjunto permitiéndole su libre apreciación, el apoyarse en todos los informes

aportados, en sólo algunos, en uno de ellos o en determinada parte de uno o varios, desechando los demás, u otra u otras partes de uno sólo o de un conjunto documental.

SEGUNDO.- Al amparo de lo dispuesto en el apartado c) del art. 193 de la LRJS la recurrente denuncia la infracción de lo dispuesto en el art. 136 de la Ley General de la Seguridad Social, -en adelante, LGSS-. Se sostiene en síntesis que las dolencias que padece la parte actora y las secuelas que de ellas derivan (no puede estar sometido a situaciones de estrés y padece disnea a pequeños esfuerzos), le incapacitan para el ejercicio de cualquier puesto de trabajo, por sencillo y liviano que sea, estando el actor imposibilitado para el mercado de trabajo, por lo que debe declararse al demandante en situación de incapacidad permanente absoluta.

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”.

TERCERO.- Pues bien, de la inmodificada declaración de hechos probados que contiene la sentencia de instancia, hechos a los que esta Sala queda vinculada, entendemos que la solución alcanzada por la resolución recurrida ha de ser revocada. En efecto, las patologías recogidas en el hecho probado sexto y las limitaciones funcionales allí fijadas vienen referidas a que las dolencias que el trabajador sufre le limitan para tareas que impliquen esfuerzos físicos, estrés o que conlleven riesgo de corte o sangrado. Según el hecho probado sexto sus principales dolencias son: “Cardiopatía isquémica crónica. Triple bypass coronario y prótesis aórtica. Hipertensión arterial en tratamiento con betabloqueantes y ARA II. Hipercolesterolemia en tratamiento con estatinas. Buen estado general. ACP normal. ECG: ritmo sinusal a 60 1pm QRS estrecho. Ecocardiograma 2/11/2013: VI de diámetros normales con grosor de los valores altos de la normalidad y adecuada función sistólica. Patrón E/A normal. Alde dimensiones normales. Válvula mitral normal con IM ligera. Prótesis aórtica normofuncionante. Aorta ascendente normal. Cavidades derechas normales sin HTP. En ecos sucesivas sin cambios respecto a la descrita. Holter de Junio de 2015: Ritmo sinusal normal sin pausas significativas. Solo puede realizar actividades tranquilas. (Informe de cardiología del CE de Xàtiva aportado como documento 5 de la actora). - Gonartrosis bilateral.”

De lo anterior expuesto se desprende, por las limitaciones que el cuadro clínico residual reporta al demandante, que el mismo está impedido para la realización de todo tipo de trabajo ya que en el propio hecho 6º consta que el demandante solo puede realizar “actividades tranquilas”, lo que no puede entenderse como sinónimo de una prestación laboral ligera. Es más, al hecho probado 3º y dentro del informe de valoración médica del INSS se hace constar: “Discapacidad para actividades que impliquen algún esfuerzo físico.” Entendemos pues, que el estado físico de la parte

demandante le impide realizar cualquier tipo de trabajo con el mínimo de profesionalidad, rendimiento y dedicación que exige cualquier profesión del mundo laboral. Con el cuadro descrito el demandante ni siquiera es capaz de realizar trabajos livianos y sedentarios, pues aún en el supuesto de partir de la base de un mercado laboral moderno y flexible con posibilidad de trabajos desde el propio domicilio gracias a las nuevas tecnologías (ordenador, faxes, internet. etc...), un cierto esfuerzo físico, la concentración y atención, por no mencionar la asunción de una cierta responsabilidad y un cierto nivel de estrés ante el cumplimiento de una profesión reglada, son requisitos imprescindibles para consumir un trabajo con un mínimo de diligencia, y de ellos carece el demandante. Solo con extremos que están fuera de la realidad como un singular afán de superación y espíritu de sacrificio por parte del trabajador y un grado intenso de tolerancia en el empresario podría llevarse a cabo una prestación de servicios laborales.

Por ello, procede la revocación de la sentencia de instancia para reconocer al actor una incapacidad permanente en el grado de absoluta, previa estimación del recurso de suplicación interpuesto contra ella.

CUARTO.- No procede la imposición de costas a la recurrente de conformidad con el art. 235.1 LRJS en relación con el art. 2 d) de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita.

FALLO

Que estimando el recurso de suplicación interpuesto en nombre de Don M.P.M. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 5 de los de Valencia de fecha 18 de Enero de 2016, revocamos la citada resolución y, en consecuencia, reconocemos a la actora afecta de una incapacidad permanente en el grado de absoluta, con derecho al percibo de una pensión mensual en el 100% sobre la base reguladora de 1.666,88 euros y fecha de efectos económicos 19-5-2014, condenando al INSS a estar y pasar por esta declaración y al pago de la referida pensión.

Sin costas.

2203

Sentencia núm. 537, de 28 de febrero de 2017

Materia: Declaración de invalidez. Trabajador declarado afecto de una incapacidad permanente total para ejercicio de profesión habitual. El actor solicita revisión de grado.

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

Sala: Estima el recurso y declara al actor afecto de una incapacidad permanente absoluta. Las lesiones que padece el demandante le impiden la realización de cualquier actividad laboral, aunque esta resulte muy liviana. Derecho a la percepción de la pensión del 100% de la base reguladora reglamentaria.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Recurre en suplicación el actor la sentencia que ha desestimado su demanda en la que solicita la IPA, siendo que en la vía administrativa se le había declarado en situación de IPT para sí profesión de operario de fábrica de plásticos.

El recurso, sin impugnación de contrario, se articula en tres motivos. Los dos primeros, por el apartado b) del art. 193 de la LRJS, solicitan la modificación del relato probado, preponiendo una nueva redacción para el hecho segundo, cuyo texto alternativo expresa el recurso, lo que apoya en el informe médico de síntesis (folio 64). En realidad, quiere el recurrente que se contenga en el hecho combatido todo el informe y no la parte que expresa la sentencia, lo que resulta innecesario ya que el hecho segundo expresa las limitaciones del actor que recoge el tan mencionado informe y al referirse al mismo posibilita a la Sala a ir a toda su extensión.

A continuación solicita el segundo motivo que se añada al hecho tercero un tercer párrafo que diga: “Por otra parte según el informe correspondiente a la resonancia magnética de zona lumbosacra de 20 de enero de 2012, el actor padece espondiloartrosis generalizada. Hipertrofia degenerativa de las articulaciones interopofisarias posteriores, para lo que se basa en el informe de esa RMM (folios 29 y 30 de las actuaciones), lo que se estima porque así consta en el resultado de la prueba médica y no se refleja en la sentencia.

SEGUNDO.- En el tercer motivo, que equivocadamente se ampara en el apartado b) del art. 193 de la LRJS, denuncia el recurso, la infracción del art. 137.5 de la LGSS de 1994. Considera el recurrente que aun cuando no se hubiera accedido a los motivos anteriores el cuadro de lesiones y limitaciones que presenta el trabajador, apreciados en su conjunto, impiden la realización de cualquier trabajo.

Dispone el art. 136.1 de la LGSS que “En la modalidad contributiva 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 previsiblemente definitivas, que disminuyan o anulen su capacidad laboral...”.

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).

En el supuesto enjuiciado, se trata de valorar si en el estado actual el actor puede realizar una actividad laboral retribuida, si presenta capacidad residual para dedicarse con un mínimo rendimiento, eficacia y dedicación a la ejecución de tareas sencillas que no requieran esfuerzos. Para ello, hay que estar a los datos que refleja la sentencia con al añadido a que se ha dado lugar. Dice la sentencia que el demandante nacido el 22-10 1950 fue declarado afecto a incapacidad permanente total para su profesión habitual en virtud de resolución del INSS de 11.11.13 Según el informe de valoración del INSS de 27.09.13, que refleja como diagnóstico luxación patológica del hombro derecho en paciente con parálisis cerebral infantil, presentando como limitaciones orgánicas y funcionales dolor y limitación de movilidad de hombro derecho, limitación movilidad hombro izquierdo anterior 90º, tetraparesia espástica ligera por parálisis cerebral infantil, alteración del habla, le cuesta articular palabras. En dicho informe además se recoge ligero retraso intelectual, impresiona de PCI con alteración del habla que es lenta y le cuesta articular las palabras, manipulación fina en ambas manos con mucha dificultad, las limitaciones del hombro suponen que no pueda llevarse la mano a la nuca o al glúteo y en la derecha mano a nuca difícil y mano a cintura. Según el Servicio de Neurología del Hospital Virgen de los Lirios de Alcoy de echa 5.07.13, el actor desde la fractura de la clavícula y hombro derecho 9 meses atrás presenta contracción involuntaria de músculos del lado derecho del cuello, no le produce desplazamiento involuntario de la cabeza, no alteran su movimientos voluntarios ni le producen dolor.

Además, según el servicio de Rehabilitación del CSI de Ibi el actor presenta además de la luxación de hombro, limitación dolorosa de la rotación interna de la cadera derecha, con marcha independiente con arrastre del pie derecho, prescribiéndole antiequino derecho que utiliza en todos los desplazamientos desde noviembre de 2013. Según el informe correspondiente a la resonancia magnética de zona lumbosacra de 20 de enero de 2012, el actor padece espondiloartrosis generalizada. Hipertrofia degenerativa de las articulaciones interopofisarias posteriores.

Pues bien, con estos datos, no podemos estar de acuerdo con la decisión que adopta la sentencia, ya que del conjunto de los padecimientos que presenta el actor con las limitaciones que le generan incluso dolorosas no es factible que pueda dedicarse a una actividad laboral reglada por muy sedentaria y liviana que pueda imaginarse, pues todas requieren poder trasladarse al puesto de trabajo y permanecer en el toda una jornada laboral sometido a las órdenes del empresario, y el demandante presenta seria dificultad de comunicación, en la deambulacion e incluso bipedestación y en la posibilidad de realizar tareas manuales, por lo que procede estimar el recurso y la demanda revocando la sentencia y reconociendo al actor el grado que postula de IPA.

FALLO

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de don M.F.P., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 4 de los de Alicante de fecha

29 de septiembre de 2015; y en consecuencia revocamos la sentencia recurrida y estimamos la demanda del recurrente contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social, declarando al actor afecto de Incapacidad Permanente Absoluta con derecho a percibir la pensión del 100% de la base reguladora reglamentaria, con efectos 26 de septiembre de 2013, a cuyo pago condenamos al Instituto Nacional de la Seguridad Social.

Sin costas.

2204

Sentencia núm. 592, de 2 de marzo de 2017

Materia: Reclamación de cantidad. Trabajador con contrato indefinido a tiempo completo que presta sus servicios para empresa demandante dedicada al sector del azulejo. Pacto de no competencia postcontractual firmada por ambas partes por un periodo de dos años. El trabajador presenta baja voluntaria en la empresa para prestar servicios en empresa francesa dedicada a la actividad de fabricación de productos de vidrio para construcción y mobiliario. La empresa reclama al trabajador indemnización por incumplimiento de pacto de no competencia. Interés industrial o comercial.

Juzgado: Desestima la demanda absolviendo al demandado de los pedimentos deducidos en su contra. No se ha producido una vulneración del pacto postcontractual.

Sala: Estima parcialmente el recurso, declarando que existe un incumplimiento por parte del trabajador del pacto suscrito. Condena al trabajador a la indemnización fijada en el pacto. Desestima el recurso en cuanto a la indemnización por daños y perjuicios.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La empresa A.Y.P. SA interpone su día demanda contra D. M.J.L. en ejercicio de acción de reclamación de cantidad, solicitando que se condene al demandado a abonar a la empresa la cantidad de 63.728,11 euros por incumplimiento del pacto de no competencia post-contractual.

La sentencia de instancia desestima la demanda absolviendo al demandado, pronunciamiento frente al que se alza la parte actora, interponiendo recurso de suplicación y solicitando previa estimación del mismo se estime la demanda y se condene al demandado a abonar a la empresa la suma de 54.603,61 euros, importe de las cantidades satisfechas en concepto de pacto de no concurrencia post contractual, más la suma adicional de 9.124,50 euros en concepto de daños y perjuicios pactada como cláusula penal.

SEGUNDO.- Para ello la parte recurrente formula un primer motivo de recurso al amparo del apartado b) del artículo 193 LRJS solicitando así la adición de un hecho CUARTO BIS con la siguiente redacción: *“Dentro de su división cerámica, B. fabrica y comercializa revestimientos y pavimentos a imitación de terrazo (colección GLASS TILES), baldosa hidráulica (colección DIAL BIANCO), mosaico (CATÁLOGO MOSAICO) y baldosas porcelánicas (CATÁLOGO PORCELÁNICO-ACROMI). Estos productos son similares en diseño, técnica de fabricación y uso final al que van destinados los fabricados y comercializados por A.Y.P S.A.*

Ambas empresas, A.Y.P. SA. Y B. participan en las mismas ferias sectoriales; en

especial CERSAIE feria italiana del azulejo, líder en el sector.

Tanto A.Y.P. S.A. como B. compartían clientes en el mercado francés.”

Apoya la parte recurrente tal adición en primer término en el informe pericial y en los documentos 13,14 y 20 de la parte actora. Tales documentos e informe pericial han sido ya valorados por el Juzgador a quo que es al que incumbe valorar las pruebas practicadas y los elementos de convicción para fijar aplicando las reglas de la sana crítica los hechos probados. Lo que pretende la empresa recurrente es que la Sala realice una nueva valoración de tales documentos para alcanzar las conclusiones que quiere adicionar a los hechos probados, obviando que el Magistrado de instancia no sólo ha tenido a la vista tal documental sino que también ha valorado la prueba testifical y pericial practicada señalando así en los fundamentos que según el informe pericial aportado por la parte actora “existen similitudes estéticas, técnicas y de uso en los productos que fabrican y comercializan ambas empresas”, indicando que sin embargo el informe pericial es una mera comparación de catálogos de ambas firmas. Derivado de ello únicamente cabe adicionar parte del texto propuesto, y así lo referido a que B. fabrica y comercializa revestimientos y pavimentos de baldosas porcelánicas y de baldosa hidráulica, con una colección denominada GLASS TILES que es lo único que puede desprenderse de los documentos citados y no el resto de las menciones que sólo podrían reflejarse en atención a las conjeturas y argumentaciones reflejadas en el informe pericial que como se ha indicado ya se ha valorado por el Juzgador a quo. También debe hacerse mención a la participación en las mismas ferias pues precisamente así lo reconoce la Sentencia en sus fundamentos remitiéndose al documento 17 de la actora. De modo que se admite la adición del siguiente texto: *“Dentro de su división cerámica, B. fabrica y comercializa revestimientos y pavimentos (colección GLASS TILES), baldosa hidráulica y baldosas porcelánicas. Ambas empresas, A.Y.P. SA. Y B. participan en las mismas ferias sectoriales; en especial CERSAIE feria italiana del azulejo, líder en el sector.”*. No cabe adicionar el resto del texto propuesto que lo que refleja son apreciaciones y conjeturas que no se extraen directamente de los documentos aportados, al igual que sucede con la mención a la clientela del mercado francés pues ha valorado el Magistrado de Instancia en la Sentencia los documentos 15 y 16 aportados por la parte actora considerando que de los mismos no se puede desprender que coincidan ambas empresas en el mercado francés o en el español y con su clientela, siendo tal valoración la que debe prevalecer sobre la más subjetiva e interesada de la parte recurrente, sobre todo cuando la misma se ajusta a las reglas de la sana crítica.

Al respecto debe señalarse en primer término que para que pueda operar la revisión de los hechos declarados probados propuesta por las partes viene exigiendo la Jurisprudencia que concurran los siguientes requisitos:

A) Ha de devenir trascendente a efectos de la solución del litigio, con propuesta de texto alternativo o nueva redacción que al hecho probado tildado de erróneo pudiera corresponder y basada en documento auténtico o prueba pericial que, debidamente identificado y obrante en autos, patentice, de manera clara, evidente y directa, de forma contundente e incuestionable, sin necesidad de acudir a hipótesis,

conjeturas, suposiciones o argumentaciones más o menos lógicas, naturales o razonables, el error en que hubiera podido incurrir el juzgador, cuya facultad de apreciación conjunta y según las reglas de la sana crítica, (artículo 97.2 [LRJS](#) no puede verse afectada por valoraciones o conclusiones distintas efectuadas por parte interesada. Es al Juez de instancia, cuyo conocimiento directo del asunto garantiza el principio de inmediación del proceso laboral, a quien corresponde apreciar los elementos de convicción -concepto más amplio que el de medios de prueba- para establecer la verdad procesal intentando su máxima aproximación a la verdad real, valorando, en conciencia y según las reglas de la sana crítica, la prueba práctica.

B) La revisión pretendida sólo puede basarse en las pruebas documentales o periciales sin que sea admisible su invocación genérica, y sin que las declaraciones de las partes o de testigos sea hábiles para alcanzar la revisión fáctica en el extraordinario recurso de suplicación.

C) El Juzgador ha de abstenerse de consignar en la relación de hechos probados cualquier anticipación de conceptos de derecho, que tienen su lugar reservado en la fundamentación jurídica.

La alegación de carencia de elementos probatorios eficaces, denominada por la doctrina "obstrucción negativa", resulta completamente inoperante para la revisión de los hechos probados en suplicación ante la facultad otorgada al Magistrado de apreciar los elementos de convicción.

E) La revisión pretendida debe ser trascendente para el sentido del fallo, esto es, influir en la variación de la parte dispositiva de la sentencia, y no puede fundarse en hechos nuevos no tratados ante el Juzgado de lo Social.

En este caso como se ha señalado, la parte recurrente lo que pretende es que se vuelvan a valorar los documentos aportados por dicha parte al acto de juicio para así a través de una serie de hipótesis y conjeturas como son las que realiza la parte actora en su recurso, se llegue a la conclusión de que los productos fabricados por ambas empresas son similares, pues no se extrae directamente de tales documentos, de forma directa, patente e incuestionable tal conclusión, siendo así que además coexisten otros documentos valorados también por el Juzgador a quo y a partir de los cuales llega a conclusiones diferentes. Como se ha señalado para que pueda operar la revisión de hechos probados en este recurso de carácter casi extraordinario, es necesario que lo pretendido por el recurrente no quede desvirtuado por otras probanzas que hayan podido ser consideradas por el juzgador/a de instancia, y de las que no quepa deducir una interpretación distinta a aquella que obtiene la parte, ya que, ante posibles contradicciones debe prevalecer el criterio del órgano jurisdiccional, que actúa de manera imparcial y objetiva frente al interés de una parte, correspondiendo al juzgador/a la facultad privativa sobre la valoración de todas las pruebas aportadas al proceso, de acuerdo con el artículo 97.2 de la Ley de procedimiento laboral (S.T.S. 18/11/1999) y en iguales términos a lo instituido en el mismo precepto de la vigente Ley Reguladora de la Jurisdicción Social. Por ello sólo cabe acceder a adicionar el texto antes señalado.

TERCERO.-En segundo término y al amparo del mismo motivo destinado a la revisión de hechos probados se interesa la adición de un HECHO PROBADO CUARTO TRIS, para el que propone la siguiente redacción: *“A.Y.P. S.A., es una empresa española con implantación en el mercado francés. El demandado ejercía su labor comercial en Francia como trabajador por cuenta ajena de A.Y.P.SA.”* Funda tal revisión la parte actora en los documentos obrantes a los folios 333 a 355, 207 y 210 a 232, y dado que se deduce tal extremo de la documental aportada y se viene a reconocer por el demandado al impugnar el recurso, no habiéndose reflejado tal extremo en los hechos probados, procede acceder a tal adición, si bien haciendo constar que ejercía labor comercial en Francia, y no “su” labor comercial pues no consta si sólo actuaba en Francia o también en el mercado nacional.

CUARTO.- Formula la parte recurrente un segundo motivo de recurso al amparo del apartado c) del artículo 193 LRJS, denunciando la infracción de los artículos 5 d) y 21-2 E.T. En relación con los artículos 1101 y siguientes del Código civil. Al efecto y dado que la única discusión que se deriva del presente recurso es si el demandado incumplió o no el pacto de no competencia, cuya validez no ha sido cuestionada por las partes, debe indicarse que dispone el precepto cuya infracción se denuncia que "El pacto de no competencia para después de extinguido el contrato de trabajo, que no podrá tener una duración superior a dos años para los técnicos y de seis meses para los demás trabajadores, sólo será válido si concurren los requisitos siguientes: a) Que el empresario tenga un efectivo interés industrial o comercial en ello; y b) Que se satisfaga al trabajador una compensación económica adecuada". Es doctrina jurisprudencial consolidada que el pacto de no competencia para después de extinguido el contrato de trabajo, en cuanto supone una restricción de la libertad en el trabajo consagrado en el art. 35 C. E ., y del que es reflejo el art. 4-1 E. T ., recogido en el art. 21-2 E. T ., requiere para su validez y licitud aparte de su limitación en el tiempo, la concurrencia de dos requisitos; por un lado, que se justifique un interés comercial o industrial por el empresario, por otro que se establezca una compensación económica; existe por tanto un doble interés: para el empleador la no utilización de los conocimientos adquiridos en otras empresas; para el trabajador asegurarse una estabilidad económica extinguido el contrato, evitando la necesidad urgente de encontrar un nuevo puesto de trabajo; estamos, pues, ante obligaciones bilaterales, recíprocas, cuyo cumplimiento por imperativo del art. 1256 del C. Civil no puede quedar al arbitrio de sólo una de las partes contratantes; dicha cláusula tiene naturaleza indemnizatoria; su incumplimiento por alguna de las partes, da lugar a la indemnización de daños y perjuicios, extinguiéndose el pacto por aplicación de lo dispuesto en el art. 1101 del C. Civil; éstos, de acuerdo con el art. 1167 del C. Civil se concretan en los previstos o que se hayan podido prever al constituirse la obligación y que sean consecuencias necesarias de su falta de cumplimiento ([sentencia del TS de 21-1-04 \(RJ 2004, 1727\)](#) rec. 1707/03 con cita de la de 24-9-90). La [sentencia del TS de 14-5-09 \(RJ 2009, 3001\)](#) rec. 1097/08 recuerda que el pacto de no competencia postcontractual genera expectativas tanto para el trabajador (indemnización para compensarle del perjuicio que pueda suponer, tener que dedicarse, después de extinguido el contrato y durante el tiempo pactado, a otra actividad distinta, para la que quizá no esté preparado), como para el empresario (evitar el perjuicio que pueda

suponer la utilización por el trabajador de los conocimientos adquiridos en la empresa en una actividad que entra en competencia con aquélla). Por lo que respecta al requisito de la existencia de un efectivo interés comercial o industrial, la jurisprudencia ha declarado que se ha de apreciar cuando el trabajador pasa a prestar servicios al propio sector de su antigua empresa y se dedica al tráfico de análogas mercancías ([sentencia del TS de 5-2-90 \(RJ 1990, 821\)](#)). Asimismo cuando el trabajador tiene conocimiento por su prestación de servicios de las técnicas de organización de ventas de la empresa y sus contactos con los clientes en el mercado ([sentencia del TS de 28-6-90 \(RJ 1990, 5537\)](#)). Igualmente se aprecia dicho interés comercial si las empresas tienen una misma actividad y potencial clientela ([sentencia del TS de 2-1-91 \(RJ 1991, 46\)](#)). En definitiva, la existencia de interés comercial o industrial viene dado por la utilidad de la empresa de evitar que el trabajador una vez que cesa en su prestación de servicios pase a hacerlo para otra empresa del mismo sector realizando similares actividades, es decir en un mercado coincidente desempeñando tareas relevantes, aquellas que presentan un riesgo objetivo y concreto para los intereses competitivos del empleador perjudicando su posición en el mercado.

En el presente caso las partes suscriben un pacto de no competencia post contractual en el que de forma concreta y determinada se recoge cuál sería la actividad que se entendería concurrente con la de A.Y.P. SA. Se señala así que en virtud de dicho pacto el Sr. L. se obliga a no efectuar competencia a A.Y.P. SA una vez terminada la relación laboral prestando servicios por cuenta propia o ajena para otras empresas que se dediquen a la fabricación o comercialización de azulejos, pavimentos y revestimientos cerámicos, incluso de grés o semigrés, porcelánico, extrusionado, piezas especiales de decoración y piezas complementarias cerámicas. De este modo, se detallan en el pacto de forma concreta los productos que no puede comercializar, derivándose de ello que en este caso el efectivo interés industrial que lleva a las partes a suscribir tal pacto, se circunscribe a tales productos y actividades, debiendo estarse a los términos concretos del pacto suscrito que es el que obliga a las partes y que de forma estricta y detallada concreta los productos que no debe el demandado ni por su cuenta ni bajo la dependencia de otra empresa comercializar. Partiendo de tales consideraciones, a la vista de la prueba documental y testifical el Juzgador a quo considera acreditado que la empresa en la que actualmente presta servicios el demandado con implantación global en Francia, se dedica a la actividad de fabricación de productos de vidrio para construcción y mobiliario, siendo especialista concretamente en la fabricación de mosaicos de vidrio para decoración de interiores y exteriores, además de trabajar cristal, cerámica y hormigón. Por su parte A.Y.P. se dedica a la actividad general de fabricación y comercialización de azulejos y pavimentos, porcelánicos, cementos, terrazos, mosaicos e hidráulicos. Partiendo de tales consideraciones recogidas en los hechos probados, la Sentencia de instancia dado que entiende probado que la actividad principal de B. es la de mosaico vitreo, estima que no se acredita el incumplimiento por parte del demandado del pacto de no competencia suscrito por haber pasado a desarrollar su actividad bajo la dependencia de tal empresa. Sin embargo la propia Sentencia recoge que B. también trabaja con cerámica y hormigón, siendo precisamente la fabricación de revestimientos cerámicos o de otras piezas cerámicas, una de las actividades que se recogieron en el pacto suscrito entre las partes, incide en concurrencia con A.Y.P. Aunque se acredite que su

actividad fundamental como se indica es la mosaico vítreo, puesto que la Sentencia considera probado a la vista de la testifical y del documento 11 de la parte actora que B. trabaja cristal, cerámica y hormigón aun cuando lo sea de forma parcial, incidirá tal empresa y desde luego el demandado que es el responsable comercial de zona de la misma en Francia, en una actividad concurrente con A.Y.P., al comercializar y fabricar también productos utilizando cerámica. De hecho, la Sentencia de instancia reconoce productos coincidentes entre las empresas, que indica es el cemento, y señala también que forman parte del sector de azulejo y pavimento ambas empresas, pero valorando que A.Y.P. S.A. frente a la otra empresa tiene una amplia gama de producto fundamentalmente porcelánico, deriva de ello que no se ha producido una situación de concurrencia en los términos pactados por las partes y que en consecuencia no se ha producido el incumplimiento del pacto de no competencia. Sin embargo, el mero hecho de la coincidencia parcial de los productos a fabricar y comercializar, que además se realiza dentro del mismo ámbito geográfico, así en la zona de Francia en la que también actuaba el demandado como así lo reconoce en su escrito de impugnación, se haya acreditado o no a la fecha la coincidencia de la clientela de una y otra empresa, puesto que inciden ambas empresas en un mismo mercado potencial de clientes, ello revela la situación de concurrencia que trataba de evitar la empresa con la fijación de un pacto de no competencia y con la compensación económica que a cambio ha ido abonando al trabajador y conlleva que se entienda a diferencia de lo que ha considerado la Sentencia de instancia que el trabajador ha incumplido tal pacto y debe con arreglo al pacto suscrito cuyo contenido y validez no se ha discutido, devolver a la empresa las cantidades recibidas de la empresa como compensación por el pacto suscrito con el incremento del interés legal del dinero más dos puntos, cuyo importe cifra la empresa en la suma de 54.603,61 euros y que no se discute por la demandada.

Respecto al importe restante reclamado que corresponde al concepto de indemnización de daños y perjuicios como ya resolvió esta Sala en la Sentencia 1190 de 2 de junio de 2015, en procedimiento instado también por la ahora recurrente, no consta en el relato fáctico ni se ha tratado de adicionar que el demandado percibiere una especialización profesional con cargo al empresario para poner en marcha proyectos determinados o realizar un trabajo específico (art. 21-4 E.T.), y no constando que se haya ocasionado a la demandada algún tipo de daño o perjuicio que ni siquiera se alega ni acredita teniendo en cuenta que la cláusula se pacta por el concepto de indemnización de daños y perjuicios y que una cláusula de contenido similar ha sido ya interpretada por la Sala en la sentencia citada, no procede la condena al abono de la citada suma reclamada por importe de 9.124,50 euros, estimando por ello sólo en parte el recurso.

QUINTO.- De conformidad con lo establecido en el artículo 235 LRJS ante la estimación en parte del recurso no procede la imposición de costas, acordando la devolución a la parte recurrente del depósito constituido para poder recurrir.

Por ello;

VISTOS los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

FALLAMOS

Que estimando en parte el recurso de suplicación interpuesto por la representación procesal de la empresa A.Y. P. S.A. contra la sentencia de fecha treinta de noviembre del Dos Mil Quince dictada por el Juzgado de lo Social Número 1 de Castellón, en autos número 256/2014 seguidos a instancias de la recurrente frente a D. M.J.L. sobre CANTIDAD, debemos de revocar dicha Sentencia, acordando en su lugar estimar en parte la demanda formulada por la empresa condenando a D. M.J.L. a abonar a la empresa demandante la suma de 54.603,61 euros. Sin costas y con devolución a la empresa recurrente del depósito constituido para poder recurrir.

2205

Sentencia núm. 617, de 7 de marzo de 2017

Materia: Prestación riesgo durante la lactancia. Trabajadora personal sanitario que ejerce funciones de ATS en helicóptero medicalizado. La actora estuvo en situación de riesgo durante el embarazo, optando posteriormente por lactancia materna. Tras disfrutar del periodo de maternidad, procede a disponer del periodo de vacaciones y permiso por acumulación de horas de lactancia. A continuación, causa periodo de incapacidad temporal por trastorno de adaptación con humor deprimido. La actora solicita certificación médica y prestación sobre riesgo durante el embarazo o lactancia.

Juzgado: Estima íntegramente la demanda declarando el derecho de la actora a la percepción de la prestación, desde el día siguiente al cese del disfrute de vacaciones de la actora hasta que legalmente proceda su extinción, bien porque la menor alcance la edad de nueve meses, o porque durante ese periodo la actora esté percibiendo cantidades que son incompatibles con esta prestación.

Sala: Desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia. La actora cumple los requisitos para tener acceso a la prestación solicitada.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se recurre por la MUTUA X. la sentencia de 1-9-15 del Juzgado de procedencia y posterior Auto de Aclaración de 18-9-15, que, estimando la demanda, declaró el derecho de la actora a percibir la prestación de riesgo de lactancia con condena a la Mutua y al INSS en los términos que en dichas resoluciones se contienen (el Auto de Aclaración sustituyó en el Fallo "desde el día 7/10/2014, (...) incompatibles con esta", por "desde el 7/11/2014 hasta que legalmente proceda su extinción, bien porque el menor haya alcanzado la edad de nueve meses, o bien porque en el mismo periodo la actora esté percibiendo otras prestaciones incompatibles con la que se reclama en el presente procedimiento", manteniendo el resto de los pronunciamientos de la resolución..)

Articula la Mutua su recurso a través de dos motivos, al amparo, respectivamente, de los apartados b) y c) del artículo 193 de la LJS, para, también respectivamente, revisión de hechos probados y examen de las infracciones normas sustantivas y doctrina jurisprudencial que indica, interesando sentencia revocatoria de la recurrida y desestimatoria de la demanda, con su absolución y devolución del depósito y aval constituido por ella para recurrir.

Ha sido impugnado por la demandante, oponiéndose a todos los motivos e interesando la confirmación de la sentencia recurrida.

SEGUNDO.- En revisión de hechos privados, solicita la recurrente ciertas modificaciones en el Hecho Probado Quinto: a) que se sustituya “durante tres o cuatro días a la semana” por “en ciclos de tres semanas a razón de 3 días la primera semana, 2 días la segunda semana y 2 días la tercera semana”, para lo que se apoya en el folio 51 que forma parte del Informe de Riesgos del puesto de la actora del Servicio de Prevención de Riesgos Laborales de la Agencia Valenciana de Salud, en el que efectivamente así se dice y en el de los folios 84 y 85, que constituyen la declaración empresarial, apareciendo en el 85 en frecuencia “cada 3 o 4 días”, lo que se acepta por resultar claramente de los documentos invocados y tener relevancia para la tesis de la recurrente y b) que se sustituya “de los cuales un porcentaje está constituido por avisos de helicóptero medicalizado, en cuyo caso si” por “ alguno de los cuales puede requerir la salida en helicóptero medicalizado, pudiendo suceder, si en alguna ocasión”, para lo que alude a falta de respaldo probatorio, modificación que, por tanto, no puede ser acogida al no permitir basarse la revisión en la alegación de falta de prueba, cuando si la ha habido como ocurre en este caso, además de considerarse irrelevantes las matizaciones que la parte recurrente hace.

TERCERO.- En el examen del derecho, alega infracción por la sentencia por interpretación erróneo y/o aplicación indebida de los artículos 135 bis y ter de la LGSS, en relación con el 49 del RD 295/2009 y el 26.4 de la Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales y de la doctrina sentada por el TS en sus sentencias de 21-3-13 y 18-3-11, argumentando, en síntesis, que no se han concretado los riesgos en relación con el puesto de trabajo, ni la determinación específica de la naturaleza, grado y duración de la exposición; como tampoco la imposibilidad de adaptación del puesto, ni el cambio a otro conservando la retribución (no pudiendo aceptarse la negativa de la Conselleria que es notorio dispone de varios miles de puestos a ocupar por la demandante como enfermera o DUE), siendo preciso todo ello para poder acceder a la suspensión del contrato contemplada en el artículo 45.1, d) del ET y a la prestación que se solicita.

En nuestra anterior Sentencia de 31-10-16 (Recurso 3339/15), referida a supuesto en que la demandante, que venía prestando servicios como enfermera SAMU en una UVI medicalizada, solicitaba la prestación de riesgo durante la lactancia, habiendo disfrutado de la prestación de riesgo durante el embarazo, su jornada era de 24 horas cada seis días y, como riesgos específicos en dicho puesto de trabajo, se destacaba la exposición a agentes biológicos en caso de contactos y se recomendaba evitar la realización de turnos de 24 horas así como la realización del trabajo nocturno y en que la sentencia de instancia la concedió por el riesgo biológico y por los turnos, la misma fue revocada ya que el riesgo biológico no es un riesgo específico para la lactancia sino genérico para los trabajadores que presten servicios en el puesto de trabajo de la actora y los turnos y la nocturnidad en principio tampoco es un riesgo para la lactancia siempre que la madre pueda llevar a cabo la extracción de la leche y su conservación y no esté contraindicada para la madre ni para el lactante lo que no consta en este caso. En esa anterior sentencia nuestra, se comenzaba diciendo:

<<Sobre la prestación de riesgo durante la lactancia nuestro Alto Tribunal ha establecido doctrina unificada en los términos que se recogen, entre otras muchas, en la sentencia de 24 de junio de 2013, Recurso: 2488/2012, según la cual:

" a) La evaluación de los riesgos a que se refiere el art. 16 LRPL deberá comprender la determinación de la naturaleza, el grado y la duración de la exposición de las trabajadoras en situación de lactancia natural a agentes, procedimientos o condiciones de trabajo que puedan influir negativamente en la salud de las trabajadoras o del lactante, en cualquier actividad susceptible de presentar un riesgo específico. Si los resultados de la evaluación revelasen un riesgo para la seguridad y la salud o una posible repercusión sobre el embarazo o la lactancia de las citadas trabajadoras, el empresario adoptará las medidas necesarias para evitar la exposición a dicho riesgo, a través de una adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo de la trabajadora afectada. Dichas medidas incluirán, cuando resulte necesario, la no realización de trabajo nocturno o de trabajo a turno.

b) La evaluación de los riesgos en caso de lactancia natural en relación con el puesto de trabajo ha de ser específica, que alcance a la determinación de la naturaleza, grado, y duración de la exposición.

Es preciso conocer con detalle la naturaleza, extensión, características, tiempo de exposición al riesgo y seguimiento de la existencia del mismo (así lo expresábamos en la mencionada STS de 21 de septiembre de 2011 -rcud. 2342/2010 -)

Una vez determinados esos extremos, la acción inmediata que ha de seguirse por parte del empresario es la de adoptar las medidas necesarias para evitar esa exposición al riesgo, adaptando las condiciones o el tiempo de trabajo de la trabajadora. Sólo cuando esa adaptación no resulte posible o la realizada sea insuficiente de forma que las actividades a desarrollar (número 2 del art. 26 LPRL) "pudieran influir negativamente en la salud de la trabajadora embarazada o del feto, y así lo certifiquen los Servicios Médicos del Instituto Nacional de la Seguridad Social o de las Mutuas, en función de la Entidad con la que la empresa tenga concertada la cobertura de los riesgos profesionales, con el informe del médico del Servicio Nacional de Salud que asista facultativamente a la trabajadora, ésta deberá desempeñar un puesto de trabajo o función diferente y compatible con su estado".

c) Incluso cuando no existan puestos de trabajo o función compatible, la norma específica que la trabajadora podrá ser destinada a un puesto no correspondiente a su grupo o categoría equivalente, si bien conservará el derecho al conjunto de retribuciones de su puesto de origen. Y sólo cuando todo ello no sea posible, podrá declararse el paso de la trabajadora afectada a la situación de suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo, contemplada en el art. 45.1.d) ET, tal y como señala el art. 26.3 LPRL, durante el período necesario para la protección de su seguridad o de su salud y mientras persista la imposibilidad de reincorporarse a su puesto anterior o a otro puesto compatible con su estado".

2. Como asimismo recordaba nuestra precitada STS de 22-11-2011 (R. 306/2011), "... para que la prestación por riesgo durante la lactancia natural pueda percibirse en los términos previstos en los arts. 135 bis y ter LGSS, han de cumplirse todos los requisitos normativamente previstos de manera sucesiva, esto es, la identificación de riesgos específicos para la trabajadora en situación de lactancia natural, la imposibilidad de

adaptación de las condiciones del puesto específico y por último la imposibilidad de cambio de la trabajadora a un puesto de la misma o diferente categoría que no tenga esos riesgos o con niveles de riesgo tolerables y controlados"

3. También hemos sostenido con reiteración que la prestación de riesgo durante la lactancia, que se contempla en los arts. 135.bis y 135.ter de la LGSS y en el Real Decreto 295/2009, reglamento éste que sustituyó al RD 1251/2001, de 16 de noviembre, y que ya estaba en vigor cuando la aquí actora dio a luz (30/6/2009), contiene una regulación particularmente compleja, porque el art. 135.bis de la LGSS delimita la situación protegida mediante la referencia al "periodo de suspensión del contrato de trabajo en los supuestos en que, debiendo la mujer trabajadora cambiar de puesto de trabajo por otro compatible con su situación, en los términos previstos en el art. 26.4 de la Ley 31/1995 ..., dicho cambio no resulte técnica u objetivamente posible, o pueda exigirse por motivos justificados". "La situación protegida queda vinculada a una suspensión del contrato de trabajo que, a su vez, requiere: 1º) la constatación de un riesgo que se produce cuando las condiciones de trabajo pueden influir negativamente sobre la salud de la mujer y de su hijo (art. 26.4 LPRL); 2º) que la adaptación de las condiciones de trabajo por parte del empresario no sea posible o no permita eliminar el riesgo (art. 26.2 LPRL) y 3º) que tampoco sea posible el traslado de la trabajadora a "un puesto o función diferente y compatible con su estado", aplicando los principios propios de la movilidad funcional (art. 26.2. 2º LPRL), o, incluso, a "un puesto no correspondiente a su grupo o categoría" (art. 26.2.3º LPRL) " (STS 21- 9-2011, R, 2342/10).

4. Siguiendo igualmente a nuestra reciente STS 21-3-2013, cabe hacer una última referencia a la circunstancia de trabajo a turnos de la demandante que se menciona en la declaración de hechos probados: " En nuestra STS de 24 de abril de 2012 (rcud. 818/2011) -reiterada por las STS de 21 de junio y 22 de noviembre de 2012 (rcud. 2361/2011 y 1298/2011)- tuvimos ocasión de analizar un supuesto de riesgo para la lactancia natural en que el factor de riesgo se ceñía a la cuestión del tiempo de trabajo, en concreto, al sistema de turnos y distribución horaria. Y sostuvimos que, ciertamente tal riesgo se puede apreciar cuando los horarios de trabajo resultan inadecuados con los periodos regulares de alimentación del lactante, pero precisábamos que ello era así siempre y cuando la incompatibilidad de la "toma" directa no pudiera paliarse con la extracción de la leche y ello porque se daban en aquellos supuestos las particulares circunstancias de que el lugar en que se desarrollaba la prestación de servicios impedía tanto la extracción de la leche como su conservación (tripulantes de cabina de aviones). Podríamos añadir que, en cualquier caso, habría de acreditarse que la extracción fuera, en el supuesto concreto, método no aconsejable para la salud de la madre o del lactante ".>>

CUARTO.- En nuestro caso, de los hechos probados con la modificación aceptada, destacamos que:

- Dña. M.J.M.M., viene prestando servicios en la categoría profesional ATS/SAMU del Servicio de Emergencias Sanitarias de Alicante, en la unidad SAMU VEGA 4 de Orihuela (Alicante). Su horario de trabajo es de 9:30 a 21:30 horas ininterrumpidas, en ciclos de tres semanas a razón de 3 días la primera semana, 2 días la segunda semana y 2 días la

tercera semana. Sus funciones consisten fundamentalmente en atender los avisos de emergencias de pacientes en estado crítico, accidentes de tráfico, laborales, etc., de los cuales un porcentaje está constituido por avisos de helicóptero medicalizado, en cuyo caso si el aviso se produce en las últimas horas de la jornada, la salida se puede prolongar durante la noche, debiendo pernoctar fuera de su domicilio.

- Estuvo en situación de riesgo durante el embarazo desde noviembre de 2013 hasta el nacimiento de su hija el 27/05/2014, optando por la lactancia natural. Tras dar a luz disfrutó de la baja por maternidad desde el 28/05/14 hasta el 15/09/14. A continuación, ha disfrutado de su periodo vacacional hasta el 6/10/14. Desde el 7/10/14 hasta el 6/11/14 ha disfrutado de la acumulación de horas de lactancia. El INSS reconoció a la actora el derecho a la prestación de maternidad sobre una base reguladora diaria de 84,41€. Se encuentra en situación de incapacidad temporal desde el 14/11/14, con diagnóstico de "trastorno de adaptación con humor deprimido".

- Desde 1-1-14, la cobertura de los riesgos profesionales corresponde a la MUTUA IBERMUTUAMUR, a la que el 1-9-14 presentó solicitud de certificación médica de riesgo durante la lactancia natural, emitiendo la referida Mutua Acuerdo de fecha 3/09/14, en el que se la denegaba, indicando que "su actividad no es de las que puedan influir negativamente en su salud o en la de su hijo/a, de acuerdo con lo establecido en el art. 26 de la Ley 31/1995 de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales por lo que no cabe iniciar el procedimiento dirigido a la obtención de la correspondiente prestación".

- El mismo 1/09/14 el médico coordinador CICU emitió informe en el que se indicaba que "no resulta técnicamente posible la adaptación/cambio de puesto de trabajo debido a las especiales características del puesto ATS/SAMU y la no existencia de otro puesto de trabajo diferente, acorde con la situación de riesgo de la trabajadora".

- El Servicio de Prevención de Riesgos Laborales, Unidad periférica nº 8 de Elche había emitido Informe de 18-8-14 de adaptación del puesto de trabajo por protección durante la lactancia natural, en el que se apreciaba la existencia de los siguientes riesgos:

- agentes biológicos de los grupos 2 y 3
- factores de riesgo ergonómico derivados de posturas forzadas de tronco y movilización manual de cargas y pacientes
- realización de jornadas prolongadas y trabajo nocturno
- riesgo de seguridad, derivado de su actividad en ambulancia y helicóptero (la unidad donde realiza su actividad es de referencia para el traslado de pacientes en helicóptero).

Como consecuencia de ello, el informe califica a la trabajadora "apta con limitaciones", y propone, entre otras, las siguientes recomendaciones:

- adaptación del tiempo de trabajo, lo que implica flexibilidad horaria o pausas adecuadas en frecuencia y duración que favorezcan el mantenimiento de la lactancia natural; si fuere necesario, no realización de trabajo nocturno; disponer de un lugar confortable y adecuado (limpieza, temperatura adecuada y posibilidad de privacidad)

para amamantar al menor o extraer la leche, y un frigorífico para la conservación de la leche.

-se recomienda extremar las medidas de higiene general y específicas, así como utilizar equipos de protección individual para evitar las transmisión de infecciones.

Pues bien, a partir del relato fáctico y trasladando la doctrina antes expuesta, se estima que se cumplen todos los requisitos: a) *la identificación de riesgos específicos para la trabajadora en situación de lactancia natural (no por los agentes biológicos de los grupos 2 y 3, ni por los factores de riesgo ergonómico derivados de posturas forzadas de tronco y movilización manual de cargas y pacientes, sino por la realización de jornadas prolongadas y trabajo nocturno y no sólo en ambulancia, sino también en helicóptero medicalizado y en este último caso, además, si el aviso se produce en las últimas horas de la jornada, la salida se puede prolongar durante la noche, debiendo pernoctar fuera de su domicilio y no consta reúna las condiciones adecuadas de higiene y para la extracción y conservación de la leche; b) la imposibilidad de adaptación de las condiciones del puesto específico y c) la imposibilidad de cambio de la trabajadora a un puesto de la misma o diferente categoría que no tenga esos riesgos o con niveles de riesgo tolerables y controlados" .*

Creemos que este caso se acomoda más al supuesto último a que alude la STS antes citada, cuando dice " En nuestra STS de 24 de abril de 2012 (rcud. 818/2011) - reiterada por las STS de 21 de junio y 22 de noviembre de 2012 (rcud. 2361/2011 y 1298/2011)- tuvimos ocasión de analizar un supuesto de riesgo para la lactancia natural en que el factor de riesgo se ceñía a la cuestión del tiempo de trabajo, en concreto, al sistema de turnos y distribución horaria. Y sostuvimos que, ciertamente tal riesgo se puede apreciar cuando los horarios de trabajo resultan inadecuados con los periodos regulares de alimentación del lactante, pero precisábamos que ello era así siempre y cuando la incompatibilidad de la "toma" directa no pudiera paliarse con la extracción de la leche y ello porque se daban en aquellos supuestos las particulares circunstancias de que el lugar en que se desarrollaba la prestación de servicios impedía tanto la extracción de la leche como su conservación (tripulantes de cabina de aviones)", lo que en nuestro supuesto se da en el trabajo de la demandante en el helicóptero y, que, en consecuencia, la sentencia no incurre en las infracciones imputadas, por lo que procede su confirmación, previa desestimación del recurso.

QUINTO.- De conformidad con lo establecido en los artículos 235.1 y 204 de la Ley de la Jurisdicción Social, procede la expresa condena en costas a la parte recurrente vencida en el recurso, así como igualmente procede la condena a la pérdida del depósito y consignación constituidos para poder recurrir, a los que se dará el destino pertinente, una vez sea firme esta sentencia.

FALLAMOS

Desestimando el recurso de suplicación formulado por MUTUA X. contra la Sentencia y Auto de fechas respectivas de 1 y 18 de septiembre de 2015, dictadas por el Juzgado de lo Social número 7 de Alicante, en autos 881/14 sobre PRESTACIÓN DE RIESGO DURANTE LA LACTANCIA, siendo parte recurrida D^a M.J.M.M. e INSTITUTO

NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, confirmamos la referida Sentencia; condenamos a la parte recurrente a que abone al Letrado de la parte que ha impugnado el recurso 600 euros de honorarios y condenamos igualmente a la parte recurrente a la pérdida del depósito y consignación constituidos para recurrir a los que se dará el destino que proceda legalmente.

2206

Sentencia núm. 680, de 10 de marzo de 2017

Materia: Impugnación de alta médica: Efectos económicos. Trabajadora afiliada al RGSS con sucesivos partes de baja por IT. Iniciación de nueva situación de incapacidad con anterioridad a los seis meses de transcurso de actividad. Nuevas patologías que dan lugar a los procesos de incapacidad. Periodo de carencia. Reconocimiento efectos económicos de la nueva baja médica. Procedencia.

Juzgado: Desestima la demanda absolviendo a los demandados de todas las pretensiones que en ella se contienen. No procede el reconocimiento de los efectos económicos.

Sala: Estima el recurso y revoca la sentencia de instancia. La baja médica de la demandante de fecha 16/12/2015 tiene plenos efectos económicos, condenando a los demandados a estar y pasar por tal declaración y al abono del subsidio correspondiente.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se recurre por la demandante, a la que respecto al 16-2-15 se le emitieron partes de baja médica con la indicación de que no tenían efectos económicos en tanto el INSS no dictase resolución al respecto, lo que hizo en Resolución de 7-4-15 acordando que la nueva baja por IT de la actora de 16-2-15 carecía de efectos económicos, la sentencia del Juzgado de lo Social de procedencia que desestimó su demanda en solicitud de que se declarase que dicha baja de IT si tenía efectos económicos condenando a las demandadas INSS y FREMAP a estar y pasar por ello y al abono del subsidio de IT correspondiente.

Articula el recurso a través de dos motivos: el primero, al amparo del apartado b) del artículo 193 de la LJS, para revisión de hechos probados y, el segundo, al amparo del c), para el examen de las infracciones de normas sustantivas y jurisprudencia que indica.

Ha sido impugnado por la Mutua, que, como cuestión inicial, aduce la irrecurribilidad de la sentencia porque: a) en su fundamento cuarto dice no cabe por aplicación del artículo 140.3,c) y 191.2,g) de la LJS -referidos a la impugnación de alta médica- y en su fallo también dice no cabe sin que se haya pedido aclaración o rectificación y b) por el propio artículo 191.2,g) al ser la cuantía inferior a 3000 euros dado que la prestación solicitada que es desde 16-2-15 lo sería hasta la nueva baja médica de 20-4-15 y luego continúa oponiéndose a todos los motivos e interesando la confirmación de la sentencia recurrida.

La actora presentó alegaciones, diciendo que el recurso cabe por lo dispuesto en el artículo 191.3, c) por versar el asunto sobre reconocimiento o denegación del

derecho a obtener prestaciones de seguridad social y que la posterior resolución teniendo por anunciado el recurso no fue impugnado deviniendo firme. Además, manifestó que la Mutua trata de introducir dos causas nuevas de oposición que no fueron alegadas ni tratadas en juicio, como son: que la actora no se encontraba incapacitada (al oponerse al motivo primero del recurso) y que no acredita el periodo de carencia a partir de la resolución de la incapacidad permanente (al oponerse al motivo segundo del recurso), siendo además que dicha resolución es posterior.

Con carácter previo, debe señalarse que el recurso de suplicación cabe porque no se trata de impugnación de un alta médica y la cuantía tampoco tiene relevancia al efecto porque el pleito versa sobre reconocimiento o denegación del derecho a obtener prestaciones de la seguridad social (en este caso, del derecho o no al subsidio de IT), lo que, como aduce la actora, entra en los supuestos en que procederá en todo caso la suplicación, en concreto en el artículo 191.3,c) de la LJS. Por lo demás, es irrelevante lo que diga la sentencia y que se haya tramitado el recurso, porque se trata de un requisito al que debe referirse el recurrente en el recurso (alegaciones sobre su procedencia según artículo 196.2), puede hacerlo el recurrido en su escrito de impugnación (alegaciones sobre inadmisibilidad según artículo 197.2) con posible respuesta del recurrente (artículo 197.3) y, sobre todo, examinable de oficio (artículos 200 y 201).

SEGUNDO.- En revisión de hechos probados se solicita la sustitución del actual tenor del Hecho Probado Sexto por el siguiente: <<La actora causó nuevamente baja laboral por Incapacidad Temporal debida a contingencia común en fecha 16 de febrero de 2015 con el diagnóstico de “Lumbago”. Dicha baja fue anulada por el Servicio Público de Salud por ERROR DIAGNOSTICO INICIAL, emitiéndose nueva baja, sustituyendo a aquella, con el diagnóstico de “Deformidades adquiridas de la cadera no especificado”. En ambos partes de baja se indica que “Esta baja no tiene efectos económicos en tanto el INSS no dicte Resolución al respecto”>>. De la comparación de los textos resulta que lo que se pretende suprimir del texto judicial es <<emitiéndose dos partes de baja distintos, en los que se establece un diagnóstico de “LUMBAGO” y “DEFORMIDADES ADQUIRIDAS DE LA CADERA NO ESPECIFICADO”>> y que se sustituya por <<con el diagnóstico de “Lumbago”. Dicha baja fue anulada por el Servicio Público de Salud por ERROR DIAGNOSTICO INICIAL, emitiéndose nueva baja, sustituyendo a aquella, con el diagnóstico de “Deformidades adquiridas de la cadera no especificado”>> Se apoya en los documentos de los folios 88 a 91, en tanto que el Juzgador dice haberlo obtenido de los folios 90 y 91, así como del 122, pero, además, añade en el Fundamento Tercero, que queda reflejado en el Informe Médico de Recaída que la actora estuvo en urgencias por dolor lumbar el 16-2-15, para que le dieran la baja y que no fue hasta marzo de 2015 cuando se realiza a la actora una resonancia magnética de cadera derecha, en la que se objetivan “moderados cambios degenerativos”.

Conforme a la STS de 18-1-11 (recurso 98/09) y las en ella citadas (como la de 11-10-07 y 5-11-08), y otras muchas posteriores: << Respecto del error en la apreciación de la prueba..., para que la denuncia del error pueda ser apreciada es precisa la concurrencia de los siguientes requisitos: a) que se concrete con claridad y

precisión el hecho que haya sido negado u omitido en el relato fáctico, b) que tal hecho resulte de forma clara, patente y directa de la prueba documental o pericial obrante en autos y sin necesidad de argumentaciones o conjeturas, c) que se ofrezca el texto concreto a figurar en la narración que se tilda de equivocada, bien sustituyendo o suprimiendo alguno de sus puntos, bien complementándolos y d) que tal hecho tenga trascendencia para modificar el fallo de instancia.>>

Pues bien, en nuestro caso, se cumplen los requisitos señalados como a) y c), pero no el b), ya que de los documentos invocados no resulta de forma clara, patente y directa y sin necesidad de argumentaciones o conjeturas lo que se propone ni el error judicial patente preciso. En efecto, los folios 90 y 91 recogen los dos partes de baja de 16-2-15, uno con el diagnóstico de lumbago y fecha del mismo día y otro con el otro diagnóstico indicado y fecha de 16-4-15, el primero del Doctor M. y el segundo de la Doctora A. y los folios 89 y 90 recogen un informe de consultas impreso el 16-4-15, en que la actora tenía cita programada con la Doctora A. del Servicio de Medicina Familiar del Centro de Salud de Puerto de Sagunto II, figurando en exploración “dolor intenso cadera izquierda con impotencia funcional severa”, en observaciones “parte de baja anulado por error diagnóstico inicial” y en plan “Baja por Coxalgia, pelvis”, pero ello hemos de ponerlo en relación con lo que el Juzgador dice en el Fundamento Tercero y que antes hemos señalado, en especial la atención en urgencias el mismo día 16-2-15 por lumbalgia, sin que se haya propuesto revisión en el sentido de haber aparecido después y constatado en la cita programada del 16-4-15 la coxalgia, que hubiera podido motivar una adición de diagnóstico o dolencia de dicho día por tal causa o incluso de una fecha anterior (ante la RM de marzo 15) y no un cambio de diagnóstico de la inicial que no resulta sin necesidad de conjeturas.

Los hechos probados inmodificados son, en síntesis, los siguientes:

1) La demandante, expendedora en gasolinera, inició proceso de IT el 11-1 13 por contingencia común, con diagnóstico de ciática, causando alta en fecha 10-2-14 (esto, tras Propuesta de alta del EVI de 28-1-14, en la que determinaba un diagnóstico de “ESPONDILOARTROSIS LUMBAR CON DISCOPATÍA DEGENERATIVA MULTINIVEL. POLIARTROSIS. DEGENERACIÓN FIBROCARILAGO TRIANGULAR MUÑECA. TR DE PERSONALIDAD. TR ANSIEDAD POR ESTRÉS. DEPRESIÓN REACTIVA”, describiendo las siguientes limitaciones orgánicas y funcionales: “ESPONDILOARTROSIS LUMBAR CON DISCOPATÍA DEGENERATIVA MULTINIVEL. A LA EXPLORACIÓN FÍSICA: FLEXOLUMBAR LIMITADA EN LOS ÚLTIMOS GRADOS. LASEGUE DCHO A 60º. SINTOMATOLOGÍA ANSIOSO-DEPRESIVA SIN CRITERIO DE GRAVEDAD” y Resolución del INSS de 28-1-14 resolviendo que, “agotada la duración máxima de trescientos sesenta y cinco días de percepción del subsidio, procede emitir el alta médica con fecha de 30 de enero de 2014”, con posterior Resolución, tras disconformidad actora e informe Inspección, que acordó elevarla a definitiva con efectos desde el 10-2-14).

2) Causó nuevamente baja por IT el 12-3-14, con diagnóstico de perturbación predominante de las emociones, expidiéndose el correspondiente parte de baja médica, si bien (tras informe del 17 del Médico Inspector en el que se establece un diagnóstico de “TRASTORNO DE LA PERSONALIDAD. ANSIEDAD COMO REACCIÓN

AGUDA A ESTRÉS” y se describen las siguientes limitaciones orgánicas y funcionales: REAGUDIZACIÓN DE LA CLÍNICA AFECTIVA. DESBORDAMIENTO EMOCIONAL EN EL TRABAJO Y DIFICULTADES ATENCIONALES GRAVES” y Propuesta del EVI de declaración de nulidad de la nueva baja médica emitida por el Servicio Público de Salud y el reconocimiento de la situación de prórroga expresa de la IT por recaída), por Resolución del INSS de 21-3-14 se acordó que, al haberse producido una nueva baja dentro de los ciento ochenta días siguientes a la emisión del alta médica anterior, procedía reconocer la prórroga por recaída por un plazo máximo de ciento ochenta días, al considerar que, durante ellos, la actora podía ser dada de alta por curación o por recuperación de la capacidad profesional.

3) Tras nuevo informe de 5-8-14 del Médico Inspector, en el que se establece un diagnóstico de “TRASTORNO DE LA PERSONALIDAD. TR. MIXTO ANSIOSO-DEPRESIVO. FIBROMIALGIA. POLIARTROSIS. TR. INTERNO DE RODILLAS NO ESPECIFICADO” y se describen las siguientes limitaciones orgánicas y funcionales: “ACTUALMENTE PATOLOGÍA PSIQUIÁTRICA ESTABLE CON TRATAMIENTO Y PATOLOGÍA OSTEOMUSCULAR CRÓNICA LIMITANTE PARA REQUERIMIENTOS FÍSICOS INTENSOS” y Propuesta del EVI de 11-8-14 de iniciación del Expediente de Incapacidad Permanente por agotamiento del plazo máximo de la Incapacidad Temporal, así lo acordó el INSS mediante Resolución de fecha 11-8-14, prolongando los efectos económicos de la IT.

4) El Expediente de IP fue resuelto por Resolución del INSS 8-9-14, denegándola por no alcanzar las lesiones que presenta la actora un grado suficiente de disminución de su capacidad laboral para ser constitutivas de IP (con base en el Dictamen Propuesta del EVI de fecha 11-8-14, en el que se establece un diagnóstico de “TRASTORNO DE LA PERSONALIDAD. TR. MIXTO ANSIOSO-DEPRESIVO. FIBROMIALGIA. POLIARTROSIS. TR. INTERNO DE RODILLAS NO ESPECIFICADO” y se describen las siguientes limitaciones orgánicas y funcionales: “ACTUALMENTE PATOLOGÍA PSIQUIÁTRICA ESTABLE CON TRATAMIENTO Y PATOLOGÍA OSTEOMUSCULAR CRÓNICA LIMITANTE PARA REQUERIMIENTOS FÍSICOS INTENSOS”) e impugnada judicialmente, por sentencia de 19-5-15 de Social 7 se desestimó la demanda (valorando las patologías de “espondiloartrosis lumbar, discopatía degenerativa multinivel, degeneración fibrocartílago triangular muñeca derecha, depresión reactiva y trastorno de la personalidad no especificado”), por entender que las patologías descritas no le impiden el desarrollo de cualquier profesión u oficio ni le inhabilitan de modo permanente la realización de todas o las fundamentales tareas de su profesión habitual de expendedora de gasolinera.

5) La actora había causado nuevamente baja laboral por IT el 16-2-15, emitiéndose dos partes médicos de baja distintos, en los que se establece un diagnóstico de “LUMBAGO” y “DEFORMIDADES ADQUIRIDAS DE LA CADERA NO ESPECIFICADO”. En ambas partes de baja se indica que “Esta baja no tiene efectos económicos en tanto el INSS no dicte resolución al respecto”. El 31-3-15 se emitió INFORME MÉDICO DE RECAÍDA DE INCAPACIDAD TEMPORAL TRAS DENEGACIÓN DE IP, SIN QUE MEDIE UN PERIODO SUPERIOR A 180 DÍAS. RECAÍDAS ART. 131, en el que se recogen los datos del proceso de IT previo y se indica que se ha extinguido la situación protegida por agotamiento del plazo máximo de 545 días, indicando un diagnóstico de

“LUMBALGIA”. En Propuesta del EVI de 1-4-15, se determina un diagnóstico de lumbalgia, se señala que se trata de la misma o similar patología que el proceso anterior y concluye que no procede baja. Con base en dicha propuesta y mediante Resolución de 7-4-15 el INSS resolvió que la nueva baja de 16-2-15 carece de efectos económicos, siendo esto lo que se impugna.

TERCERO.- En el examen del derecho se alega infracción por interpretación errónea del artículo 131 bis de la LGSS y de la doctrina jurisprudencial de la STS de 27-6-11 (Recurso 3666/2010) y de las en ellas citadas, respecto a que la identidad o similitud de las patología a las que se refiere el artículo 131 bis no puede ser entendida en relación al cuadro médico que ocasionó el rechazo de la incapacidad permanente sino a la que inició la IT en relación con la nueva baja.

En efecto, la STS de 27-6-11 (Recurso 3666/2010) dice: <<La cuestión planteada consiste en interpretar el artículo 131-bis-1, párrafo segundo, de la L.G.S.S. y, más concretamente, que debe entenderse por "la misma o similar patología" a efectos de causar derecho a nueva prestación de incapacidad temporal cuando la nueva baja laboral se produce antes de los seis meses del alta anterior por agotamiento el periodo máximo de duración sin declaración de incapacidad permanente. La sentencia recurrida ha estimado que el concepto "la misma o similar patología" incluye no sólo la patología que causó la baja anterior, sino también aquellas otras enfermedades que, aunque no fueron la causa inicial del anterior proceso, ya existían durante el mismo y era preexistentes al alta médica que puso fin al mismo y las valoró. Esta doctrina no se ajusta a la sentada por esta Sala que ha unificado ya la controversia en sus sentencias, entre otras, de 8 y 13 de julio de 2006 (Rcud. 3536/2008 y 2576/2008), 11 de noviembre de 2009 (Rec. 3082/2008) y 11 de mayo de 2010 (Rcud. 3420/2008).

Nuestra doctrina puede resumirse señalando, como se dice en la última de las sentencias citadas: "De ello se infiere que la imposición legal de que sea el INSS quien efectúe el control de las bajas médicas, cuando no hayan mediado más de seis meses desde el alta por agotamiento del plazo, se circunscribe a los casos en que la situación del trabajador obedezca a igual o similar patología; lo que, evidentemente, excluye los casos en que la baja traiga causa de dolencia ajena, así como aquellos otros en que hayan transcurrido más de seis meses de actividad. Al respecto, precisábamos la doctrina sobre las "recaídas" en nuestra sentencia de 1 de abril de 2009 (rec. 516/2008) señalando que no existe tal " cuando se produce el alta y sobreviene una nueva baja después de transcurridos seis meses de actividad, supuesto en el que la nueva baja se considera independiente de la primera" y, asimismo, indicábamos que "tampoco media «recaída» propiamente dicha [esto es, nueva baja producida por la misma enfermedad y sin que se haya completado el plazo de seis meses de actividad], «si la incapacidad deriva de diferentes enfermedades sin nexo causal entre ellas», supuesto en el cual no habrá recaída, sino nuevo período de IT, «cualquiera que sea el lapso temporal interpuesto entre una y otra, e incluso aunque coincidan en algún tiempo» (SSTS 08/05/95 -rcud 2973/94 -; 10/12/97 -rcud 1185/97 -; 07/04/98 -rcud 3843/97-, para RGSS ; 23/07/99 -rcud 4221/98-, para REM ; 26/09/01 -rcud 466/01 -, para RETA) " .

"La identidad o similitud de las patologías a las que se refiere el art. 131 bis. 1, 2º párrafo no puede ser entendida en relación al cuadro médico que ocasionó el rechazo de la incapacidad permanente, sino únicamente a las que determinaron la incapacidad temporal objeto de la actual evaluación".

"Es la dolencia ahora determinante de la baja médica la que ha de evaluarse desde la perspectiva de la afectación transitoria sobre la capacidad de trabajo, pues sobre ella no hubo agotamiento del plazo máximo, y no cabe duda de que se había iniciado por patología distinta. Así se infiere de la doctrina sentada en nuestra sentencia de 9 de julio de 2009 (rcud. 3536/2008), dictada también en un recurso de casación unificadora frente a sentencia de la misma Sala de Aragón en que se ofrecía idéntica sentencia de contraste que la que aquí se aporta, la identidad o similitud de las dolencias" no van referidas -total o parcialmente- al cuadro médico que dio lugar al rechazo de IP, sino tan sólo a las inicialmente determinantes de IT. Y al efecto es argumentable: a) desde un punto sistemático, que cuando se resuelve sobre la IP se está decidiendo la capacidad laboral por secuelas «previsiblemente definitivas» [art. 136.1 LGSS], en tanto que cuando se trata de IT nos encontramos, por definición, ante procesos que también «previsiblemente» inciden pero de forma transitoria sobre la aptitud de trabajo; b) desde una perspectiva literal, que el agotamiento de la duración máxima establecida para el proceso de IT únicamente puede imputarse al cuadro inicialmente determinante de la baja, y no a enfermedades posteriores respecto de las cuales no sólo es impredecible el agotamiento del periodo máximo de duración [12/18 meses], sino que de ellas tan siquiera consta su virtualidad discapacitante inicial [se diagnostican durante una baja previa, sin enjuiciarse su potencialidad discapacitante]; y c) en el plano finalístico, si el objetivo de la reforma fue -a lo que parece- enervar la llamada IT «indefinida discontinua», no parece razonable atender a los procesos intercurrentes, sino al diagnóstico inicial respecto del que afirmar esas prolongaciones que por la vía práctica pudieran llevar al restablecimiento de la extinguida IPV".

Como sostuvimos en la STS de 13 de julio de 2009 (rcud. 2576/2008), " el nuevo precepto no señala que de forma cuasi automática proceda la denegación de los efectos económicos si falta un periodo de seis meses de actividad, de modo que el INSS pueda denegar dichos efectos sin más justificación que la falta de dicho periodo de actividad intermedia. El precepto señala que hay dos posibilidades de que se reconozcan efectos económicos a la nueva baja por IT: el transcurso de seis meses de actividad o que el INSS a través de los órganos competentes para evaluar, calificar y revisar la situación de incapacidad permanente del trabajador, emita la baja a los exclusivos efectos de la prestación económica de incapacidad temporal ".>>

La STS de 10-12-12 (recurso 3429/2011) dice <<La cuestión planteada consiste en interpretar el artículo 131-bis-1, párrafo segundo, de la L.G.S.S. y, más concretamente, que debe entenderse por "la misma o similar patología" a efectos de causar derecho a nueva prestación de incapacidad temporal cuando la nueva baja laboral se produce antes de los seis meses del alta anterior por agotamiento el periodo máximo de duración sin declaración de incapacidad permanente.

Esta Sala ya ha resuelto la controversia y unificado la doctrina sobre la materia en sentido contrario a lo resuelto por la sentencia recurrida en la sentencia citada

como de contraste y en las de 8 de julio de 2009 (R. 3536/08), 15 de julio de 2009 (R.3420/08), 11 de noviembre de 2009 (R. 3082/08), 23 de julio de 2010 (R. 3808/09) y 8 de noviembre de 2011 (R. 3140/10) entre otras.

Esta doctrina unificada puede resumirse diciendo, como sostuvimos en nuestra sentencia de 13 de julio de 2009 interpretando art. 131-bis de la L.G.S.S. en la redacción dada por la Ley 30/2005, "el nuevo precepto no señala que de forma cuasi automática proceda la denegación de los efectos económicos si falta un periodo de seis meses de actividad, de modo que el INSS pueda denegar dichos efectos sin más justificación que la falta de dicho periodo de actividad intermedia. El precepto señala que hay dos posibilidades de que se reconozcan efectos económicos a la nueva baja por IT: el transcurso de seis meses de actividad o que el INSS a través de los órganos competentes para evaluar, calificar y revisar la situación de incapacidad permanente del trabajador, emita la baja a los exclusivos efectos de la prestación económica de incapacidad temporal".

"Llegados a este punto, parece que el criterio por el que la Entidad Gestora decida si procede o no reconocer los efectos económicos a este nuevo período de IT, no puede ser discrecional".

"La decisión del INSS no puede basarse en el único argumento de que se trata de la misma o similar patología y que no median seis meses de actividad laboral".

"La denegación de efectos económicos a la situación de baja médica, no es una facultad discrecional del INSS sino que debe basarse en un elemento objetivo que permita justificar la denegación de tales efectos. Y es la justificación sobre el estado actual del trabajador que ha obtenido esa baja médica, sobre lo que debe pronunciarse el INSS para fundar su decisión".

La aplicación de la anterior doctrina al caso que nos ocupa nos obliga a estimar el recurso porque la sentencia recurrida, al igual que la resolución administrativa impugnada, se fundaron, exclusivamente, en que la nueva baja, cursada antes de transcurrir seis meses del fin del proceso de incapacidad temporal anterior, la ocasionaba la misma o similar patología, sin basarse en otros datos objetivos que acreditaran que no existía una patología incapacitante, seguramente porque esos datos no existían ya que el informe de la inspección médica acreditaba lo contrario, esto es que el proceso morboso "se reagudizó a finales de 2008", terminología indicativa de una agravación que, precisamente, reduciría la capacidad funcional.>>

La sentencia aquí recurrida, tras indica que <<cabe destacar que no se discute sobre la capacidad de la actora para desempeñar las funciones de su profesión habitual ni sobre la necesidad de recibir asistencia sanitaria. No se trata, pues, de decidir sobre si procede agotar el plazo de trescientos sesenta y cinco días de la Incapacidad Temporal o sobre si procede reconocer la prórroga de una situación de Incapacidad Temporal con base en lo dispuesto en el artículo 128.1 de la Ley General de la Seguridad Social. Se impone un pronunciamiento sobre los efectos económicos de la baja médica reconocida a la actora por el Servicio Público de Salud en fecha 16 de febrero de 2015, atendido lo dispuesto en el artículo 131.bis del mismo texto legal, a cuyo efecto deberá efectuarse necesariamente un análisis de los previos procesos de

Incapacidad Temporal causados por la Sra. Urbano Martos>> desestimó la demanda, tras ese minucioso examen, diciendo:

<< Nos encontramos ante un supuesto de extinción del subsidio de Incapacidad Temporal, de modo que el peticionario debe generar nuevamente el correspondiente derecho a la prestación económica, a cuyo efecto se exige que, tratándose de la misma o similar patología a las ya valoradas en el previo Expediente, medien, al menos, ciento ochenta días desde que se dictara la resolución de Incapacidad Permanente, plazo que se cumplía el 8 de marzo de 2015, pues la fecha de la resolución del Expediente de IP era de 8 de septiembre de 2015. Es por ello que, emitido nuevo parte de baja por Incapacidad Temporal en fecha 16 de febrero de 2015, con diagnóstico de lumbago, se resolvió por la Dirección Provincial del INSS que la nueva baja carecía de efectos económicos, entendiendo que el dolor lumbar diagnosticado a la actora era una patología similar a las ya valoradas. Evidentemente lo es, por las razones que seguidamente se exponen:

En primer lugar, debe destacarse que, existiendo dos diagnósticos distintos en los partes médicos de baja de 16 de febrero de 2015, de “LUMBAGO” y “DEFORMIDADES ADQUIRIDAS DE LA CADERA NO ESPECIFICADO”, y habiendo apreciado el Médico Evaluador del INSS un diagnóstico de “lumbago” en su INFORME MÉDICO DE RECAÍDA DE INCAPACIDAD TEMPORAL TRAS DENEGACIÓN DE IP, SIN QUE MEDIE UN PERIODO SUPERIOR A 180 DÍAS. RECAÍDAS ART. 131, este juzgador considera que debe estarse al mismo, no sólo por la imparcialidad y objetividad que ha de presuponersele, sino, también y especialmente, por la congruencia del referido diagnóstico con la consulta efectuada al sistema Abucasis, quedando reflejado en el Informe Médico de Recaída que la actora estuvo en urgencias por dolor lumbar en fecha 16 de febrero de 2015, acudiendo para que le dieran la baja. El diagnóstico de lumbago queda comprendido tanto en el más genérico de poliatrosis como en el más específico de espondiloartrosis lumbar con discopatía degenerativa multinivel, recogidos ambos en la Propuesta de Resolución del EVI de 28 de enero de 2014, emitida con ocasión del agotamiento del plazo máximo de trescientos sesenta y cinco días del proceso de IT iniciado el 11 de enero de 2013. No olvidemos que no se trata de un proceso de IT iniciado en fecha 12 de marzo de 2014, como sostiene la actora, pues esta es la fecha en que se emite el segundo parte médico de baja que dio lugar a la posterior Resolución de prórroga, tal como se ha venido exponiendo. Por tanto, el cuadro clínico comparable comprende no sólo el diagnóstico de “TRASTORNO DE LA PERSONALIDAD. ANSIEDAD COMO REACCIÓN AGUDA A ESTRÉS” (Propuesta de Resolución de 21 de marzo de 2014, sino también el diagnóstico de “ESPONDILOARTROSIS LUMBAR CON DISCOPATÍA DEGENERATIVA MULTINIVEL. POLIARTROSIS. DEGENERACIÓN FIBROCARILAGO TRIANGULAR MUÑECA. TR DE PERSONALIDAD. TR ANSIEDAD POR ESTRÉS. DEPRESIÓN REACTIVA” (Propuesta de Resolución de 28 de enero de 2014), que además coincide esencialmente con el diagnóstico de “TRASTORNO DE LA PERSONALIDAD. TR. MIXTO ANSIOSO-DEPRESIVO. FIBROMIALGIA. POLIARTROSIS. TR. INTERNO DE RODILLAS NO ESPECIFICADO” (Propuesta de Resolución y Dictamen Propuesta de 11 de agosto de 2014).

En segundo lugar, conviene poner de relieve que no es hasta marzo de 2015 cuando se realiza a la actora una resonancia magnética de cadera derecha, en la que se objetivan “moderados cambios degenerativos” (documento 15 del ramo de prueba de la Mutua FREMAP; folio 150), los cuales, en cualquier caso, concuerdan perfectamente con un diagnóstico de “poliatrosis” o con un cuadro dolor articular poliartrosico, pudiendo agravarse la percepción del mismo por la “fibromialgia” que también tiene diagnosticada la actora y que fue objeto de valoración en el Expediente previo de Incapacidad Permanente, habiendo sido recogidos ambos diagnósticos en la Propuesta de Resolución y en el Dictamen Propuesta del EVI de 11 de agosto de 2014.>>

Pues bien, partiendo de los hechos probados y doctrina jurisprudencial señalada estimamos que el recurso debe prosperar porque, tanto si, para la baja de 16-2-15, tomamos el diagnóstico de “lumbago”, como si tomamos el de “deformidades adquiridas de la cadera no especificada”, ninguno de ellos son los mismos ni similares a los diagnósticos de las anteriores bajas de IT, ya que la de 11-1-13 fue por “ciática”, la de 12-3-14 fue por “perturbación predominante de las emociones”, que fue la misma por la que se acordó la prórroga y no deben tenerse en cuenta las patologías valoradas en el expediente de Incapacidad Permanente, tal como indica la doctrina jurisprudencial expuesta, además de no ser aceptable que los dos diagnósticos de la baja de 16-2-15 puedan considerarse los mismos ni similares ni estar comprendidos en los de poliartrosis y fibromialgia que fueron objeto de valoración en el Expediente de Incapacidad Permanente.

Finalmente, señalar que constituye cuestión nueva la que en el escrito de impugnación adujo la Mutua, al oponerse al motivo primero, diciendo que la actora no se encontraba incapacitada, pues como ya se dijo, la sentencia recurrida comienza diciendo << cabe destacar que no se discute sobre la capacidad de la actora para desempeñar las funciones de su profesión habitual ni sobre la necesidad de recibir asistencia sanitaria.>> y que no precisa el periodo de carencia a partir de la resolución de la incapacidad permanente, como ya hemos visto.

En consecuencia, procede la estimación del recurso y de la demanda. Sin costas dado el sentido estimatorio del recurso.

FALLAMOS

Estimando el recurso de suplicación formulado por la demandante D^a J.U.M. contra la Sentencia de fecha 30 de septiembre de 2015, dictad por el Juzgado de lo Social número 8 de Valencia, en autos 550/15 sobre SEGURIDAD SOCIAL, siendo parte recurrida el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y la MUTUA X., revocamos la referida Sentencia y, con estimación de la demanda, declaramos que la baja médica de la demandante de 16-2-15 tiene plenos efectos económicos, condenando a los demandados a estar y pasar por tal declaración y al abono del subsidio correspondiente. Sin costas.

2207

Sentencia núm. 696, de 28 de febrero de 2017

Materia: Ejecución de título judicial. Sucesión de empresas. Inadecuación de procedimiento. Servicio de abastecimiento de agua potable.

Juzgado: Desestima la demanda, no dando lugar a la ejecución del auto de reposición.

Sala: Estima parcialmente el recurso contra la resolución de que estas actuaciones dimanen, señalando que debe dilucidarse en el trámite de los artículos 238 y 240.2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, la cuestión sobre la alegada sucesión de empresas, anulando la resolución recurrida, así como la que de ella trae causa, en cuanto aprecia inadecuación de procedimiento.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.1. El recurso interpuesto, que ha sido impugnado en nombre de S.I.L., S.L., el Ayuntamiento de X. y la UTE A.C., se estructura en dos motivos. El primero se formula al amparo del artículo 193.b) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LJS) a los fines siguientes: A) Se añade al hecho probado primero después de donde dice “por la sentencia nº 304/2013 de 2 de julio, del Juzgado de lo Social nº 12 de los de esta Ciudad” el particular siguiente: “que fue recurrida en suplicación por los actores e impugnada por los codemandados y confirmada por Sentencia nº 2551/2013 de 25-11-2013 (Recurso Suplicación 2147/2013) de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Valencia (Folios 8 a 36 Tomo II) que constituyen el título de esta ejecución, y damos por reproducidos se dispuso:(Respetar literalmente la transcripción que hace el auto en todo el resto”. B) Se añade otro ordinal al relato histórico que diga: “TRIGÉSIMO.- La entidad condenada A.C., S.A. fue declarada insolvente por el Juzgado de lo Social núm.3 de Valencia por Decreto Judicial de 13-06-2014 (Folio 30 Tomo I), y como consecuencia de ello el Fondo de Garantía Salarial ha abonado parte de los salarios de indemnizaciones a los trabajadores (Folios 6 y 7 del Tomo II) subrogándose en los derechos satisfechos”.

2. Las revisiones propuestas deben prosperar pues así se deducen directamente de los documentos en que se apoyan.

SEGUNDO.1. El siguiente y último motivo de recurso se formula al amparo del artículo 193.c) de la LJS, denunciando “interpretación errónea del artículo 240.2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social y vulneración del artículo 24 de la Constitución al operar mediante la apreciación de ese error una falta de pronunciamiento en el proceso sobre la subrogación empresarial”. Argumenta en síntesis que de acuerdo con lo decidido por la sentencia de esta Sala recaída en el recurso 2147/2013, al no haberse materializado a la fecha del juicio y de la sentencia tanto del Juzgado como de la Sala la transmisión de empresa, siendo prestado el servicio directa o indirectamente por A.C., S.A. por medio de su administrador judicial, no concurrían los elementos de la

sucesión de empresa al no haber podido tener acceso a las instalaciones propiedad de A.C., ni la empresa E., ni el Ayuntamiento de X., lo que tuvo lugar el 11 de agosto de 2015 (hecho probado vigésimo sexto del auto de 25-4-2016 recurrido), por lo que el Juzgado de instancia debió decidir sobre el fondo con libertad de criterio, vulnerándose de otra forma el contenido esencial del artículo 24 de la Constitución “al soslayar la resolución de fondo por razones meramente formales como es el caso, con dilación en la tutela de los derechos de los justiciables”.

2. Como subrayó la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 1997 (R. 1977/1996), en doctrina reiterada por ejemplo en las sentencias del mismo Tribunal de 10-12-1997 (R.1182/1997) y 9-7-2003 (R.1695/2002), concluyendo del examen de los artículos 236 y 238 de la Ley de Procedimiento Laboral (hoy artículos 238 y 240 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social), en relación con la determinación de si era procedente en el trámite incidental en dichos preceptos dispuesto declarar la sucesión procesal de la parte ejecutada derivada de los supuestos de sucesión empresarial fundados en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores: “a) La existencia de un cambio de titularidad de empresa o supuestos a ello asimilados, así como de su alcance y consecuencias, pueden determinarse y declararse en el ámbito del proceso de ejecución laboral. La posibilidad del cambio de la parte ejecutada ya fue aceptada por el Tribunal Constitucional en su sentencia 206/89 de 14-XII , en la que se permite como válida la extensión subjetiva de la eficacia de la sentencia, afirmándose que no resultaría incompatible con el derecho fundamental contenido en el artículo 24 de la Constitución el que, sin haber sido una entidad parte en el proceso laboral, ni condenada en el fallo de la sentencia que le puso término, dictada exclusivamente contra otra entidad, pudiera, sin embargo, ser obligada a cumplirla, de haberse producido una eventual sucesión de empresa y que, en consecuencia, fuera aplicable lo dispuesto por el artículo 44 Estatuto de los Trabajadores, en virtud del cual el nuevo empresario queda subrogado en los derechos y obligaciones laborales del anterior. b) La modificación o cambio de partes en la ejecución, -en especial, en cuanto ahora nos afecta, de la ejecutada-, debe efectuarse, como regla, de mediar oposición y ser necesaria prueba, a través del trámite incidental del artículo 236 LPL, efectuándose en la comparecencia las alegaciones y practicándose la prueba oportuna, y con posibilidad de intervención, en condiciones de igualdad con las partes, de todos los interesados (art. 238 LPL). La ausencia de tales garantías, de originar indefensión, debe comportar la nulidad del pleno derecho de los actos procesales viciados (art. 238.3 Ley Orgánica Poder Judicial) c) Ahora bien, en cuanto al fondo, cuestión distinta es la que para que puede declararse el cambio procesal de partes en el proceso de ejecución, es requisito indispensable que el cambio sustantivo en que se funde se hubiere producido con posterioridad a la constitución del título ejecutivo que constituya la base del concreto proceso de ejecución o, dicho de otro modo, que esté fundado en circunstancias distintas y posteriores al previo enjuiciamiento. Argumento que es dable también deducir de la STC. 194/1-993 de 14-VI.d) Por lo que, en suma, de producirse tal cambio sustantivo con posterioridad a la constitución del título, y acreditarse en el proceso de ejecución -a través del trámite incidental (art. 236 LPL.)-, ello podrá comportar, en consecuencia, un cambio o ampliación procesal de partes en la ejecución, sin necesidad de iniciar un nuevo proceso declarativo frente a los sucesores que quedarán vinculados por el título ejecutivo dictado contra su causante.”

3.El auto del Juzgado, n.º 118/2016, de 25 de abril, luego recurrido en reposición dispuso: “a), la estimación de la excepción de inadecuación de procedimiento opuesta por la UTE A.C. y el Ayuntamiento de X. contra la pretensión de ampliación de la ejecución por sucesión de empresa deducida en su contra por los ejecutantes D. M.A.R.L., D. J.I.S.S., D.ª S.S.S., D.ª V.S.S. y D.ª G.S.S. b), apreciar de oficio la inadecuación del procedimiento seguido en la tramitación de la pretensión de ampliación de la ejecución por sucesión de empresa deducida por los ejecutantes D. M.A.R.L. y otros CUATRO contra S.I.L., S.L.; c), prevenir a dichos ejecutantes de que pueden hacer uso de su derecho por el procedimiento adecuado, que es el establecido en los artículos 80 y siguientes de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social;d), que no ha lugar a declarar la subrogación de Gestión de A.C., S.L., en los derechos y obligaciones laborales de la ejecutada A.C., S.A., ni, consiguientemente, la responsabilidad solidaria de la tercera, y e), que no ha lugar, por tanto, tampoco a ampliar y seguir la presente ejecución contra dicha compañía mercantil”. En dicho auto se declaró probado: “1.º.- Por la sentencia n.º 304/2013, de 2 de julio, del Juzgado de lo Social n.º 12 de los de esta Ciudad que constituye el título de esta ejecución se dispuso: “Que estimando como estimo la demanda de despido de D. M.A.R.L. D. J.I.S.S., D.ª S.S.S., D.ª V.S.S. y D.ª G.S.S. contra las empresas A.C., S.A., su administrador judicial D. C.J.G.T.; el Ayuntamiento de X; la empresa E. y el Fondo de Garantía Salarial, debo declarar y declaro la improcedencia del despido de los actores/as de fecha 02 de noviembre de 2012, condenando a la empresa demandada A.C., S. A. a la inmediata readmisión de los actores/as a su puesto de trabajo, pudiendo sustituir la empresa dicha readmisión por el abono de una indemnización de la cuantía que se dirá, optando de forma expresa en el plazo de cinco días ante la Secretaría de este Juzgado y entendiéndose si no lo hiciera que readmite a la parte actora, con abono, sólo en el supuesto de optar por la readmisión, de los salarios de tramitación desde la fecha del despido a la fecha de la efectiva readmisión, a razón del salario diario que a continuación se indicará, deduciendo los tiempos que legalmente correspondan por prestación de servicios o incapacidad temporal. Procede así mismo la condena a la empresa A.C., S. A. de las cantidades reclamadas y que figuran en los hechos probados noveno a décimo tercero de esta resolución con el incremento del diez por ciento por mora y que se indican a continuación. Se absuelve al administrador judicial D. C.J.G.T.; el Ayuntamiento de X; la empresa E., y el Fondo de Garantía Salarial de las pretensiones deducidas en su contra, sin perjuicio de la responsabilidad legal subsidiaria que proceda en su caso del Fondo de Garantía Salarial. ”. 2.º.- En dicha resolución se declaró probado, entre otros extremos, que: “... Los actores... trabajan a nombre de la empresa demandada, A.C., S. A.... La empresa demandada A.C., S. A. se dedica a la actividad de distribución y suministro de agua potable a la Urbanización C.C., en el término municipal de X (Valencia) y se rige por el III Convenio Colectivo estatal de las industrias de captación, elevación, conducción, tratamiento, distribución, saneamiento y depuración de aguas potables y residuales, publicado en el B. O. E. de 24 de agosto de 2007... ... La empresa A.C., S. A. tiene nombrado un administrador judicial en la persona de D. C.G.T., en virtud de Auto de fecha 27 de abril de 2012 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº Dos de Requena, en el procedimiento de ejecución de títulos judiciales nº 270/2011 instado por la empresa Iberdrola Distribución Eléctrica, S. A. U. frente a la empresa A.C., S. A. por deudas pendientes de

pago, teniendo intervenidas dichas facultadas la empresa demandada...
... En sesión plenaria de fecha 21 de noviembre de 2011, el Ayuntamiento de X (Valencia) adoptó en el punto sexto, el siguiente acuerdo: "...Notificar a A.C., S. A. que a partir de la fecha en que el Ayuntamiento recepcione las obras y servicios urbanísticos necesarios para la prestación del servicio de abastecimiento de agua potable, la gestión de dicho servicio será asumida por el Ayuntamiento en la forma que se determine. Consiguientemente, desde ese momento A.C., S. A. deberá de abstenerse de llevar a cabo cualquier actuación y/o medida que impida o dificulte el suministro de agua potable a cualquier ámbito de la Urbanización C. del término municipal de X.". Y mediante posteriores acuerdos de 17 de enero de 2012, este Ayuntamiento fijó para el día 1 de marzo de 2012 la formalización del acta de transmisión forzosa de las mencionadas obras y servicios disponiendo al efecto lo siguientes: "PRIMERO.- Que una vez formalizada acta de transmisión forzosa de las redes, conducciones e instalaciones de agua potable de la Urbanización C. por parte del Ayuntamiento, éste asumirá con carácter inmediato y por las razones de interés público que han quedado acreditadas en el expediente, la gestión del servicio público de abastecimiento de agua potable en la Urbanización C., cuya competencia y prestación corresponde a este Ayuntamiento desde el mismo momento de la recepción de las obras, infraestructuras y dotaciones afectas al mismo. SEGUNDO.- Encargar a la empresa concesionaria del servicio de abastecimiento de agua potable del municipio, E., que a partir de la fecha en que el Ayuntamiento recepciones las infraestructuras y asuma la gestión del servicio público de agua en la Urbanización, deberá hacerse cargo de la prestación de dicho servicio en la indicada urbanización, de manera temporal hasta el momento en que se tramite la nueva licitación..."...Personados el día 2 de marzo de 2012 en las instalaciones de A.C., S. A., en la urbanización del mismo nombre, una Comisión formada por el Alcalde del Ayuntamiento de X., el concejal de aguas, el arquitecto municipal, dos representantes de la mercantil E., con varios operarios de la citada empresa, con el fin de llevar a efecto el Acta de recepción forzosa y gratuita de las instalaciones, obras y dotaciones necesarias para la distribución del agua potable en la urbanización de C., la gerente de la empresa D.ª E.D.S.L. y varios operarios impidieron el acceso, pese a las advertencias legales, atrancando las puertas de acceso al Pozo de Sto. Domingo por el interior y colocando un todo terreno en la puesta para impedir el acceso, por lo que dicha recepción forzosa y gratuita no pudo llevarse a efecto. No consta que ni el Ayuntamiento de X., ni la empresa E. hayan asumido el servicio de distribución de aguas potables en la urbanización de C., siendo dicha tarea llevada a cabo por la demandada A.C., S. A. por medio de su administrador judicial...
... Formulado recurso contencioso administrativo por la empresa A.C., S. A. contra el Ayuntamiento de x., por Auto del Juzgado Contencioso Administrativo número Diez de Valencia se dictó Auto en fecha 22 de marzo de 2012, en el procedimiento de entrada en domicilio nº 96/2012, que deniega al Ayuntamiento de X. la ocupación provisional de las instalaciones entendiéndose que pudiera producirse "...una simple y llana incautación de bienes de terceros". Y por sentencia del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº Cuatro de Valencia de fecha, recaída en el procedimiento ordinario 519/2007, de fecha 30 de diciembre de 2008, se declaró la nulidad del acto administrativo del Ayuntamiento de X. consistente en la negativa a la empresa A.C., S. A. de cortar el suministro de agua potable en determinadas parcelas por impago de

recibos...3.º.- “El día 21 de enero de 2014” S.I.L., S.L., “suscribió un contrato de gestión y mantenimiento de la red de aguas de la Urbanización de C.” con A.C., S.A., ya que ésta “se había quedado sin operarios y sin capacidad técnica ni operativa para gestionar la citada red de agua” (documento 54 de la parte ejecutante). 4.º.- Se denominó el contrato como “de cesión de la gestión” (documento 1 de S.I.L., S.L.). 5.º.- En dicho contrato, que se da por reproducido, se lee: “Que el administrador judicial de la mercantil A.C., S.A., dado el continuo boicot de los anteriores administradores de la sociedad, y el despido por faltas graves de todos los trabajadores de la sociedad, no dispone de la infraestructura necesaria y los medios para desarrollar la gestión del negocio de suministro de agua potable que realiza la entidad A.C., S.A., en el ámbito de la Urbanización C. y resto de suministros del término municipal de Chiva-Godelleta. Que la entidad S., es una entidad de reconocido prestigio en el sector de las infraestructuras eléctricas y de agua, y dispone de la infraestructura, tanto de personal como de medios, así como del conocimiento preciso de la actividad, como para poder desarrollar la reestructuración de la distribución mantenimiento y facturación del suministro de agua que realiza A.C., S.A. Y estando ambas partes conformes e interesados en que la entidad S. se haga cargo en concepto de gestor parcial de explotación, con abono de gastos periódicos de una renta correspondiente a lo relativo al negocio de explotación de agua desarrollado por A.C., S.A., convienen el presente CONTRATO DE CESIÓN DE LA GESTIÓN DE EXPLOTACIÓN DE RED DE AGUA...”. 6.º.- Se trataba, sin embargo, de un segundo contrato, pues con anterioridad habían suscrito “un primer contrato mercantil, en fecha 13 de febrero de 2013, por el cual la absoluta y total gestión se realizaba por” S.I.L. S.L. (documento 6 de S.I.L., S.L.). 7.º.- Tal primer contrato “incluía”, según sentencia del Juzgado de Primera Instancia n.º 14 de Valencia n.º 328/2015, de 15 de diciembre, “junto a la gestión de abonados, la reparación de fugas de la red de distribución, que correspondía a la concesionaria del suministro (A.C., S.A.)”. 8.º.- S.I.L., S.L., facturaba a A.C., S.A., “los servicios realizados según contrato firmado por las partes a fecha 28/02/2014” (documento 9 de S.I.L. S.L.). 9.º.- Por sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana n.º 250/2014, de 2 de abril, se dispuso (documento 3 del Ayuntamiento): “1) La estimación del recurso de Apelación interpuesto por la Letrado DOÑA C.D.G., en nombre y representación del AYUNTAMIENTO DE X. contra el Auto dictado por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 10 de Valencia, en fecha 22.3.12, en el recurso Contencioso-Administrativo 96/12, revocando el mismo y, en consecuencia, procede autorizar la entrada solicitada debiendo fijarse por el Juzgado las condiciones de su ejecución. 2) La no imposición de las costas causadas en el presente expediente”. 10.º.- Tras la anulación de la anterior, por otra sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana n.º 85/2015, de 28 de enero, se dispuso (documento 4 de la parte ejecutante): “1) La estimación del recurso de Apelación interpuesto por la Letrado DOÑA C.D.G., en nombre y representación del AYUNTAMIENTO DE X. contra el Auto dictado por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 10 de Valencia, en fecha 22.3.12, en el recurso Contencioso-Administrativo 96/12, revocando el mismo y, en consecuencia, procede autorizar la entrada solicitada debiendo fijarse por el Juzgado las condiciones de su ejecución. 2) La no imposición de las costas causadas en el presente expediente”. 11.º.- Por decreto del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 2 de Requena de 24 de febrero de

2015 se tuvo “por terminada la administración para pago constituida” (documento 53 de la parte ejecutante). 12.º.- En abril de 2015, S.I.L., S.L., emitía los recibos correspondientes al consumo de agua de A.C., S.A., aunque en factura de marzo de 2015 sólo figuraba ésta (recibo adjuntado al escrito de ampliación y documento 10 de S.I.L., S.L.). 13.º.- El 1 de junio de 2015 comunicó al Ayuntamiento de X. que la ejecutada “ha venido paulatinamente adeudando a S.I.L., S.L., cantidades importantes que se incrementaban con el transcurso de los meses, como consecuencia de los trabajos de mantenimiento y gestión de la citada red, los cuales eran íntegramente ejecutados”, y “que deviniendo la citada situación contractual en inviable, de acuerdo y conforme a la estipulación segunda del contrato firmado entre ambas mercantiles, el pasado día 27 de mayo comunicó con quince días de antelación al Administrador Judicial de A.C., S.A., que procedía a resolver el contrato, y, como consecuencia, dejará de prestar sus servicios de gestión y mantenimiento de red (incluida la potabilización del agua) el próximo día 12 de junio” (documento 2 de S.I.L., S.L.). 14.º.- El 1 de junio de 2015 comunicó al Ayuntamiento de G. que la ejecutada “ha venido paulatinamente adeudando a S.I.L., S.L., cantidades importantes que se incrementaban con el transcurso de los meses, como consecuencia de los trabajos de mantenimiento y gestión de la citada red, los cuales eran íntegramente ejecutados”, y “que deviniendo la citada situación contractual en inviable, de acuerdo y conforme a la estipulación segunda del contrato firmado entre ambas mercantiles, el pasado día 27 de mayo... comunicó con quince días de antelación al Administrador Judicial de A.C., S.A., que procedía a resolver el contrato, y, como consecuencia, dejará de prestar sus servicios de gestión y mantenimiento de red (incluida la potabilización del agua) el próximo día 12 de junio” (documento 54 de la parte ejecutante). 15.º.- S.I.L., S.L., comunicó al Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 2 de Requena y a este Juzgado de Ejecuciones Laborales, mediante sendos escritos de 9 de julio y 30 de septiembre de 2015, que A.C., S.A., administrada judicialmente, le adeudaba 277.792,68 €, no obstante haber obtenido con su gestión un total de 1.000.818,32 € (documentos 6 y 7 de S.I.L., S.L.). 16.º.- El Ayuntamiento de G. requirió a A.C., S.A., “para que de inmediato ponga solución al problema planteado y se realicen adecuadamente los servicios de gestión y mantenimiento de la red de agua potable de la urbanización C.C.” (documento 56 de la parte ejecutante). 17.º.- La ejecutada A.C., S.A., y el Ayuntamiento de G. comunicaron en 2015 (documento 7 de la parte ejecutante): “... a los vecinos de la urbanización C.C. que el servicio de suministro de agua a la citada urbanización sigue siendo prestado por esta mercantil. Igualmente se informa que se ha producido un cambio en la subcontratación de determinados servicios que ahora serán desempeñados por la mercantil GESTIÓN DE A.C., S.L., con efecto de 13 de junio de 2015”. 18.º.- El administrador judicial de A.C., S.A., amigo y compañero de facultad de uno de los administradores mancomunados de Gestión de A.C., S.L., suscribió a tal efecto con esta compañía mercantil un “contrato de cesión de la gestión” de 1 de mayo de 2015 -sic- (documento único de Servicios de Gestión de A.C., S.L.; declaración del testigo Sr. G.), que se da por reproducido y en el que se lee: “Que el administrador judicial de la mercantil A.C., S.A., dado el continuo boicot de los anteriores administradores de la sociedad, y el despido por faltas graves de todos los trabajadores de la sociedad, no dispone de la infraestructura necesaria y los medios para desarrollar la gestión del negocio de suministro de agua potable que realiza la entidad A.C., S.A., en el ámbito de la Urbanización C. y resto de suministros del

término municipal de X.-G.". 19.º.- Gestión de A.C., S.L., había sido constituida el 14 de mayo de 2015 con la denominación de Had Luck On Business, S.L., y el objeto social de "construcción, instalaciones y mantenimiento", "distribución comercial", "actividades inmobiliarias", "hostelería y restauración", "actividades de gestión y administración", "transporte y almacenamiento" e "información y comunicaciones", que modificó, a la vez que su denominación, el día 29 del mes siguiente por el de la "captación, depuración y distribución de agua para su suministro" (documento 58 de la parte ejecutante). 20.º.- Facturó y cobró en agosto de 2015 por el consumo de agua del 30 de abril al 30 de junio de ese año (documentos 73 y 74 de la parte ejecutante). 21.º.- El Ayuntamiento de C. comunicó el 21 de enero de 2016 (comunicado del Ayuntamiento adjuntado al escrito de ampliación): "Que a partir del 11 de agosto de 2015 la empresa UTE A.C. es la única con título habilitante para prestar el servicio público de agua en la Urbanización C., por lo que no deben ser abonados o en su caso ser devueltos los recibos que gire la mercantil Gestión de A.C., S.L. a partir del 8 de septiembre de 2015". 22.º.- Dicha unión temporal de empresas es, según el Ayuntamiento de X, la "concesionaria del Servicio Municipal de Agua Potable de la U.C. en el término municipal de X desde el 11 de agosto de 2015" (documento 2 de la parte ejecutante). 23.º.- En realidad, la UTE X. A A.C es la adjudicataria "del Contrato Mercantil de Prestación del Servicio de Abastecimiento de Agua Potable y Saneamiento del municipio de X.", que, a tal efecto, suscribió con el Ayuntamiento de esta localidad el 14 de noviembre de 2014 un "contrato de gestión de servicio público mediante la modalidad de concesión, de abastecimiento de agua potable y alcantarillado en el municipio de X.", que se da por reproducido y en el que se preveía la posibilidad de "incorporarse al ámbito del presente contrato las futuras Urbanizaciones y/o instalaciones que sean recibidas por el Ayuntamiento" (documentos 1 y 3 de la UTE). 24.º.- Como tal, se subrogó "en todas las obligaciones y respetando todas las condiciones vigentes" laborales, lo que la anterior empresa adjudicataria, E., S.A., comunicó al Presidente del Comité (documento 1 de la UTE). 25.º.- Y por resolución de la Alcaldía del Ayuntamiento de X. n.º 615/2015, de 26 de junio, se resolvió (documento 57 de la UTE): "Primero.- Requerir a la UTE A.C., en su condición de concesionaria del servicio público de agua potable en el municipio, para que concurra junto con este Ayuntamiento al acto de transmisión forzosa de las infraestructuras afectas al servicio de agua potable en la Urbanización C.C. de X.. Segundo.- Encargar a la UTE A.C., que a partir de la fecha en que el Ayuntamiento recepcione las infraestructuras y asuma la gestión del servicio público de agua a la Urbanización, deberá hacerse Cargo de la prestación de dicho servicio en la urbanización, de manera temporal y hasta que el Órgano del Ayuntamiento decida la forma definitiva en que por el Ayuntamiento se llevará cabo la gestión del referido servicio. 26.º.- La "transmisión forzosa de las redes, conducciones e instalaciones de agua potable de la Urbanización C.C. al Ayuntamiento de X" se llevó a efecto el 11 de agosto de 2015 (documento 58 de la UTE). 27.º.- La UTE tiene una "oficina de atención al público" en la propia urbanización, sita en la calle o avenida Buenos Aires, 113 (comunicado del Ayuntamiento adjuntado al escrito de ampliación y documento 2 de la parte ejecutante). 28.º.- Se trata de un edificio hecho por E., S.A., por orden del Ayuntamiento de X, que la UTE, que lo pagó, cedió al Ayuntamiento y donde atiende un funcionario de éste y se encuentran el punto de atención ciudadana, el centro auxiliar de salud y el Servicio Municipal de Aguas (documento 3 de la parte ejecutante;

declaración de las testigo Sras. P., B. y G.). 29.º.- Por auto del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 2 de Requena de 29 de marzo de 2016 se dispuso (documento 1 de la parte ejecutada): “Que debo acordar LA NULIDAD DEL PRESENTE PROCEDIMIENTO, RETROTRAYENDO EL MISMO AL MOMENTO POSTERIOR A LA PRESENTACIÓN DEL ESCRITO DE FECHA DE ENTRADA 8/09/2011 COMUNICANDO EL ACUERDO EXTRAJUDICIAL DE PAGO DEL TOTAL DE LA DEUDA AQUÍ RECLAMADA, DEJÁNDOSE SIN EFECTO EL AUTO DE FECHA 15/09/2011, ACORDANDO DICTAR AUTO DE ARCHIVO DE LA PRESENTE EJECUCIÓN POR ACUERDO EXTRAJUDICIAL. No obstante, habida cuenta que se han producido en el presente procedimiento pagos a la ejecutante por importe de 271,632,74 €, procede conforme al art. 230 de la LEC el mantenimiento de dichos actos de pago, lo contrario sería contrario a la economía procesal, ya que obligaría a la ejecutante a devolver dichas cantidades a la ejecutada que a su vez debería entregarlas en la ejecución instada con posterioridad, Ejecución 586/2015, si bien la ejecutante deberá acreditar si se han hecho más pagos desde el informe que reconocía haber pagado a Iberdrola dicha cantidad. Las cantidades satisfechas, lógicamente, deberán imputarse a cuenta del principal reclamado en la ejecución del acuerdo homologado, la referida ejecución nº586/2015. Asimismo, se requiere al administrador nombrado D. C.G.T. para que cese inmediatamente en la administración de la mercantil ejecutada, debiendo presentar en término de QUINCE DIAS la última rendición de cuentas de la administración y detallar convenientemente todos y cada uno de los pagos efectuados en el ejercicio de dicha administración a la ejecutante IBERDROLA DISTRIBUCIÓN ELECTRICA SAU, así como el concepto al que se han imputado dichos pagos. Deberá también detallar y comunicar las cantidades que en concepto de retribución ha percibido durante este tiempo por el desempeño de dicha administración. A la Vista de las actuaciones practicadas por las partes, durante la tramitación de la presente ejecución procede deducir testimonio de las mismas al Ministerio Fiscal para su estudio, por si procediera la imputación de hechos delictivos, habida cuenta que habiéndose ejercido la administración de la mercantil ejecutada para el pago del embargo de frutos y rentas, y no habiéndose producido ni un solo ingreso en la cuenta del Juzgado por dicho concepto, y constando además que la ejecutante ha percibido directamente del administrador nombrado, cantidades muy superiores al total por el que se despachó la ejecución. Asimismo, consta documentación de pagos “corrientes” a la propia ejecutante y de impagos a terceros por parte de la administración nombrada. También, por si el hecho de no cesar en la administración una vez la misma fue acordada, y resuelto el recurso contra la resolución que la cesó, resolución no recurrible y pese a lo cual se presentó recurso, pudiera ser constitutivo de infracción penal por parte de la ejecutante o el propio administrador. En cuanto a los escritos a que se hace referencia en la diligencia de ordenación de fecha 8-09-2015, queden éstos unidos a las actuaciones a los solos efectos de constancia de su presentación, sin que proceda acordar nada sobre su contenido a la vista de la nulidad acordada. Únase asimismo a los mismos efectos de constancia el escrito y documentación presentados por el Letrado D. J.F.P. sobre incumplimiento de sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 12 de Valencia. Decretada la nulidad, en resolución aparte se resolverá lo procedente respecto del momento a que se retrotraen las actuaciones. Contra el presente auto no cabe recurso”.

4. La resolución recurrida, que no da lugar a la reposición del auto del mismo Juzgado nº 118/2016, de 25 de abril, se basaba en que "... La parte ejecutante fundamenta su solicitud de ampliación de la ejecución contra el Ayuntamiento de X. y la UTE A.C. en que: "Con posterioridad al acto de juicio y recurso de suplicación, el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana (Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Quinta) en Sentencia núm. 85/2015 de fecha 28 de enero de 2015, dispuso: "1) La estimación del recurso de Apelación interpuesto por la Letrado DOÑA C.D.G., en nombre y representación del AYUNTAMIENTO DE X. contra el Auto dictado por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 10 de Valencia, en fecha 22.3.12, en el recurso Contencioso-Administrativo 96/12, revocando el mismo y, en consecuencia, procede autorizar la entrada solicitada debiendo fijarse por el Juzgado las condiciones de su ejecución." Consecuentemente el Ayuntamiento de X, procedió a tomar posesión de las instalaciones de la empresa "A.C., S.A." y como tenía acordado desde 2011 a prestar el servicio de suministro de agua potable, subrogándose en la actividad empresarial, mediante la concesión del servicio a la entidad UTE A.C., que es una unión temporal de empresas formada por A.C. y E.. Desde el día 11 de agosto de 2015 UTE A.C. es la entidad que gestiona y, por tanto, la única que factura el servicio de suministro de agua en C. a los vecinos del término de X... Es por ello que por ministerio del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, la referida UTE A.C. deviene en legitimada pasiva en esta ejecución como sucesora de la explotación del suministro de agua potable en la Urbanización "C.C"..." ...La empresa ejecutada, representada por la Sra. S., que es la madre de tres de los ejecutantes promotores del incidente, como reconoció en su interrogatorio, manifestó en la comparecencia incidental que se "allanaría en principio"... S.I.L., S.L., se opuso, sin embargo, alegando, en síntesis, que no fue sino una subcontratista de la ejecutada, tras el despido por parte del Administrador judicial de ésta de toda la plantilla, que le obligó a tal subcontratación, y hasta el 27 de mayo de 2015, en que la tercera resolvió el contrato, adeudándole en ese momento la ejecutada casi 300.000,- €. Otro tanto hizo Gestión de A.C., S.L., que se defendió de la pretensión deducida en su contra alegando que acordó con el referido Administrador judicial la cesión de la gestión, lo que habría llevado a efecto hasta enero de 2016, en que el Ayuntamiento de X. asumió el servicio, subcontratando, a su vez, con otra empresa. El interrogatorio de dicha tercera, muy impreciso, no aportó ningún dato relevante más allá de reiterar lo alegado en su contestación... La UTE A.C., por su parte, opuso que se pretendía ir más allá de lo que autoriza el artículo 240.2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, que el despido de los ejecutantes se produjo con efectos de 2 de noviembre de 2012 y que en ningún momento recibió nada de la ejecutada que permita que desplieguen eficacia las previsiones del artículo 44 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores y del artículo 55 del Convenio de aplicación, para a continuación explicar su relación jurídica, que calificó de concesión administrativa con el Ayuntamiento de X., y sólo con éste, y cómo hubo de asumir, "de manera temporal", la gestión en la urbanización C.C. como consecuencia de la transmisión forzosa que se produjo el 11 de agosto de 2015, en una parcela de Ibredrola, sin que hubiera relaciones laborales vivas. Terminó oponiendo la excepción de prescripción de tres años, para cuyo cómputo fijó como fecha a quo la de la extinción de los contratos de trabajo de trabajo de los ejecutantes a que se ha hecho referencia, siendo lógicamente anteriores los conceptos salariales reclamados... Finalmente, el Ayuntamiento de X se opuso también,

alegando, en primer lugar, que fue absuelto en la propia sentencia que constituye el título de esta ejecución, por la que se resolvió precisamente la inexistencia de sucesión que ahora se pretende que se declare nuevamente. Incidió especialmente en el carácter absolutorio de la sentencia, alegando que, de haber hechos nuevos, el sentido de ésta obligaría a un nuevo procedimiento. Opuso así mismo la excepción de prescripción de tres años para negar, por último, que concurren los presupuestos de hecho del artículo 44 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores... Debe, pues, resolverse previamente si concurre en el supuesto que nos ocupa la inadecuación de procedimiento opuesta por la UTE y, de forma más explícita, por el Ayuntamiento, excepción que, además, por ser de orden público, puede apreciarse de oficio... De hecho, según su propio escrito, los ejecutantes fundamentan su pretensión en unos hechos que, en último término, se remontan al año 2011, en que el Ayuntamiento de X habría acordado “prestar el servicio de suministro de agua potable”, hechos que, además, ya constan en la sentencia que es el título de esta ejecución y mediante la que no sólo se absolvió a dicha entidad local, sino a una de las compañías mercantiles integrantes de la unión temporal de empresas. Es más, lo que hizo la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo -que sí es posterior a la sentencia del Juzgado de lo Social n.º 12- fue meramente revocar el “auto del Juzgado Contencioso Administrativo número Diez de Valencia” de “fecha 22 de marzo de 2012”, dictado “en el procedimiento de entrada en domicilio nº 96/2012”, por el que se denegó “al Ayuntamiento de X la ocupación provisional de las instalaciones” y a que expresamente se refiere la resolución del Juzgado de lo Social n.º 12... ..Interesa destacar ahora que, “para que pueda declararse el cambio procesal de partes en el proceso de ejecución, es requisito indispensable que el cambio sustantivo en que se funde se hubiere producido con posterioridad a la constitución del título ejecutivo que constituya la base del concreto proceso de ejecución o, dicho de otro modo, que esté fundado en circunstancias distintas y posteriores al previo enjuiciamiento”... al remontarse los hechos en los que los ejecutantes basan su pretensión a los meses de noviembre de 2011 y febrero de 2013 no es posible sustanciar en esta ejecución conforme a lo que ahora establece el artículo 238 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social la cuestión incidental promovida por dicha parte, ya que los cambios sustantivos en que se funda se habrían producido con anterioridad a la constitución del título ejecutivo que constituye el objeto de este concreto proceso de ejecución, que, como se ha dicho, es la sentencia n.º 304/2013, de 2 de julio, del Juzgado de lo Social n.º 12, y no estarían, en consecuencia, fundados en circunstancias distintas y posteriores al previo enjuiciamiento, por lo que debe disponerse lo que sigue, sin perjuicio, claro está, de que se inicie un nuevo proceso declarativo frente a las que se dicen sucesoras o del ejercicio de cuantas otras acciones convengan al derecho de los promotores del incidente...Es más, en el caso del Ayuntamiento, absuelto en la sentencia del Juzgado de lo Social n.º 12, y, en menor medida, en el de la UTE, que, carente de personalidad jurídica (el artículo 7.2 de la Ley 18/1982, de 26 de mayo, sobre Régimen Fiscal de Agrupaciones y Uniones Temporales de Empresas y de las Sociedades de Desarrollo Industrial Regional establece que “la Unión Temporal de Empresas no tendrá personalidad jurídica propia”), está integrada por una compañía mercantil así mismo absuelta, es cierto que no parece jurídicamente correcto que, en ejecución definitiva de una sentencia absolutoria firme, se acabe procediendo, por vía de ampliación de tal ejecución, contra quien fue absuelto en dicho título... no es

suficiente para que prospere el recurso de reposición interpuesto, y ello por los siguientes motivos: 1.º, porque, como se ha dicho, la sentencia de nuestra Sala es confirmatoria de la de instancia, cuyo fallo y hechos probados sí que se transcribieron en el auto de este Juzgado de Ejecuciones Laborales; 2.º, porque ninguno de esos hechos declarados probados fue objeto de revisión, “a la vista de las pruebas documentales y periciales practicadas”, conforme al artículo 193, b), de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social; 3.º, porque “el rescate del servicio” al que se refiere la fundamentación de la sentencia de la Sala, aunque no llegara “a materializarse”, es, como se dijo en el auto recurrido, uno de los hechos en que: “... los ejecutantes fundamentan su pretensión... que, en último término, se remontan al año 2011, en que el Ayuntamiento de X habría acordado “prestar el servicio de suministro de agua potable”, hechos que, además, ya constan en la sentencia que es el título de esta ejecución y mediante la que no sólo se absolvió a dicha entidad local, sino a una de las compañías mercantiles integrantes de la unión temporal de empresas”; 4.º, porque la Sala se refirió a “la anulación por parte del Juzgado de lo contencioso administrativo de Valencia de parte de los acuerdos alcanzados por el ayuntamiento”, sin que, lógicamente, pudiera tener en cuenta la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, por ser posterior a la del Juzgado de lo Social n.º 12, mediante la que se revocó el “auto del Juzgado Contencioso Administrativo número Diez de Valencia” de “fecha 22 de marzo de 2012” por el que se denegó “al Ayuntamiento de Chiva la ocupación provisional de las instalaciones”; 5.º.- porque si, y discúlpese la reiteración, la sentencia de la Sala es confirmatoria de la de instancia y en ésta se absolvió al Ayuntamiento, en todo caso subsistiría la fundamentación según la cual, “la decisión judicial de despachar ejecución frente a quien en tales circunstancias no ha sido condenado sino absuelto, contraviene frontalmente el principio de congruencia en la ejecución, o cumplimiento de la sentencia en la vía de apremio en sus propios términos que consagran los Arts. 241.1 LPL, 18.2 LOPJ y 118 CE, consecuencia del de inmodificabilidad de las sentencias y demás resoluciones judiciales firmes y derivado de la garantía procesal de la cosa juzgada material, parte integrante del derecho a la tutela judicial efectiva, que se traduce en la imposibilidad de que el contenido de la parte dispositiva de las sentencias sea revisado judicialmente al margen de los recursos previstos en la ley, y comporta que aunque sus pronunciamientos sean erróneos o contrarios a la ley deben ser ejecutados en sus propios términos (STS 8/03/02 [RJ 4673], SSTC 3/98, 1/97)”, y: “la pretensión de la ejecutante es incompatible con la doctrina expuesta, por contravenir la literalidad del título ejecutorio, que expresamente absolvió a (la empresa) respecto de la que se pretende ampliar la ejecución”, y 6.º, porque en nada afectaría dicha sentencia a la apreciación de oficio que se hizo de la inadecuación del procedimiento respecto de S.I.L., S.L., que, como dicha compañía mercantil destaca en su escrito de impugnación, suscribió el primer contrato mercantil con la Administración judicial de la ejecutada el 13 de febrero de 2013...”.

5. Respecto a la existencia o no de sucesión de empresa, destacamos de la doctrina jurisprudencial la contenida en la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de julio de 2014 (R.1201/2013) –dicho sea obiter dicta, porque de lo que aquí se trata no es tanto decidir si existe o no sucesión de empresa, sino si ello debe ser resuelto en el trámite incidental de los artículos 238 y 240.2 de la LJS- que resume la doctrina general sobre

la subrogación en las relaciones de trabajo establecida en el artículo 44 ET “distinguiendo de un lado los puntos que se refieren al hecho o acto de la transmisión de empresa y de otro lado los relativos al objeto de dicha transmisión. En cuanto al objeto de la transmisión en los supuestos de sucesión de empresa, deben destacarse aquí los siguientes puntos de nuestra doctrina jurisprudencial: 1) el objeto de la transmisión ha de ser "un conjunto organizado de personas y elementos que permita el ejercicio de una actividad económica que persigue un objetivo propio"; 2) dicho objeto "no entraña necesariamente elementos significativos de activo material o inmaterial" reduciéndose "en determinados sectores económicos como los de limpieza y vigilancia" "a su mínima expresión", en tanto en cuanto "la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra"; 3) de lo anterior se desprende que "un conjunto organizado de trabajadores que se hallan específicamente destinados de forma duradera a una actividad común puede constituir una entidad económica (objeto de la transmisión determinante de la sucesión de empresa) cuando no existen otros factores de producción"; 4) por el contrario, no se considera que hay sucesión de empresa "si la actividad de que se trata no descansa fundamentalmente en la mano de obra, sino que exige material e instalaciones importantes, aunque se produzca la continuidad de la actividad por un nuevo empresario y éste asuma un número importante de trabajadores del anterior"; 5) el mantenimiento de la identidad del objeto de la transmisión supone que la explotación o actividad transmitida "continúe efectivamente" o que luego "se reanude". En cuanto a los hechos o actos de transmisión los puntos doctrinales a destacar para la decisión del caso son los siguientes: 6) La expresión del artículo 44.1 ET "transmisión de una empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva" es equivalente a la expresión del artículo 1 a) de la Directiva comunitaria vigente "traspaso de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o centros de actividad"; 7) el acto o hecho de "transmisión de un conjunto de medios organizados" no requiere necesariamente que haya transmisión de elementos patrimoniales del cedente al cesionario; 8) tampoco es imprescindible que exista en la transmisión de empresas o unidades productivas una vinculación contractual directa entre cedente y cesionario, vinculación o tracto directo que tiene un mero valor indiciario de la existencia de sucesión de empresa; 9) puede producirse, por tanto, la cesión o transmisión de empresas o unidades productivas a través o por mediación de un tercero propietario, arrendador, o dueño de la obra. Dos puntos doctrinales más de carácter general conviene reseñar de la jurisprudencia en la materia, que se desprenden en realidad de los anteriores, pero que no está de más resaltar para la solución del caso controvertido o de otros semejantes: 10) para determinar en un supuesto concreto si se reúnen los requisitos necesarios para la transmisión de una empresa o unidad productiva "han de tomarse en consideración todas las circunstancias de hecho características de la operación de que se trate", entre ellos "el tipo de empresa o de centro de actividad de que se trate", "el que se hayan transmitido o no elementos materiales como edificios o bienes muebles", "el valor de los elementos inmateriales en el momento de la transmisión", "el hecho de que el nuevo empresario se haga cargo o no de la mayoría de los trabajadores", "el que se haya transmitido o no la clientela", "el grado de analogía de las actividades ejercidas antes y después de la transmisión" y "la duración de una eventual suspensión de dichas actividades"; 11) la obligación de subrogación en las relaciones de trabajo ("sucesión de empresa") generada en los supuestos normativos reseñados de la

normativa comunitaria y del artículo 44 ET opera por imperativo de la ley (ope legis), sin requerir la existencia de un acuerdo expreso entre las partes del contrato de trabajo". Por su parte la sentencia del Tribunal Supremo de 27-4-2015 (R.348/2014) ha subrayado "a) Lo determinante, para saber si se produce o no una sucesión empresarial, no depende tanto de que el nuevo empresario, el que continúa la actividad, sea o no propietario de los elementos patrimoniales necesarios para su desarrollo, y al margen también de que existiera o no un negocio jurídico entre cedente y cesionario, lo decisivo, decíamos, es que se produzca realmente un cambio de titularidad de la empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma y que la transmisión afecte a una entidad económica que continúe manteniendo su propia identidad".

6. Por mucho que, como ya quedó dicho, en sesión plenaria de fecha 21 de noviembre de 2011, el Ayuntamiento de X (Valencia) adoptara en el punto sexto, el acuerdo de: "...Notificar a A.C., S. A. que a partir de la fecha en que el Ayuntamiento recepcione las obras y servicios urbanísticos necesarios para la prestación del servicio de abastecimiento de agua potable, la gestión de dicho servicio será asumida por el Ayuntamiento en la forma que se determine. Consiguientemente, desde ese momento A.C., S. A. deberá de abstenerse de llevar a cabo cualquier actuación y/o medida que impida o dificulte el suministro de agua potable a cualquier ámbito de la Urbanización C. del término municipal de X.". Y mediante posteriores acuerdos de 17 de enero de 2012, este Ayuntamiento fijó para el día 1 de marzo de 2012 la formalización del acta de transmisión forzosa de las mencionadas obras y servicios disponiendo al efecto lo siguientes: "PRIMERO.- Que una vez formalizada acta de transmisión forzosa de las redes, conducciones e instalaciones de agua potable de la Urbanización c. por parte del Ayuntamiento, éste asumirá con carácter inmediato y por las razones de interés público que han quedado acreditadas en el expediente, la gestión del servicio público de abastecimiento de agua potable en la Urbanización C., cuya competencia y prestación corresponde a este Ayuntamiento desde el mismo momento de la recepción de las obras, infraestructuras y dotaciones afectas al mismo.

SEGUNDO.- Encargar a la empresa concesionaria del servicio de abastecimiento de agua potable del municipio, E., que a partir de la fecha en que el Ayuntamiento recepciones las infraestructuras y asuma la gestión del servicio público de agua en la Urbanización, deberá hacerse cargo de la prestación de dicho servicio en la indicada urbanización, de manera temporal hasta el momento en que se tramite la nueva licitación..."...Personados el día 2 de marzo de 2012 en las instalaciones de A.C., S. A., en la urbanización del mismo nombre, una Comisión formada por el Alcalde del Ayuntamiento de X, el concejal de aguas, el arquitecto municipal, dos representantes de la mercantil E., con varios operarios de la citada empresa, con el fin de llevar a efecto el Acta de recepción forzosa y gratuita de las instalaciones, obras y dotaciones necesarias para la distribución del agua potable en la urbanización de C., la gerente de la empresa D.ª E.D.S.L. y varios operarios impidieron el acceso, pese a las advertencias legales, atrancando las puertas de acceso al Pozo de Sto. Domingo por el interior y colocando un todo terreno en la puesta para impedir el acceso, por lo que dicha recepción forzosa y gratuita no pudo llevarse a efecto. No consta que ni el Ayuntamiento de X, ni la empresa E. hayan asumido el servicio de distribución de

aguas potables en la urbanización de C., siendo dicha tarea llevada a cabo por la demandada A.C., S. A. por medio de su administrador judicial..., es lo cierto, que, como también ha quedado dicho, se formuló recurso contencioso administrativo por la empresa A.C., S. A. contra el Ayuntamiento de X., y por Auto del Juzgado Contencioso Administrativo número Diez de Valencia de 22 de marzo de 2012, en el procedimiento de entrada en domicilio nº 96/2012, se denegó al Ayuntamiento de X. la ocupación provisional de las instalaciones entendiéndose que pudiera producirse “...una simple y llana incautación de bienes de terceros”, y por sentencia del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº Cuatro de Valencia, recaída en el procedimiento ordinario 519/2007, de fecha 30 de diciembre de 2008, se declaró la nulidad del acto administrativo del Ayuntamiento de X. consistente en la negativa a la empresa A.C., S. A. de cortar el suministro de agua potable en determinadas parcelas por impago de recibos, no siendo sino a partir de la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana n.º 250/2014, de 2 de abril, que dispuso “1) La estimación del recurso de Apelación interpuesto por la Letrado DOÑA C.D.G., en nombre y representación del AYUNTAMIENTO DE X. contra el Auto dictado por el Juzgado de lo Contencioso- Administrativo número 10 de Valencia, en fecha 22.3.12, en el recurso Contencioso-Administrativo 96/12, revocando el mismo y, en consecuencia, procede autorizar la entrada solicitada debiendo fijarse por el Juzgado las condiciones de su ejecución. Disponiéndose, por otra sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana n.º 85/2015, de 28 de enero, “1) La estimación del recurso de Apelación interpuesto por la Letrada DOÑA C.D.G., en nombre y representación del AYUNTAMIENTO DE X. contra el Auto dictado por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 10 de Valencia, en fecha 22.3.12, en el recurso Contencioso-Administrativo 96/12 , revocando el mismo y, en consecuencia, procede autorizar la entrada solicitada debiendo fijarse por el Juzgado las condiciones de su ejecución.

7.En definitiva, la Sala no comparte el criterio de la resolución recurrida que fija en 2011 y por ende con anterioridad a la constitución del título ejecutivo el cambio sustantivo en que se funde el cambio procesal de partes, tal y como señala la doctrina jurisprudencial indicada al principio con origen en la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 1997 antes meritada, por cuanto fueron necesarias dos sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de este TSJ, que al dejar sin efecto en apelación sentencias de Juzgados, que en principio obstaban legalmente para que el Ayuntamiento de X pudiera hacerse cargo de la prestación del servicio de abastecimiento de agua potable de que se trataba asumiendo la gestión del servicio “en la forma que se determine”, por lo que los cambios tuvieron lugar en 2015 con posterioridad a la constitución del título ejecutivo, y por ende debe dilucidarse en el trámite incidental del artículo 240.2 en relación con el 238 de la LJS, en total congruencia con lo ejecutoriado, por cuanto es el momento de la sucesión y no un mero cambio de pronunciamiento, el que determinaría en su caso la responsabilidad del sucesor o sucesores, por lo que en este sentido se estimará el motivo.

TERCERO. Corolario de todo lo razonado será la estimación parcial del recurso interpuesto en cuanto postula se decida en la resolución que ponga fin al trámite incidental la cuestión relativa a la sucesión de empresa, dejando sin efecto la

declaración de inadecuación de procedimiento y sin que obviamente pueda decidirse en la presente la cuestión atinente a la sucesión de empresa. Sin costas, ante la estimación parcial del recurso y signo anulatorio del fallo (artículo 235.1 de la LJS).

FALLO

Estimamos en parte el recurso de suplicación interpuesto en nombre de D. M.A.R.L., D. J.I.S.S, D.ª S.S.S., D.ª V.S.S. y D.ª G.S.S. contra la resolución de que estas actuaciones dimanen, que anulamos y dejamos sin efecto, y declaramos que debe dilucidarse en el trámite de los artículos 238 y 240.2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, la cuestión sobre la alegada sucesión de empresas, anulando la resolución recurrida, así como la que de ella trae causa, en cuanto aprecia inadecuación de procedimiento condenando a los demandados a estar y pasar por tal declaración.

Firme que sea la presente resolución devuélvase los autos al Juzgado de procedencia para que como retroacción de actuaciones a la fecha de celebración de la comparecencia en el incidente, y previa la práctica de las diligencias finales que tenga por conveniente dicte nueva resolución entrando en el examen del fondo (si ha habido o no sucesión de empresa) con total libertad de criterio, pero sin apreciar inadecuación de procedimiento.

Sin costas.

2208

Sentencia núm. 892, de 4 de abril de 2017

Materia: Lesiones permanente no invalidantes. Trabajadora afiliada al RGSS que ejerce funciones de celadora para organismo público. La actora sufre un accidente laboral. El equipo de valoración de incapacidades propone determinada indemnización. La actora solicita incremento de indemnización al tener que realizarse una intervención dental cuyo presupuesto asciende a determinada cantidad. Admisibilidad recurso.

Juzgado: Desestima la demanda absolviendo a las demandadas de las peticiones contenidas en el suplico de la demanda. No procede la indemnización reclamada.

Sala: Declara la incompetencia funcional por razón de la cuantía para interponer el recurso de suplicación. Anula las actuaciones practicadas por dicho Juzgado a partir del momento inmediato posterior al de notificación de la sentencia así como las realizadas en la sustanciación del recurso de suplicación indebidamente interpuesto contra la misma.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- D^a M.A.G.R. interpone en su día demanda contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y LA CONSELLERIA DE SANIDAD DE LA GENERALITAT VALENCIANA solicitando se reconozca que la cuantía que corresponde a la actora por las lesiones permanentes no invalidantes reconocidas es de 2.999,00 euros, condenando a la demandada a abonarle la diferencia con la cantidad reconocida.

La sentencia de instancia desestima la demanda, y frente a este pronunciamiento se alza la demandante recurriéndolo en suplicación y solicitando que con estimación del mismo, se revoque la sentencia de instancia, se declare nula la resolución que se recurre y se reconozca que la cuantía que corresponde a la actora por las lesiones permanentes no invalidantes reconocidas es de 2.999,00 euros, condenando a la demandada a abonarle la diferencia con la cantidad reconocida.

SEGUNDO.- Con carácter previo a resolver sobre el recurso de suplicación interpuesto ha de indicarse que constituye deber inexcusable de los Tribunales velar por la legalidad y el estricto cumplimiento de las normas procesales, en cuanto cauce de todo ordenamiento jurídico, lo que obliga a esta Sala a examinar de oficio, y con carácter prioritario si contra la sentencia impugnada cabría o no recurso de suplicación. En efecto, el principio de legalidad, que ha de regir el orden formal del proceso, dado el carácter de orden público y de derecho necesario que tienen las normas de procedimiento, obliga a los tribunales, como misión primordial a los mismos encomendada, la de velar por su pureza en cuanto a su aplicación, y entre ellas se encuentra las normas referentes a la procedencia de los recursos contra las resoluciones procesales -sentencias del Tribunal Supremo de 24 de marzo de 1971 (RJ

1971, 1134), 25 de enero (RJ 1972, 315), 10 de febrero (RJ 1972, 491), 24 de marzo (RJ 1972, 1219) y 20 de junio de 1972 (RJ 1972, 3177), 23 de abril (RJ 1975, 2115) y 30 de junio de 1975 y del Tribunal Central de Trabajo de 27 de noviembre de 1973 (RTCT 1973, 4800), 25 de septiembre (RTCT 1974, 3695) y 15 de noviembre de 1974 (RTCT 1974, 4770), 3 (RTCT 1975, 4064) y 8 de octubre de 1975 (RTCT 1975, 4743).

En base a la doctrina antedicha la Jurisprudencia ha manifestado en reiteradas ocasiones que aunque la sentencia hubiera proclamado su recurribilidad y se hubiera tramitado el recurso, sin discusión procesal en este extremo por ninguna de las partes, el Tribunal debe examinar igualmente de oficio tal cuestión al ser materia de orden público, y de apreciar el defecto, declarar la inadmisibilidad de aquél, declarando firme la resolución de instancia, de acuerdo con el clásico apotegma de que las causas de inadmisión se convierten en trámite de recurso en motivos de desestimación.

En este caso al advertir la Sala que podía no ser competente para conocer del presente recurso dada la pretensión suscitada en la demanda, se dio traslado a las partes y al Ministerio Fiscal a fin de que se pronunciaran sobre tal cuestión, contestando las mismas en los términos que obran en autos. Como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 17-7-14, transcribiendo en parte la de 11-2-2013 (RJ 2013, 3646) (R. 1151/2012), "En materia de Seguridad Social y en cuanto al acceso al recurso de suplicación se refiere, la LRJS mantiene, en esencia, las líneas básicas que se contenía en la ahora derogada Ley de Procedimiento Laboral (RCL 1995, 1144 y 1563) (LPL), en cuanto a la procedencia del recurso en supuestos: a) de afectación general - así se deduce del art. 189.1.b)LPL en relación con el art. 191.3.b) LRJS (RCL 2011, 1845) ("En reclamaciones, acumuladas o no, cuando la cuestión debatida afecte a todos o a un gran número de trabajadores o de beneficiarios de la Seguridad Social, siempre que tal circunstancia de afectación general fuera notoria o haya sido alegada y probada en juicio o posea claramente un contenido de generalidad no puesto en duda por ninguna de las partes") --; y b) de reconocimiento o denegación del derecho a obtener prestaciones - así se constata del art. 189.1.c) LPL en relación con el art. 191.3.c) LRJS (En los procesos que versen sobre reconocimiento o denegación del derecho a obtener prestaciones de Seguridad Social, así como sobre el grado de incapacidad permanente aplicable"). No obstante, aunque afecte directamente a prestaciones, se ha excluido la posibilidad de acceso al recurso contra las sentencias recaídas en la nueva modalidad procesal de impugnación de altas médicas (art. 140.3 LRJ), disponiéndose expresamente que: "Tampoco procederá recurso en procesos de impugnación de alta médica cualquiera que sea la cuantía de las prestaciones de incapacidad temporal que viniere percibiendo el trabajador "(art. 191.2.g LRJS)".

En el presente caso teniendo en cuenta que la petición de la demanda es la de que se le reconozca una cuantía superior por lesiones permanentes no invalidantes, así 2.999,00 euros en lugar de los 1.920 euros reconocidos, ascendiendo la diferencia entre una y otra cuantía a poco más de 1.000 euros, no estamos ante un procedimiento en materia de reconocimiento o denegación de una prestación de la Seguridad Social, pues la misma fue reconocida y no se discute tal reconocimiento sino la cuantía concreta que le ha sido reconocida. Puesto que para poder acceder la Sentencia al recurso de suplicación es preciso o bien que concurra el supuesto de

afectación general que en este caso ni se alega ni consta en modo alguno acreditado o bien que por la cuantía de las diferencias de prestación reclamadas, así entre la prestación reconocida y la reclamada, sea procedente el recurso de suplicación, en cuyo caso tal cuantía de la prestación debería superar los 3.000 euros, como en este caso la indemnización reconocida por el concepto de lesiones permanentes no invalidantes baremo 16 ascendió a 1.920 euros y la reclamada por la actora es de 2.999,00 euros, solicitando además no esa cuantía íntegra sino las diferencias entre la prestación reconocida y la reclamada, no supera en todo caso la cuantía del proceso los 3.000 euros que con arreglo al artículo 191 en relación con el artículo 192 LRJS es precisa para poder recurrir y no procede el acceso al recurso de suplicación. El proceso versa sobre la diferencia económica en relación a una prestación económica ya reconocida, y como la referida diferencia es de poco más de 1.000 euros, no se alcanza el límite de los 3.000 euros para poder acceder a este recurso y no procedía en este caso el acceso al recurso de suplicación. Por las razones expuestas se ha de considerar indebida la admisión del recurso, por lo que procede declarar la firmeza de la sentencia recurrida, así como la nulidad de todas las actuaciones practicadas, desde la publicación de la resolución judicial (Sentencia Tribunal Supremo 7/2/00 y 20/3/009).

FALLO

Declaramos la incompetencia funcional de la Sala al ser improcedente por razón de la cuantía el recurso de suplicación interpuesto en nombre de D.^ª M.A.G.R. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. UNO de los de Valencia, de fecha dieciocho de Enero del Dos Mil Dieciséis, en autos 1302/2013 seguidos sobre PRESTACIONES a instancias de la recurrente frente al INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y la CONSELLERIA DE SANIDAD DE LA GENERALITAT VALENCIANA, y en consecuencia, anulamos las actuaciones practicadas por dicho Juzgado a partir del momento inmediatamente posterior al de la notificación de la sentencia, la cual alcanzó firmeza desde que fue dictada, así como las realizadas en la sustanciación recurso de suplicación indebidamente interpuesto contra la misma.

2209

Sentencia núm. 896, de 4 de abril de 2017

Materia: Despido. Trabajadoras que prestan servicios como dependientas en centro comercial. Extinción de la relación laboral. Despido de trabajo por causas disciplinarias. Acuerdo de extinción. La empresa facilita a las trabajadoras un documento para que firmen la extinción Efecto liberatorio del documento. Validez del documento suscrito por las trabajadoras. Doctrina jurisprudencial.

Juzgado: Estima la excepción de falta de acción formulada por la demandada y desestima la demanda frente a la citada mercantil, absolviendo a la misma de las pretensiones formuladas en su contra. Efecto liberatorio del documento firmado.

Sala: Estima el recurso y declara improcedente el despido de las trabajadoras. El contenido de las cartas de despido no reúnen los requisitos de concreción y claridad precisos para que la relación laboral pueda considerarse válidamente extinguida. Se ha producido una vulneración de los arts. 1.256 y ss. del Código Civil al suscribir las trabajadoras el documento concurriendo error en el consentimiento.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- D^a. M.E.C.G. Y D^a E.V.M. interpusieron en su día demanda contra la empresa F.M. S.L. Y FOGASA, ejercitando acción de despido y solicitando se declare la improcedencia del acordado por la empresa el día 9 de Marzo del 2015.

Se dictó Sentencia por el Juzgado estimando la excepción de falta de acción invocada por la empresa y absolviendo a la misma de las pretensiones formuladas en su contra y frente a dicho pronunciamiento se alzan las demandantes recurriéndola en suplicación y solicitando se dicte Sentencia por la Sala en la que tras revocar la Sentencia de instancia se declare como improcedente el despido de las trabajadoras. La empresa por su parte impugnó el recurso de suplicación.

SEGUNDO.- En primer lugar, al amparo del artículo 193 b) LRJS pretende la parte recurrente la revisión de los hechos probados de la Sentencia, en concreto del hecho probado tercero interesando la supresión del mismo. Alega al efecto la parte recurrente que en un procedimiento de despido no pueden establecerse como hechos declarados probados aquellos que no han sido objeto de controversia y el relato de hechos de tal hecho probado tercero no consta en las cartas de despido de fecha 9 de Marzo del 2015 ni tampoco en el supuesto acuerdo alcanzado entre las partes firmado con igual fecha. Se alega además que se funda en documentación interna de la empresa que no ha sido objeto de controversia al no incluirse tales hechos en la carta de despido, tratándose de hechos nuevos alegados en el acto de juicio.

En este motivo de recurso lo que realiza la parte actora son por un lado argumentaciones jurídicas para considerar que ninguna relevancia pueden tener los hechos reflejados en tal hecho probado pues nada consta en la carta de despido, argumentaciones que deben ser objeto del motivo destinado a las infracciones de normas sustantivas o de la Jurisprudencia y además alegaciones referidas a la admisión de tales medios de prueba sobre hechos que no constan en la carta de despido, denunciando implícitamente la infracción del artículo 105-2 LRJS, y tal denuncia de normas procedimentales debería haberse en su caso formulado por la vía del apartado a) del artículo 193 LRJS y no a través de ese motivo destinado a la revisión de hechos probados, exigiéndose en ese caso que se hubiera formulado protesta en el acto de juicio y que se hubiera ocasionado indefensión a la parte, no alegándose ninguna de tales circunstancias por las recurrentes. Respecto a los documentos en que se habría fundado el Juzgador a quo para fijar tales hechos, y que señalan las recurrentes se trataría de documentación no ratificada en el acto de juicio y respecto de la cual no se ha practicado prueba alguna, indicar que es a tal Magistrado de Instancia cuyo conocimiento directo del asunto garantiza el principio de inmediación del proceso laboral, a quien corresponde apreciar los elementos de convicción -concepto más amplio que el de medios de prueba- para establecer la verdad procesal intentando su máxima aproximación a la verdad real, valorando, en conciencia y según las reglas de la sana crítica, la prueba practicada y frente a tal valoración no se reflejan por las recurrentes error claro, patente y directo que pueda llevar a suprimir el contenido de tal hecho probado que por lo demás es sumamente genérico y se limita a recoger la queja de una empleada a través de correo electrónico de que una de las demandantes se había ausentado de su puesto de trabajo sin autorización empresarial, no reflejándose cuánto tiempo ni en qué fecha tuvo lugar tal ausencia y respecto de la otra trabajadora se alega dejadez en su trabajo pero sin concreción alguna de hechos en los que se fundara tal valoración. En cuanto al descuadre que se refleja en tal hecho probado tampoco se indica circunstancia alguna que pueda llevar a deducir la responsabilidad de las actoras en el mismo. No puede accederse por ello a la revisión pretendida pues además si bien es cierto que en las cartas de despido entregadas a las trabajadoras lo que se les imputa es con carácter genérico la disminución en el rendimiento y no se refleja ninguna de las circunstancias que se señalan en tal hecho probado, el reflejo de tales hechos en la Sentencia de instancia viene motivado por la oposición de la empresa a la acción ejercitada alegando que se comunicó a las trabajadoras que se iba a proceder a su despido disciplinario, reflejando así los hechos acreditados en relación a la oposición formulada por tal parte demandada.

TERCERO.- Al amparo del apartado c) artículo 193 LRJS, la parte recurrente formula un segundo motivo de recurso destinado a examinar las infracciones de normas sustantivas, considerando infringido el artículo 54-2 e) E.T. y el artículo 1.256 Código civil, alegado la existencia de un error en el consentimiento prestado por las trabajadoras, negando la eficacia liberatoria de los documentos suscritos por las actoras el 9-3-15. En el mismo sentido viene a incidir el tercer motivo de recurso en el que se denuncia la infracción del artículo 56 E.T. pues ante la improcedencia del despido les correspondía una indemnización de 45 días por año de servicio y también el cuarto motivo en el que se considera infringido el artículo 24 C.E. que no es una

norma sustantiva y que no puede fundar sin más el motivo recogido en el apartado c) del artículo 193 LRJS.

A la vista de lo expuesto la cuestión se centra en determinar la validez del documento suscrito por las actoras con la empresa el día 9-3-15 al que se refiere el hecho probado segundo de la Sentencia a fin de determinar si estamos ante un acuerdo transaccional válido y con efectos liberatorios o bien debe negarse tal virtualidad al documento suscrito por las partes.

Para resolver la cuestión planteada debe estarse a la doctrina que recoge la Sala IV en diversas [sentencias, entre otras, como la de 9 de abril de 2014 \(RJ 2014, 2600 \)](#) (Recud 1459/2013) o la 27 de marzo de 2014 (Recud 1325/2012) que en este sentido sobre la cuestión denunciada señala lo siguiente: " *La Sala tiene una consolidada doctrina acerca del valor que ha de reconocerse a los acuerdos suscritos entre empresario y trabajador, tras la finalización de la relación laboral por despido y, al hilo de la firma del recibo de saldo y finiquito ha señalado lo siguiente: "Es manifestación externa de un mutuo acuerdo de las partes, que constituye causa de extinción de la relación laboral, según el art. 49.1 a) E.T ., es decir, expresión de un consentimiento que, en principio, debe presumirse libre y conscientemente emitido y recaído sobre la cosa y causa que han de constituir el contrato, art. 1262 C.C . y, por ello, para que el finiquito suponga aceptación de la extinción del contrato debe incorporar una voluntad unilateral del trabajador, un mutuo acuerdo sobre la extinción o una transacción en la que se acepte el cese acordado por el empresario, en palabras de la [STS. 26-11-01 \(RJ 2002, 983 \)](#) , rec. 4625/00 ". Respecto a la eficacia y valor liberatorio del finiquito en sentencia de 22 de marzo de 2011, recurso 804/10, se consigna que la Sala ha señalado que por regla general debe reconocerse a los finiquitos, como expresión que son de la libre voluntad de las partes, la eficacia liberatoria y extintiva definitiva que les corresponden en función del alcance de la declaración de voluntad, que incorporan ([STS 11-11-03 \(RJ 2003, 8809 \)](#) , rec 3842/02 , [28-02-00 \(RJ 2000, 2758 \)](#) , rec. 4977/98 ; [24-06-98 \(RJ 1998, 5788 \)](#) , rec. 3464/97 ; [30-09-92 \(RJ 1992, 6830 \)](#) , rec. 516/92 ; 8-11-04, rec. 6438/03 y [21-07-09 \(RJ 2009, 5528 \)](#) , rec. 1067/08). Hay que poner de relieve que los vicios de voluntad, la ausencia de objeto cierto que sea materia del pacto, o la expresión en él de una causa falsa, caso de acreditarse, privarían al finiquito de valor extintivo o liberatorio, al igual que ocurrirá en los casos en que el pacto sea contrario a una norma imperativa, al orden público o perjudique a terceros, o contenga una renuncia genérica y anticipada de derechos contraria a los artículos 3.5 E.T . y 3 L.G.S.S . y que para evitar, en lo posible, que se produzcan tales situaciones, el trabajador cuenta con los mecanismos de garantía que instrumentan los artículos 49.1 y 64.1-6º E.T . ([STS 21-07-09, rec. 1067/08](#)). La Sala no ha reconocido valor liberatorio al finiquito en los siguientes supuestos: causa torpe para la extinción contractual ([STS 19-6-90](#)); causa ilícita del contrato temporal ([STS 6-7-90](#)); sucesivos contratos temporales con firma de finiquito a la finalización de cada uno de ellos ([STS 29-3-93](#) , [15-2-00 \(RJ 2000, 2040 \)](#) -rec. 2554/99 - [15-11-00 \(RJ 2000, 10291 \)](#) -rec. 663/00 - [18-2-09 \(RJ 2009, 2182 \)](#) -rec. 3256/07 -); contrato eventual seguido de contrato de interinidad, mediando recibo de finiquito ([STS 21-3-01, -rec. 2456/01 -](#)); dos contratos sucesivos sin solución de continuidad mediando recibo de finiquito ([STS 18-9-01 \(RJ 2001, 8446 \)](#) , -rec.*

4007/00 -); periodo de prueba no pactado por escrito ([STS 5-10-01 \(RJ 2001, 9590 \)](#) , -rec. 4438/00 -); finiquito que no contiene expresamente el efecto extintivo de la relación laboral ([STS 25-1-05 \(RJ 2005, 4820 \)](#) , -rec. 391/04 -); finiquito con liquidación inferior a la que legalmente correspondía ([STS 13-5-08 \(RJ 2008, 3041 \)](#) , rec. 1157/07 - 28-2-00 -rec. 4977/98- y [11-6-01 \(RJ 2002, 625 \)](#) -rec. 3189/00-); finiquito que establece una renuncia genérica de futuro ([STS 28-4-04 \(RJ 2004, 4361 \)](#) rec. 4247/02 - 11-11-03 -rec. 3842/02- y [19-2-07 \(RJ 2007, 3645 \)](#) -rec. 804/04-); supuesto en el que se han reconocido diferencias salariales por sentencia en fecha posterior a la firma del finiquito ([STS 24-7-00 \(RJ 2000, 8199 \)](#) rec. 2520/99); supuesto en el que en el momento de la firma del finiquito el trabajador se encontraba en una especial situación anímica (STS 21-7-09 -rec. 1067/08). Se ha reconocido valor liberatorio al finiquito en los supuestos siguientes: en cuanto a la extinción de la relación laboral (STS 26-7-07 rec. 3314/07 -, [26-2-08 \(RJ 2008, 3864 \)](#) -rec. 1607/07 - y [18-11-04 \(RJ 2005, 1588 \)](#) rec. 6438/03 -); en el supuesto de contrato temporal por acumulación de tareas sin especificar cuales eran éstas ([STS 10-11-09 \(RJ 2010, 1315 \)](#) -rec. 475/09 -); en el supuesto de contrato fraudulento (STS 7-11-04 -rec. 320/04 -, 26-11-01 -rec. 4625/00 y [22-11-04 \(RJ 2005, 1057 \)](#) -rec. 642/04 -). Respecto a la renuncia de derechos la reciente jurisprudencia de la Sala, STS 21-07-2009, rec. 1067/08 , con cita de las STS de Sala General 28-02-2000, rec. 4977/98 y 28-04-2004, rec. 4247/02 , ha señalado que "una cosa es que los trabajadores no puedan disponer válidamente, antes o después de su adquisición, de los derechos que tengan reconocidos por disposiciones legales de derecho necesario o por convenio colectivo y otra la renuncia o indisponibilidad de derechos que no tengan esa naturaleza, entre los que se encuentran la renuncia del puesto de trabajo y las consecuencias derivadas. Una limitación, al efecto, violaría el derecho concedido por el artículo 49.1 a) y d) E.T . a extinguir voluntariamente su contrato o a conciliar sus intereses económicos con el empleador y, también infringiría la norma común de contratación establecida en el [artículo 1256](#) del [Código Civil \(LEG 1889, 27 \)](#) que únicamente sanciona con nulidad el contrato cuyo cumplimiento quede al arbitrio de una de las partes contratantes". En el mismo sentido las STS 23-06-1986 , 23-03-1987 , 26-02-1988 , y 9-04-1999 . La prohibición de renuncia de derechos no impide acuerdos transaccionales que pongan fin a los conflictos laborales, tal como han señalado las STS 24-06-1998, rec. 3464/1997; 28-02-00, rec. 4977/1998 ; 11-11-03, rec. 3842/02 ; 18-11-04, rec. 6438/03 y [27-04-06 \(RJ 2006, 3028 \)](#) , rec. 50/05 . La STS 28-04-04, rec. 4247/02 ha señalado que "el correcto entendimiento de la prohibición que establecen los preceptos citados del E.T. ([RCL 2015, 1654](#)) y de la L.G.S.S. exige tener en cuenta los límites que derivan de la recepción en el ámbito laboral de la transacción como medio de poner fin a las controversias laborales (art. 1809 C.C . en relación con los artículos 63 , 67 y 84 L.P.L .). Los actos de disposición en materia laboral han de vincularse a la función preventiva del proceso propia de la transacción y, aún en ese marco, han de establecerse las necesarias cautelas, como muestra el art. 84.1 L.P.L ., a tenor del cual "si el órgano judicial estimare que lo convenido es constitutivo de lesión grave para alguna de las partes, de fraude de ley o de abuso de derecho, no aprobará el acuerdo". Desde esta perspectiva parece claro que el finiquito puede cumplir esa función transaccional, aunque quede al margen, como en el presente caso, de los cauces institucionales de conciliación. Pero para que la disposición sea válida será necesario que el acuerdo se produzca para evitar o poner fin a una controversia (artículo 1809

C.c .), en la que el derecho en cuestión aparezca como problemático. Por otra parte el objeto de la transacción debe estar suficientemente precisado, como exige el artículo 1815 C.c ., sin que puedan aceptarse declaraciones genéricas de renuncia que comprendan derechos que no tienen relación con el objeto de la controversia (art. 1815.2 C.c .). Respecto al control judicial del documento hay que señalar que la Sala ha mantenido que los finiquitos, sin perjuicio de su valor normalmente liberatorio - deducible en principio de la seguridad del tráfico jurídico e incluso de la buena fe del otro contratante- vienen sometidos como todo acto jurídico o pacto del que es emanación externa a un control judicial. Control que puede y debe recaer, fundamentalmente, sobre todos aquellos elementos esenciales del pacto previo -mutuo acuerdo, o, en su caso, transacción- en virtud del cual aflora al exterior y es, con motivo de este examen e interpretación, cuando puede ocurrir que el finiquito pierda su eficacia normal liberatoria, sea por defectos esenciales en la declaración de voluntad, ya por falta de objeto cierto que sea materia del contrato o de la causa de la obligación que se establezca (art. 1261 C.c) ya por ser contrario a una norma imperativa, al orden público o perjudique a terceros, (STS 28-02-00, rec. 4977/98 ; 24-07-00, rec. 2520/99 ; [11-06-08 \(RJ 2008, 5158 \)](#), rec. 1954/07 y 21-07-09, rec. 1067/08)."

En el presente caso a la vista de los hechos declarados probados, la empresa a través de su responsable de recursos humanos se reúne con las trabajadoras en una cafetería y les indica la intención de la empresa de despedirlas por causas disciplinarias. No consta pues nada refleja el relato de hechos probados que detallara la empresa las causas que motivaban tal decisión que pretendía adoptar la empresa ni si era por irregularidades cometidas por las mismas o por otro motivo, y lo que se recoge es que la empresa les ofreció la posibilidad de firmar un acuerdo que parece tenía que firmarse en esa misma fecha, no constando ni siquiera que se les mostrara la carta de despido que según el hecho probado segundo de la Sentencia se les entregó a continuación de firmar tal acuerdo. La empresa ya venía a la reunión con el acuerdo redactado pues de hecho se firmó en tal reunión en la cafetería y no dio opción alguna a las trabajadoras a consultar la procedencia de tal acuerdo pues nada se refleja al respecto en los hechos probados, ni a examinar los hechos que les imputaba la empresa para poder así cerciorarse con plena conciencia y voluntad de que lo más conveniente para ellas era firmar tal documento. El documento como se indica se firma ese día y es a continuación de tal firma cuando según la Sentencia se les hace entrega de la carta de despido que contiene una causa genérica de disminución del rendimiento debido al amparo del artículo 54-2 e) E.T., sin expresión de hechos concretos. De esta manera según tal relato fáctico no consta que las actrices conocieran los hechos que la empresa les imputaba y pudieran valorar a la vista de ello la conveniencia de proceder al despido, no conociendo por ello todos los elementos concurrentes para poder firmar tal Acuerdo de forma plena y consciente de la decisión que estaban adoptando. A tales circunstancias se añade el hecho de que en tal Acuerdo suscrito el 9 de Marzo, frente a la realidad de lo realmente sucedido según los hechos probados, se refleja que en esa fecha la empresa ha comunicado a las actrices el despido con efectos de la misma fecha y que habiéndose mantenido conversaciones entre las partes en relación a las condiciones en que se producirá la extinción se acuerdan determinadas estipulaciones. Ni consta la entrega previa de la carta de despido ni tampoco que se hubieran mantenido conversaciones sino sólo una reunión

en la que la empresa les comunicó su intención de despedirlas y que cabía la posibilidad de firmar un acuerdo. El documento suscrito fue íntegramente redactado por la empresa, no consta que se permitiera a las trabajadoras leer el mismo de forma detenida y consultar las cifras recogidas en el mismo y además en el mismo se recoge en la estipulación tercera que la cantidad pactada por indemnización sería abonada en el plazo de siete días a contar desde la firma del acto de conciliación administrativa mediante interposición de demanda por despido por parte del trabajador ante el servicio de mediación. A la vista de tal estipulación la validez de tal acuerdo parece que se supeditaba a la presentación de tal papeleta de conciliación ante el SMAC y a la firma del acuerdo en tal organismo pues era a partir de ese momento cuando la empresa iba a proceder a abonar la indemnización y como ante tal organismo las actoras no mostraron conformidad a tal acuerdo, el mismo carece de toda eficacia liberatoria y no podía impedir que las actoras ejercitaran la acción de despido. Ante la falta de abono de la suma fijada en tal acuerdo por indemnización, la cláusula pactada en el mismo en su punto quinto indicando que ambas partes dan por saldada y finiquitada la relación laboral que les unía con efectos de hoy día 9 de marzo de 2015 no teniendo más que reclamar por ningún otro concepto, carece de validez alguna pues faltaban los presupuestos necesarios para que el acuerdo tuviera efectos liberatorios, por un lado ratificar el acuerdo en la conciliación a celebrar ante el SMAC y por otro lado el abono de la cantidad reflejada en tal acuerdo que se produce por transferencia del 8 de abril pero cuando las actoras no habían firmado y ratificado el acuerdo ante el SMAC, de manera que tal abono ninguna virtualidad extintiva podía tener. El tenor del documento suscrito en el que se sometía a las partes a la conciliación ante el SMAC, las trabajadoras no recibían suma alguna por el concepto de indemnización, y que contenía un compromiso de trasladar el acuerdo ante el Servicio de Mediación y conciliación tras interponer la correspondiente demanda por despido, requería desde luego que las trabajadoras pudieran consultar la conveniencia de firmar tal documento, comprobar si la cantidad que se le ofrecía por indemnización les convenía y desde luego conocer con más detalle los hechos que se les imputaban para así poder firmar libre y conscientemente tal documento. Como ello no sucede así sino que es en el mismo acto, sin entrega previa de la carta de despido, sin explicación detallada de los hechos que se les imputan y sin poder estudiar y examinar con detenimiento la oferta de la empresa, cuando firman tal documento, estimamos como alega la parte recurrente que sí incurren las trabajadoras en un vicio del consentimiento al suscribir tales acuerdos que motiva que los mismos no puedan tener el efecto liberatorio pretendido por la empresa y que deba entrarse a conocer de la acción de despido ejercitada por las trabajadoras. Se vulneran así los artículos 1256 y siguientes del Código civil al suscribir las trabajadoras tal documento concurriendo error en el consentimiento y dado que consta que la empresa hace entrega a las trabajadoras de una carta de despido de fecha 9 de Marzo del 2015 sin expresión concreta de hechos imputados sino reflejando de forma genérica incumpliendo así los requisitos previstos en el artículo 54 E.T., que la causa del despido era la reiterada disminución en su rendimiento del trabajo en los últimos meses de forma voluntaria y continuada, debemos conforme al artículo 56 E.T declarar la improcedencia del despido con las consecuencias previstas en tal precepto legal de opción entre la readmisión o bien el abono de la indemnización legal que se fija con arreglo a la DT 5ª del RDL 3/12 y conforme al instrumento de cálculo elaborado por el Consejo General

del Poder Judicial, y que resulta tras descontar a la indemnización legal la suma ya percibida por transferencia por las trabajadoras de la empresa y que según los hechos probados era de 3.500 euros para E.C. y de 2.500 euros para E.V.. Es un hecho claro a la vista del contenido de las cartas de despido que las mismas no reúnen los requisitos de concreción y claridad precisos para que la relación laboral pueda considerarse válidamente extinguida y no se acredita causa alguna que pudiera justificar tal decisión extintiva pues los hechos reflejados en el hecho probado tercero son sumamente genéricos, sin expresión de fechas ni detalle alguno, y no pueden desde luego justificar la disminución de rendimiento alegada por la empresa en la carta de despido ya que además ni siquiera se recogen en tal carta, debemos revocar la Sentencia de instancia acordando en su lugar estimar la demanda y declarar la improcedencia del despido con las consecuencias antes expuestas, fijando como indemnización a percibir, en el caso de ser ésta la opción de la empresa, por D^a E.C. la de 17.186,82 euros que resulta tras descontar a la indemnización legal de 20.686,82 euros la cantidad ya percibida por indemnización de 3.500 euros, y por D^a E.V. la suma de 8.213,6 euros que resulta tras descontar a la indemnización legal que asciende a 10.713,60 euros la suma ya percibida de 2.500 euros.

CUARTO.- De conformidad con lo previsto en el artículo 235 LRJS ante la estimación del recurso formulado, no procede la imposición de costas.

Por ello;

VISTOS los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

FALLAMOS

Que estimando el recurso de suplicación interpuesto por las demandantes D^a E.V.M. Y D^a M.E.C.G. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 4 de los de Alicante, autos 302/2015 en fecha treinta de Junio del Dos Mil Dieciséis, sobre DESPIDO seguidos a instancias de las recurrentes contra la empresa F.M. S.L. y con audiencia de FOGASA, debemos revocar dicha Sentencia acordando en su lugar estimar la demanda declarando la improcedencia del despido de las actoras de fecha 9-3-15, condenando a la empresa a readmitir a las trabajadoras en su en las mismas condiciones existentes con anterioridad al despido o bien a su elección formulada dentro del plazo de los cinco días siguientes a la notificación de la presente resolución y con la advertencia de que en el caso de no indicar nada la empresa dentro de dicho plazo se entenderá que opta por la readmisión, a abonarles una indemnización por importe de 17.186,82 euros a D^a E.C. y de 8.213,6 euros a D^a E.V., condenando a la empresa al abono de los salarios de tramitación devengados para el supuesto de optar por la readmisión.

Sin costas.

2210

Sentencia núm. 929, de 6 de abril de 2017

Materia: Determinación de contingencia. Pensión de viudedad derivada de accidente de trabajo. Reconocimiento. Aplicación presunción de laboralidad. Aplicación presunción de accidente de trabajo de conformidad con el art. 115.3 del texto refundido de la LGSS.

Juzgado: Desestima la demanda, absolviendo a los demandados de las pretensiones deducidas en su contra en el presente procedimiento. No ha lugar a la prestación.

Sala: Estima el recurso reconociendo a la demandante el derecho al cobro de la prestación solicitada. El fallecimiento del causante de la prestación se produce en el lugar y tiempo de trabajo, sin que se pueda descartar que la acción de trabajo fuese la desencadenante de la crisis que produjo su defunción.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. Se recurre por el letrado designado por doña J.M.S., la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº.3 de Alicante que desestimó su demanda por la que pretendía que se le reconociera el derecho a percibir la pensión de viudedad derivada de accidente de trabajo, como consecuencia del fallecimiento de don P.V.N. con el que estuvo casada hasta el 2 de enero de 2007 en que se dictó sentencia de divorcio.

2. El fallecimiento del Sr. V. se produjo el día 22 de enero de 2013 a las 8:05 horas de la mañana cuando se encontraba en su puesto de trabajo al que se había incorporado a las 8:00 horas de ese mismo día. El Sr. V. que en ese momento se encontraba trabajando sentado, se desvaneció y falleció allí mismo. Según el informe de autopsia la causa fundamental del óbito fue la rotura espontánea de aneurisma aórtico intrapericardíaco.

3. La sentencia que ahora se recurre en suplicación, desestimó la pretensión ejercitada señalando que “no existe ningún dato que permita establecer la conexión entre trabajo realizado y la lesión que dio lugar al fallecimiento”. Se basa en la sentencia en el informe médico del Dr. R.P., según el cual las causas más frecuentes de aneurisma de la aorta son degenerativas, enfermedades inflamatorias, alteraciones intrínsecas de la pared aórtica, infecciosas, traumáticas y posestenóticas, produciendo todas ellas alteraciones en la estructura de la pared aórtica, lo que provoca una disminución de su distensibilidad y un aumento de su rigidez.

4. El recurso que interpone la Sra. M. se fundamenta en un motivo único redactado al amparo del apartado c) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS), en el que se denuncia la infracción del artículo 115.3 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social aprobado por el Real Decreto Legislativo 171994, en relación con la doctrina jurisprudencial que cita. Se argumenta por la recurrente que “la juzgadora de instancia no aplica correctamente la presunción

de laboralidad, considerando que para que la misma opere tiene que acreditarse una cierta conexión causal con el trabajo, cuando en realidad la presunción se activa por el mero hecho de producirse el siniestro en el lugar y tiempo de trabajo, como de forma incontrovertida ha acontecido en este caso”.

SEGUNDO.- 1. El recurso debe ser estimado de acuerdo con la doctrina jurisprudencial que ha venido interpretando la presunción de accidente de trabajo que contiene el apartado 3 del artículo 115 LGSS/1994. Se dice en él lo siguiente: “Se presumirá, salvo prueba en contrario, que son constitutivas de accidente de trabajo, las lesiones que sufra el trabajador durante el tiempo y en el lugar de trabajo”. Como viene señalando la jurisprudencia, por todas STS de 18 de diciembre de 2013 (rcud.726/2013), para la calificación de accidente de trabajo “no se exige que la lesión sea consecuencia del trabajo prestado sino que haya surgido en el lugar de trabajo y con ocasión de prestarse el mismo”; y se añade lo siguiente: “1) La presunción del artículo 115.3 (antes, art. 84.3 LGSS del 74) de la vigente Ley General de la Seguridad Social se refiere no sólo a los accidentes en sentido estricto o lesiones producidas por la acción súbita y violenta de un agente exterior, sino también a las enfermedades o alteraciones de los procesos vitales que pueden surgir en el trabajo. 2) Para la destrucción de la presunción de laboralidad de la enfermedad surgida en el tiempo y lugar de prestación de servicios, la jurisprudencia exige que la falta de relación entre la lesión padecida y el trabajo realizado se acredite de manera suficiente, bien porque se trate de enfermedad que por su propia naturaleza descarta o excluye la acción del trabajo como factor determinante o desencadenante, bien porque se aduzcan hechos que desvirtúen dicho nexo causal. 3º) La presunción no se excluye porque se haya acreditado que el trabajador padeciera la enfermedad con anterioridad o porque se hubieran presentado síntomas antes de iniciarse el trabajo, porque lo que se valora a estos efectos no es, desde luego, la acción del trabajo como causa de la lesión cardiaca, lo que no sería apreciable en principio dada la etiología común de este tipo de lesiones. Lo que se valora es la acción del trabajo en el marco del artículo 115.2.f) LGSS como factor desencadenante de una crisis, que es la que lleva a la situación de necesidad protegida; y esta posible acción del trabajo se beneficia de la presunción legal del art. 115.3 y no puede quedar excluida solo por la prueba de que la enfermedad se padecía ya antes; pues, aunque así fuera, es la crisis y no la dolencia previa la que hay que tener en cuenta a efectos de protección”.

Más en concreto y en relación con el aneurisma se recuerda en la STS de 27 de febrero de 2008 (rcud. 2716/2006), que la jurisprudencia ha admitido la calificación de accidente de trabajo, entre otros muchos, en los casos de fallecimiento por aneurisma comunicante anterior con arterioesclerosis cerebral generalizada (STS 30/01/04 -rcud 3221/2002).

2. Por consiguiente, siendo ello así, el recurso debe ser estimado pues el fallecimiento de don P.V. se produjo en el lugar y tiempo de trabajo y no se puede descartar –al menos no consta probado– la acción del trabajo como factor desencadenante de la crisis que llevó a su muerte, tal y como ha apreciado esta Sala en supuestos similares como el resuelto por la sentencia de 10 de noviembre de 2015 (rs.493/2015).

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

FALLAMOS

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de DOÑA J.M.S. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº.3 de Alicante de fecha 29 de julio de 2015; y, en consecuencia, revocamos la sentencia recurrida y con estimación de la demanda declaramos que el fallecimiento de don P.V.N. lo fue por accidente de trabajo y condenamos a la mutua X. a estar y pasar por esta declaración y al abono de las prestaciones que correspondan por esta declaración con efectos del 23 de enero de 2013.

Sin costas.

2211

Sentencia núm. 961, de 11 de abril de 2017

Materia: Auto inadmisión demanda. Despido objetivo de trabajadores. Acuerdo de conciliación incumplido: pago de determinadas cantidades. Ejecución título. Demanda de ejecución forzosa. Insolvencia empresarial. Demanda ante el FOGASA en reclamación de prestaciones por insolvencia. Se ha presentado demanda en reclamación de cantidad, la cual no ha sido admitida a trámite interponiéndose posteriormente recurso de reposición, a su vez desestimado.

Juzgado: Desestima el recurso de reposición interpuesto por la parte actora.

Sala: Estima el recurso, admitiendo a trámite la demanda presentada en concepto de reclamación de cantidad. La demanda cumple con los requisitos de admisión previstos en el art. 80 de la LRJS.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Frente al auto de instancia de 23-11-2016, que desestimó el recurso de reposición formulado por la parte actora, interpone recurso de suplicación dicha parte al amparo del apartado a) del art. 193 de la LRJS, solicitando la reposición de los autos al estado en que se encontraban en el momento de cometerse una infracción de normas o garantías del procedimiento que haya producido indefensión. La recurrente denuncia vulneración de lo dispuesto en los arts. 80 y siguientes de la LRJS por cuanto que dicha demanda sí cumple con los requisitos legales para su admisión (art. 80 LRJS) y sin que existan defectos u omisiones que impidan la admisión de la demanda (art. 81 LRJS). Se indica asimismo que en la instancia no se indica que precepto ha sido vulnerado y que la resolución de instancia cercena la posibilidad de cobro de lo adeudado.

SEGUNDO.- Como señala la sentencia del Tribunal Constitucional 22/2011, de 14 de marzo, *“...el control constitucional de las decisiones de inadmisión ha de verificarse de forma especialmente intensa, dada la vigencia en estos casos del principio pro actione, principio de obligada observancia por los Jueces y Tribunales, que impide que determinadas interpretaciones y aplicaciones de los requisitos establecidos legalmente para acceder al proceso obstaculicen injustificadamente el derecho a que un órgano judicial conozca o resuelva en Derecho sobre la pretensión a él sometida. Así, se ha destacado que puede verse conculcado este derecho por aquellas interpretaciones de las normas que sean manifiestamente erróneas, irrazonables o basadas en criterios que por su rigorismo, formalismo excesivo o cualquier otra razón revelen una clara desproporción entre los fines que la causa legal aplicada preserva y los intereses que se sacrifican (por todas, STC 218/2009, de 21 de diciembre, FJ 2). Más en concreto, este Tribunal ha destacado que la proyección de la doctrina expuesta sirve de fundamento al trámite de subsanación de la demanda laboral establecido en el vigente art. 81 de la Ley de procedimiento laboral (en adelante, LPL), que constituye la garantía de que las pretensiones de fondo deducidas en una demanda laboral no resulten ineficaces por la apreciación rigurosa y formalista de la falta o defecto de los*

requisitos procesales que pudiera imputársele a aquélla, lo que determina que, en los casos en que se imputa la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva a una decisión de archivo por falta de subsanación de la demanda laboral, el control de este Tribunal deba dirigirse a comprobar la causa aplicada y la proporcionalidad de su aplicación en el supuesto concreto, así como los rasgos caracterizadores de la actuación judicial en el trámite de subsanación. En dicha actuación el órgano judicial debe favorecer la corrección de los defectos que puedan ser reparados, garantizando en lo posible su subsanación. Igualmente, se ha precisado que es necesario elegir una interpretación conforme con el principio pro actione, siempre que el interesado actúe con diligencia y que no se lesionen bienes o derechos constitucionales, no se grave injustificadamente la posición de la parte contraria, ni se dañe la integridad objetiva del procedimiento (por todas, STC 125/2010, de 29 de noviembre, FJ 2). En definitiva, este Tribunal ha puesto de manifiesto que el control constitucional de este tipo de decisiones debe partir de un doble criterio: en primer lugar, analizar la existencia de la causa legal aplicada y la proporcionalidad de su aplicación en el supuesto concreto. Debe enjuiciarse, pues, si la causa que el órgano judicial invocó para proceder al archivo podía ex lege justificarlo, y si debía ad casum determinarlo, vistos los datos ofrecidos por la regulación legal, la entidad del defecto advertido, el comportamiento y las posibilidades de subsanación de la parte demandante y los perfiles del caso. Una vez analizado lo anterior el segundo plano de control se habrá de referir a los rasgos caracterizadores de la actuación judicial en el trámite de subsanación, puesto que, conforme a nuestra doctrina, constituye una exigencia constitucional que el órgano judicial favorezca la corrección de los defectos observados y que puedan ser reparados, garantizando, en lo posible, su subsanación (por todas, STC 125/2010, de 29 de noviembre, FJ 3)...”.

TERCERO.-En el presente caso ante todo debemos precisar que, ante un incumplimiento de lo acordado en conciliación ante el SMAC, lo procedente es pedir la ejecución forzosa de lo convenido en dicha conciliación y si no se consigue cobrar la deuda solicitar la declaración de insolvencia y demás trámites procedimentales. Ahora bien, planteada una demanda de cantidad como la efectuada, que cumple con los requisitos para su admisión del art. 80 de la LRJS y sin que existan los defectos u omisiones a subsanar del art. 81 de la misma ley, procede acordar su admisión a trámite pues no existe razón para decretar lo contrario; máxime teniendo en cuenta que lo acordado ante el SMAC no tiene el mismo tratamiento que lo acordado en conciliación judicial o lo decidido en sentencia. Y todo ello, con independencia de la suerte que corra dicha demanda entablada frente a la empresa.

Por todo lo expuesto, a efectos de evitar cualquier situación de indefensión (art. 24 CE) y dado que la demanda formulada no adolece de defectos, entendemos que procede la estimación del recurso interpuesto, dejando sin efecto la resolución de 23-11-2016, que confirmó la del auto de 03-11-2016, con retroacción de actuaciones al momento previo a la admisión de la demanda, para que la misma sea admitida.

FALLO

Estimamos el Recurso de Suplicación interpuesto en nombre de la parte actora, C.B.M., y otros SEIS, contra el Auto dictado por el Juzgado de lo Social nº. 5 de los de Alicante y su provincia, de fecha 23-11-2016, que confirmó el de 03-11-2016, declarando la nulidad de los mismos y la retroacción de actuaciones al momento anterior a la admisión de la demanda, para que la misma sea admitida y se continúe el procedimiento por los trámites legales establecidos.

Sin costas.

2212

Sentencia núm. 965, de 11 de abril de 2017

Materia: Pensión de viudedad. Demandante casada con el causante de la prestación el mismo día de su fallecimiento, si bien son pareja de hecho y conviven juntos desde hace más de seis años. Matrimonio por poderes. Falta de consentimiento matrimonial. Declaración de nulidad de ese matrimonio. El causante había estado casado previamente, teniendo dos hijos de su anterior matrimonio, habiendo solicitado la primera esposa la correspondiente pensión de viudedad, la cual es concedida. Porcentajes cálculo de la pensión para las viudas. Al declararse la nulidad del segundo matrimonio, la demandante debe devolver las cantidades indebidamente percibidas. La actora reclama el reconocimiento de esta prestación.

Juzgado: Desestima la demanda absolviendo a los demandados de cuantas pretensiones se deducen en su contra, confirmando las resoluciones del organismo codemandado impugnadas en este procedimiento.

Sala: Desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia. No quedan acreditados los requisitos necesarios para lucrarse de la prestación solicitada, acreditación oficial de pareja de hecho y periodo de convivencia.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Por la representación letrada de la demandante se formula recurso frente la sentencia de instancia, que desestimó la demanda donde solicitaba la pensión de viudedad y que se dejara sin efecto la devolución de las cantidades que por dicho concepto había percibido y que le reclamaba el INSS.

En dicho recurso se plantea en primer término la revisión del décimo tercer hecho probado, con correcto encaje procesal, con la finalidad de que dicho ordinal, en el que se plasman diversos datos referidos al lugar de empadronamiento del causante de la pensión así como al testamento otorgado por esa persona, se incluya en aquél apartado de la sentencia un inciso que diga que se aportan documentos contradictorios que acreditan como domicilio del causante el mismo de la recurrente.

El motivo debe decaer, pues al margen de que no se postula una redacción alternativa que no entrara en contradicción con lo que se afirma en el citado hecho probado y por no combatido se mantiene íntegramente, los documentos en que se funda dicha afirmación son los mismos que ya se examinaron y valoraron por la juez de instancia, sin que se aprecie error o equivocación palmaria por su parte, y varios de dichos documentos en realidad no son más que pruebas testificales documentadas por escrito e inhábiles en suplicación.

SEGUNDO.- En el apartado del recurso destinado al examen del derecho aplicado, pero sin cita de norma sustantiva que se entienda vulnerada en la sentencia,

se argumenta que la recurrente y el causante de la pensión estuvieron conviviendo desde el año 2006 en una relación de afectividad análoga a la conyugal, compartiendo vivienda, experiencias y gastos hasta el fallecimiento de aquél, y el hecho de que no se hallara empadronado en Alicante, lugar de su residencia según la recurrente, no es óbice para el reconocimiento de la prestación objeto de discusión ante la gran cantidad de pruebas que avalan dicha convivencia. Finalmente, el hecho de que no se hallaran casados ni inscritos en ningún registro público de parejas de hecho, estribó en que no lo consideraron necesario dada la intención que tenían de contraer matrimonio, que de hecho lo contrajeron, aunque posteriormente fuese anulado por el juzgado, de modo que al fallecimiento eran cónyuges de buena fe (sic).

Al margen de las circunstancias que rodearon la celebración de dicho matrimonio in extremis y su posterior anulación a instancias del hijo del primer matrimonio del difunto, y que ya vienen reseñadas en la sentencia recurrida, la decisión de la juez de instancia se basa en que no se acreditó ni la inscripción en un registro público como tal pareja de hecho con dos años de antelación a la defunción ni singularmente la convivencia de cinco años anteriores a dicha desaparición.

La circunstancia que se alega en el recurso de que el TC, en sentencia de 11 de mayo de 2014 ha declarado inconstitucional el párrafo 5º del artículo 174.3 de la LGSS aprobada por el RD Legislativo 1/94, de 20 de junio, no afecta a lo que se decide en este caso, pues dicha resolución se refiere a las CCAA con Derecho Civil propio en donde la consideración y acreditación de pareja de hecho se llevará a cabo conforme su legislación específica, de modo que subsiste lo previsto en el párrafo 4º del precepto citado, que exige que la existencia de aquella figura se acredite de un modo que se constate la constitución oficial de dicha pareja. Por tanto, esta falta de acreditación ya cerraría el debate jurídico, pero además, en lo que se refiere al requisito de la convivencia, partiendo de la narración fáctica de la sentencia, los datos que se plasman en los aludidos hechos probados no denotan de una manera inequívoca la convivencia estable y notoria con una duración ininterrumpida no inferior a los cinco años inmediatamente previos a la muerte del causante de la pensión, pues que este se encontrara durante esos años empadronado en Santa Pola y no en Alicante no es baladí, como lo corrobora el que en actos tan esenciales como el otorgamiento de su testamento y la incoación del expediente para contraer matrimonio civil se afirmara como domicilio el que tenía en la primera de las localidades citadas y no el de Alicante, ciudad de residencia de la aquí recurrente. Obviamente no se puede negar la relación de afectividad entre ambas personas, precisamente del contenido del testamento y de la voluntad de contraer apresuradamente el matrimonio que posteriormente se anuló, pero el hecho de que aquellas mantuvieran una relación sentimental desde hacía unos años, como afirma la sentencia recurrida, no supone que se deban obviar los requisitos que la norma legal exige para lucrar la prestación reclamada en la instancia.

Consecuentemente, la circunstancia de que no se acceda al reconocimiento de la pensión solicitada implica que se deje subsistente la resolución del órgano gestor demandado en lo referente a la devolución de las prestaciones indebidamente

percibidas por el citado concepto, lo que comporta la desestimación del recurso y la confirmación de la sentencia.

FALLO

Que debemos desestimar y desestimamos el Recurso de Suplicación interpuesto en nombre de D^ª M.Y.M.C., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 5 de Alicante, en fecha 18 de diciembre de 2015, en virtud de demanda formulada contra INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, Y D^ª C.S.S., y en su consecuencia, debemos confirmar y confirmamos la sentencia recurrida.

2213

Sentencia núm. 977, de 11 de abril de 2017

Materia: Reclamación de cantidad. Trabajador con contrato laboral a tiempo parcial al servicio de corporación local que presta sus servicios como peón albañil. El actor sufre un accidente de trabajo. En el momento del accidente no hacía uso de arnés de seguridad ni el andamio tenía barandilla de protección perimetral. Indemnización por daños y perjuicios. Responsabilidad empresarial.

Juzgado: Estima parcialmente la demanda, condenado al ayuntamiento codemandado a abonar al actor determinada cantidad en concepto de daños y perjuicios.

Sala: Estima en parte el recurso, modificando y estableciendo determinada cantidad en concepto de indemnización por daños y perjuicios del demandado.

Ponente: Ilma. Sra. D^a. Isabel Saiz Areses.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- D. J.J.P.M. interpone en su día demanda contra el AYUNTAMIENTO DE P.M. y la entidad X. COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS SA, en ejercicio de acción de Reclamación de cantidad solicitando el abono por el concepto de indemnización de daños y perjuicios como consecuencia del accidente sufrido por el mismo, la suma de 514.000 euros.

La sentencia de instancia estima parcialmente la demanda condenando al Ayuntamiento de P.M. a abonar al actor por daños y perjuicios la cantidad de 234.704,93 euros, absolviendo a la entidad X. COMPAÑÍA DE SEGUROS. Frente a tal pronunciamiento se alza la parte demandada el AYUNTAMIENTO DE P. interponiendo recurso de suplicación y solicitando el dictado de un nueva sentencia por la que, previa estimación de los motivos alegados, revoque parcialmente la Sentencia de instancia objeto del recurso, y en su lugar declarando la responsabilidad de los codemandados X. COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS SA y AYUNTAMIENTO DE P.M., se les condene a abonar por daños y perjuicios al actor, la cantidad de 166.391,68 euros, o de forma subsidiaria la cantidad de 206.647,86 euros, siendo responsable X. hasta el límite de la cuantía asegurada de 120.000 euros y el resto, corresponderá su abono al Ayuntamiento de P.M., con cuantos más pronunciamientos procedan según la Ley. La Entidad Aseguradora X. impugnó tal recurso y además alegó como causas de oposición articuladas en el acto de juicio la prescripción, interesando se declare la existencia de la prescripción de la acción y de forma subsidiaria se desestime el recurso de suplicación. El actor por su parte se opuso a la alegación de prescripción y solicitó la admisión del recurso únicamente en lo referido a la condena solidaria de la compañía X. e inadmitiéndose el resto.

SEGUNDO.- -Para ello la parte recurrente formula en su recurso un primer motivo al amparo del artículo 193-b) LRJS interesando la revisión de los hechos declarados probados.

1-Se interesa así en primer lugar la revisión del hecho probado primero a fin de adicionar al texto el siguiente extremo: “....de interés general y social del Programa de Fomento de Empleo EMCORP 2005 finalizando el 14/11/2005.”

Funda la parte recurrente tal revisión en los documentos obrantes a los folios 233 a 239 referentes a la resolución de la subvención objeto del contrato programa social, para la contratación de desempleados, así como el contrato de trabajo, y en documento obrante al folio 257, que es la notificación al actor de la finalización del contrato. Pese a interesar tal revisión, la propia parte recurrente señala que la misma no tiene trascendencia directa en el fallo de la Sentencia, realizando luego una serie de argumentaciones sobre el hecho de que el empresario era un Ayuntamiento que hace uso de subvenciones públicas, pero sin aclarar la necesidad de la revisión interesada para poder resolver las cuestiones interesadas en el recurso. De hecho afirma que no cabe duda de que se produjo el siniestro y que existió una falta de control en las medidas de protección adecuadas al caso. Con arreglo a reiterada Jurisprudencia, para que pueda operar la revisión de los hechos declarados probados propuesta por las partes es preciso que concurran los siguientes requisitos:

A) Ha de devenir trascendente a efectos de la solución del litigio, con propuesta de texto alternativo o nueva redacción que al hecho probado tildado de erróneo pudiera corresponder y basada en documento auténtico o prueba pericial que, debidamente identificado y obrante en autos, patentice, de manera clara, evidente y directa, de forma contundente e incuestionable, sin necesidad de acudir a hipótesis, conjeturas, suposiciones o argumentaciones más o menos lógicas, naturales o razonables, el error en que hubiera podido incurrir el juzgador, cuya facultad de apreciación conjunta y según las reglas de la sana crítica, (artículo 97.2 [LRJS](#)) no puede verse afectada por valoraciones o conclusiones distintas efectuadas por parte interesada. Es al Juez de instancia, cuyo conocimiento directo del asunto garantiza el principio de inmediación del proceso laboral, a quien corresponde apreciar los elementos de convicción -concepto más amplio que el de medios de prueba- para establecer la verdad procesal intentando su máxima aproximación a la verdad real, valorando, en conciencia y según las reglas de la sana crítica, la prueba práctica.

B) La revisión pretendida sólo puede basarse en las pruebas documentales o periciales sin que sea admisible su invocación genérica, y sin que las declaraciones de las partes o de testigos sea hábiles para alcanzar la revisión fáctica en el extraordinario recurso de suplicación.

C) El Juzgador ha de abstenerse de consignar en la relación de hechos probados cualquier anticipación de conceptos de derecho, que tienen su lugar reservado en la fundamentación jurídica.

D) La alegación de carencia de elementos probatorios eficaces, denominada por la doctrina "obstrucción negativa", resulta completamente inoperante para la revisión de los hechos probados en suplicación ante la facultad otorgada al Magistrado de apreciar los elementos de convicción.

E) La revisión pretendida debe ser trascendente para el sentido del fallo, esto es, influir en la variación de la parte dispositiva de la sentencia, y no puede fundarse en hechos nuevos no tratados ante el Juzgado de lo Social. Excepcionalmente debe tenerse en cuenta la posibilidad de aportar documentos nuevos, después de la celebración del juicio en la instancia, en el caso del artículo 231LPL en relación al 270 [LEC \(RCL 2000, 34 , 962 y RCL 2001, 1892 \)](#) .

Como en este caso es la propia parte recurrente la que señala que la revisión interesada carece de trascendencia alguna para alterar el sentido del fallo y tampoco se aclara en qué medida tal revisión puede ser relevante para resolver las cuestiones planteadas en el escrito de recurso, no cabe acceder a lo interesado.

2.- Se interesa también la revisión del hecho probado sexto que señala se deberá eliminar y en su lugar recoger el siguiente texto: *“SEXTO.- Consta póliza de seguros de responsabilidad civil entre los codemandados, por un periodo inicial del 17/06/2005 al 16/06/2005, siendo el límite por año y siniestro por responsabilidad patronal de 120.000 euros por lesiones o muerte sufridas por sus empleados como consecuencia de accidente de trabajo.”* El hecho probado sexto no hace referencia a la póliza de seguros sino al periodo de incapacidad temporal sufrido por el trabajador como consecuencia del accidente, si bien debe entenderse que estamos ante un error material y que el escrito de recurso hace referencia a la revisión del hecho probado DÉCIMO, que sí refleja la existencia de una póliza de seguros. En tal hecho probado décimo se da por reproducido el documento 1 de X. que contiene la referida póliza de seguros y se refleja por otro lado tanto el periodo de vigencia a que hace referencia el recurrente como por otro lado al límite global por siniestro, extremos éstos con los que parece estar de acuerdo el recurrente. No se muestra conforme sin embargo con el hecho de que se recoja en tal hecho probado la cláusula que sobre el ámbito temporal de cobertura contenía tal póliza, y tampoco con el último apartado de tal hecho probado que recoge que la póliza estuvo vigente del 17/06/2005 al 17/06/2008 quedando sin efecto y anulada en esta última fecha. Se funda la parte recurrente en los documentos obrantes a los folios 263, 264 y 265 de los autos, y en los obrantes a los folios 259 y 260, alegando que no existe póliza de seguros firmada por el Ayuntamiento y que la Sentencia recoge un concepto predeterminante del fallo. Sin embargo, el hecho probado décimo se remite como se ha indicado al documento 1 de X., valorado por la Magistrada de Instancia de acuerdo con las reglas de la sana crítica y del que extrae las consecuencias expuestas en sus hechos probados, y lo mismo sucede con los apartados que pretende suprimir la parte recurrente que se fundan en tal póliza y en el documento aportado por X. como diligencia final como así lo reconoce la parte recurrente. Es cierto que no se aporta por la aseguradora una póliza de seguros firmada por el Ayuntamiento pero también lo es que la propia recurrente aporta en su ramo de prueba a continuación del documento obrante al folio 265 citado en el escrito de recurso, un documento denominado Seguro de Responsabilidad civil

en el que se concreta el objeto y alcance del seguro y tal documento viene a coincidir hasta el apartado H con el contenido de la póliza aportado por X. a la que se remite la Sentencia de instancia. En concreto en tal documento aportado por la parte actora, al folio 272, se recoge en el apartado H el ámbito temporal de la cobertura en los términos que se recogen en la Sentencia de instancia y como el Ayuntamiento recurrente tal y como alega la Entidad Aseguradora no formuló impugnación alguna al documento aportado por esta última como póliza de seguros que además como se señala venía a coincidir con el que le había mandado el corredor de seguros en las negociaciones realizadas antes de la suscripción de la póliza, estimamos que la Sentencia de instancia lo que hace es valorar la documental aportada y reflejar sin predeterminación alguna del contenido del fallo, lo que consta en tales documentos aportados y no impugnados por las partes. Si ante la aportación por el Ayuntamiento en el acto de juicio de tal póliza de seguros, el Ayuntamiento recurrente no formula en el acto de juicio impugnación alguna, ni sobre la falta de firma de tal documento o sobre alguna cláusula en concreto de la misma, difícilmente podía la aseguradora articular algún medio probatorio para tratar de desvirtuar tales manifestaciones. No consta alegación ni impugnación alguna del Ayuntamiento a tal póliza, motivando ello que se reflejara el documento como tal por el Juzgador a quo en los hechos probados, no pudiendo ahora la recurrente en este trámite de recurso introducir una cuestión que no fue debatida ni resuelta en la instancia. En todo caso del propio texto propuesto por la parte recurrente se desprende que la póliza existe y la Magistrada de Instancia lo que hace es reflejar el contenido de la misma, sin introducir concepto alguno que pudiera predeterminar el fallo, siendo a través del apartado c) del artículo 193 LRJS denunciando la infracción de normas sustantivas o de la Jurisprudencia cuando la parte recurrente puede interpretar y combatir en su caso tal póliza y sus cláusulas pero sin que proceda suprimir el contenido de la misma al que se refiere el hecho probado décimo para así dar validez a la interpretación que realiza la parte recurrente sobre la validez de las cláusulas de tal póliza. De este modo, firmado o no el documento, el mismo fue valorado por el Juzgador a quo junto con el resto del material probatorio y las declaraciones de las partes, siendo el mismo el que tiene la facultad en exclusiva de llevar a cabo tal valoración con arreglo a las reglas de la sana crítica, reflejando así el contenido que extrae de tales documentos aportados por X., no constando además como alega la parte que impugna, que el Ayuntamiento formulara objeción alguna a la póliza aportada, que no reconociera la misma o que expresamente impugnara alguna de las cláusulas contenidas en la misma. Por ello, con tal afirmación del recurrente señalando que no firmó la póliza para no someterse así a sus cláusulas está introduciendo una cuestión nueva no planteada en la instancia, que no fue objeto de discusión en el acto de juicio y que por ello no motivó pronunciamiento alguno por el Juzgador de Instancia, no pudiendo plantearse ex novo en este trámite procesal. Cabe citar en este sentido en relación a las “cuestiones nuevas” en el recurso de casación, doctrina que puede extrapolarse al recurso de suplicación, la STS de de 30-3-16 (Sentencia número 251/2016), que señala: *“la doctrina sobre la inadmisibilidad de «cuestiones nuevas» en todo tipo de recursos tiene su fundamento en el principio de justicia rogada [epígrafe VI de la EM de la LECiv; art. 216 del mismo cuerpo legal], en la naturaleza extraordinaria del recurso de casación y en el derecho de defensa que deriva del art. 24 CE. En efecto: a) si conforme a aquel principio -justicia rogada- el órgano judicial sólo puede conocer de las pretensiones y*

cuestiones que las partes hayan planteado en el proceso, esta regla se ha de aplicar desde los momentos iniciales del mismo, en los que tales pretensiones y cuestiones han de quedar ya configuradas y delimitadas, sin que quepa posibilidad de modificarlas sustancialmente ni de añadir ninguna otra cuestión distinta; b) si conforme a aquella naturaleza -extraordinaria- el objeto de la casación es revisar los posibles errores de enjuiciamiento de la sentencia recurrida, mal puede atenderse a tal finalidad sometiéndolo a revisión aquello que no pudo haber sido enjuiciado -en tanto que no planteado- por la decisión recurrida; y c) si conforme al referido derecho fundamental -defensa- la tutela judicial impone audiencia bilateral y congruencia, las mismas claramente se obstan al suscitarse en trámite de recurso pretensiones novedosas frente a las que ya no cabe articular defensa probatoria y se dificulta sustancialmente la propia argumentación (en tal línea, entre las recientes, SSTs 06/02/14 -rco 261/11-; 02/02/15 -rco 270/13-; SG 21/05/15 -rco 257/14-; y 25/05/15 -rcud 2150/14-)” .Lo mismo sucede con la supresión que se pretende del último apartado de dicho hecho probado décimo, pues el documento en el que funda la Magistrada de Instancia tal conclusión se aportó por la aseguradora como diligencia final y se dio el oportuno traslado del mismo a las partes incluida la recurrente que si bien realizó alegaciones en relación a la documental interesada para acreditar la fecha de notificación del archivo del procedimiento penal, no lo hizo sin embargo en relación con el documento aportado por la aseguradora sobre la fecha de anulación de la póliza, no impugnando el mismo ni formulando objeción alguna a las manifestaciones formuladas por la aseguradora. Ello motivó que no se considerara como un hecho discutido la fecha de anulación de la póliza y no se planteara cuestión alguna al respecto que resolver por parte del Juzgador de Instancia. No podemos por ello admitir tampoco esta segunda revisión interesada.

TERCERO.- Al amparo del artículo 193 c) LRJS destinado al examen de las infracciones de las normas sustantivas o de la Jurisprudencia, denuncia la parte recurrente dos extremos contenidos en la Sentencia, por un lado la absolución de la Entidad X. y por otro lado la cuantificación e importe de la indemnización fijada a favor del demandante.

1- En relación a la absolución de X. se formula la denuncia de varios preceptos de la Ley de contratos de seguro que pasamos a analizar no sin antes señalar al hilo de lo que señala la aseguradora al impugnar el recurso, que tiene derecho la parte recurrente a interesar en su recurso la condena de la Entidad Aseguradora, pues de hecho tal alegación se formuló en el acto de juicio, es objeto de examen en la Sentencia y puede ser combatida a través del recurso en el que el recurrente puede interesar tanto su absolución como la condena solidaria de un tercero parte en el procedimiento.

a) Por un lado, se denuncia la infracción del artículo 73 en relación con el artículo 3 de la Ley 50/1980 de 8 de Octubre, al no haber tenido en cuenta la Juzgadora tales preceptos para considerar válida la cláusula limitativa de derechos del asegurado respecto del ámbito temporal de cobertura.

En primer término como así lo alega la Entidad Aseguradora, no consta que en

el acto de juicio la parte recurrente impugnara la póliza aportada por la aseguradora y menos aún que alegara que la cláusula referida al ámbito temporal fuera limitativa y no cumpliera los requisitos que en tal sentido recogen los preceptos citados, motivo por el que tal cuestión no fue analizada en la Sentencia de instancia. Es reiterada la Jurisprudencia que viene señalando que no cabe el planteamiento de cuestiones nuevas que no fueron discutidas ni analizadas en el proceso de instancia, motivo por el que no podrían estimarse las alegaciones de la parte recurrente que ni tan siquiera al darle traslado de la diligencia final acordada en la que se certificaba por la aseguradora la fecha del fin de la póliza de seguros y se adjuntaba la referida póliza, formuló objeción alguna a la referida póliza. En todo caso sobre tal cuestión se ha pronunciado el Tribunal Supremo en Sentencia de fecha 18 de febrero de 2016 (Recurso 3136/14), dictada en recurso de casación para la unificación de doctrina, la cual señala que resulta perfectamente lícita la cláusula por la que se delimitaba el riesgo asegurado a los siniestros ocurridos durante la vigencia del contrato cuya reclamación se notificase fehacientemente durante la vigencia de la póliza o hasta dos años después de la finalización, debiendo situar el inicio del plazo en la fecha del accidente. Distingue la sentencia del Tribunal Supremo entre cláusulas lesivas y cláusulas limitativas del contrato de seguro indicando, *“Las primeras son siempre inválidas en tanto que las limitativas pueden alcanzar validez si cumplen las dos condiciones que enumera la ley; esto es, que se destaquen de modo especial y que sean específicamente aceptadas por escrito. La consideración como lesiva de una cláusula se fundamenta en la desproporción o desequilibrio insuperables que, en la economía del contrato, produce en perjuicio del asegurado. Ese vicio de lesividad comporta la nulidad de la cláusula y no la del resto del contrato, esquema que responde al conocido de la nulidad parcial del contrato. Por el contrario, puede entenderse que son cláusulas limitativas las que restrinjan los derechos del asegurado, sin llegar a producir la desproporción o desequilibrio insuperables de su posición jurídica en la economía del contrato. Por ello, se consideran válidas si cumplen los requisitos formales antes reseñados. Ocurre, sin embargo, que una buena parte de las cláusulas que merecen el calificativo de limitativas suponen, a la vez, un instrumento de delimitación del riesgo cubierto por el contrato. Por ello, el criterio mayoritario en la doctrina y en la jurisprudencia civil es tratar de separar ambos tipos de cláusulas, excluyendo a las puramente delimitadoras del riesgo cubierto del doble requisito impuesto a las puramente limitativas por el [artículo 3](#) de la Ley del Contrato de Seguro. De esta forma, existe consenso en considerar que los derechos del asegurado son delimitados siempre que una cláusula acota el riesgo objeto de cobertura por medio del contrato de seguro y, por el contrario, son limitados sólo cuando tal cláusula, al perfilar el riesgo cubierto excluye supuestos que de ordinario o usualmente quedan comprendidos dentro del mismo. En definitiva, como pone de relieve la sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 5 de junio de 1997, “la concreción del riesgo asegurado no supone limitación en los derechos del asegurado”; debiendo excluirse del concepto de cláusulas limitativas de los derechos del asegurado aquellas que determinan qué riesgo se cubre, en qué cuantía, durante qué plazo (como es la circunstancia del caso presente) y en qué ámbito espacial (sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 18 de mayo de 2009). La proyección de cuanto se lleva señalado al supuesto de autos, más en concreto a la cláusula de la póliza del seguro en cuestión sobre la que se fundamenta la concreción del riesgo asegurado y, básicamente, el problema sujeto a la consideración*

de la Sala respecto de la validez de la mencionada cláusula, conduce inequívocamente a su consideración como delimitadora del riesgo asegurado, lo que implica su plena validez. En efecto, la literalidad de la cláusula en cuestión es un ejemplo de una forma de delimitación del riesgo en su vertiente temporal que no limita el derecho del asegurado. Para ello, basta tener en cuenta que el artículo 16 de la mencionada Ley de Contrato de Seguro determina que el tomador del seguro o el asegurado o el beneficiario deberán comunicar al asegurador el acaecimiento del siniestro dentro del plazo máximo de siete días de haberlo conocido. Y, aunque es cierto que el incumplimiento de este breve plazo no determina la no cobertura del riesgo contratado sino que habilita para que el asegurador reclame daños y perjuicios derivados por la falta de declaración en plazo, no puede obviarse que la decisión de circunscribir el riesgo objeto de cobertura a los siniestros ocurridos en el ámbito temporal de la póliza siempre que estén comunicados antes de la finalización de los dos años siguientes a la terminación del contrato, no puede considerarse, en modo alguno, una limitación de los derechos del asegurado, sino una cabal configuración del riesgo objeto de cobertura del contrato de seguro". Por otro lado, la indicada sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo señala que la obligación de comunicación del riesgo surge desde el momento en que se produzca el accidente con independencia de que las consecuencias dañosas de ese evento se manifiesten de forma inmediata o con posterioridad, como ocurre con los denominados daños diferidos o escalonados, pues los seguros se establecen como cobertura del riesgo de accidente, aunque el daño indemnizado se refiera a determinadas secuelas derivadas del mismo (incapacidad temporal, incapacidad permanente o muerte). Por ello, lo decisivo es que cuando ocurre un accidente la póliza que asegura este riesgo se encuentre vigente, de manera que si ello es así se aplicará la cobertura, aunque la determinación de la invalidez a partir de la presentación del certificado médico de incapacidad se haya producido con posterioridad y la póliza ya no se encuentre vigente. Lo importante es la relación de causalidad entre el accidente y sus secuelas; no la fecha en que se manifiesta en estas, ni mucho menos la de su constatación administrativa o médica.

A la vista de la doctrina expuesta, y mantenido inalterado el relato fáctico de la sentencia no pueden apreciarse las infracciones denunciadas pues no estamos ante una cláusula limitativa de los derechos del asegurado sino ante una cláusula delimitadora del riesgo asegurado y por ello no puede dudarse de la validez de la misma en los términos recogidos en los hechos probados. Derivado de ello como el siniestro debía comunicarse dentro del año siguiente a la finalización de la póliza aun cuando el accidente tuviera lugar dentro de la vigencia de la misma, y el Ayuntamiento lo comunicó años después, es ajustada a derecho la solución de la Sentencia de instancia que absuelve a la aseguradora de los pedimentos de la demanda.

b) Argumenta también la parte recurrente la denuncia de los artículos 5 y 15 de la Ley de contrato de seguro en lo referente a la fecha de anulación de la cobertura de la póliza. Tal fecha se fija en la Sentencia de instancia en el 17 de Junio del 2008 y tal hecho probado se ha mantenido inalterado de manera que debe estarse a tal fecha como la de finalización del contrato de seguro, y en consecuencia el siniestro podía comunicarse en el año siguiente a tal finalización. Sin embargo la comunicación se efectúa varios años después incumpliendo tal previsión y dando ello lugar a la

absolución de la aseguradora. Se alega que debió comunicarse por escrito la voluntad resolutoria de la aseguradora, pero nada de ello se alegó no sólo en el acto de juicio sino tampoco cuando se dio traslado a la aseguradora del certificado emitido por la misma certificando tal fecha como de anulación de la póliza, por lo que no cabe ahora en este trámite de recurso alegar tal cuestión nueva pretendiendo dejar sin efecto tal fecha de anulación de la póliza.

c) Se alega por otro lado por la Entidad recurrente la infracción de la doctrina de los actos propios pues nada alegó la aseguradora sobre la falta de comunicación del siniestro dentro del plazo pactado en la póliza hasta la fecha del acto de juicio indicando que incluso aportó una prueba de detectives para determinar el estado físico del actor y las secuelas del mismo. Pese a tal argumentación de la recurrente, no consta comunicación alguna de la aseguradora aceptando la cobertura del seguro, siendo precisamente en el acto de juicio en el que la demandada debía formular las causas de oposición que consideraba existían para que la aseguradora se hiciera cargo del siniestro, como así lo hizo y se resolvió en la Sentencia. Por otro lado el hecho de que la aseguradora, demandada en el juicio, aportara pruebas tratando de desvirtuar las secuelas alegadas por el actor a fin de aminorar para el caso de que fuera condenada la posible indemnización, no supone tampoco una conducta de reconocimiento de la cobertura del seguro, como pretende hacer ver la parte recurrente. Por ello no apreciamos tampoco las infracciones alegadas por el Ayuntamiento en este punto concreto.

d) En el último apartado la recurrente alega la infracción del artículo 76 de la Ley del contrato de seguro, señalando que la acción directa es inmune a las excepciones que puedan corresponder al asegurador contra el asegurado. Al respecto cabe citar la Jurisprudencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo sobre esta cuestión, señalando la STS de 8 de marzo 2007 , con cita de la de 15 de febrero de 2006 : *"la acción directa es inmune a las excepciones que puedan corresponder al asegurador contra el asegurado", pero tal previsión no puede extenderse a la propia definición del riesgo asegurado y a la cobertura del seguro, elementos que por integrar el marco en que se desenvuelve el aseguramiento y, por tanto, resultar determinantes para la fijación de la prima del seguro, lo son también para el establecimiento del límite de la obligación indemnizatoria de la aseguradora, sin que pueda deducirse que dicha obligación respecto del tercero pueda exceder de los propios límites del seguro concertado pues en tal caso se estaría rebasando la propia definición del contrato de seguro contenida en el artículo 1º de la Ley cuando señala que la obligación de la aseguradora a indemnizar lo será "dentro de los límites pactados" y se llegaría a la conclusión inadmisibles de que frente al tercero perjudicado la cobertura sería siempre ilimitada -en el mismo sentido incide la Sentencia de 10 de mayo de 2006 -* ". Por su parte indica la STS de 23 de abril de 2009 : *"El art. 76 LCS establece que si bien la acción directa es inmune a las excepciones que el asegurador pueda oponer al asegurado, frente a la reclamación pueden oponerse las denominadas "excepciones impropias", es decir, aquellos hechos impeditivos objetivos, que deriven de la ley o de la voluntad de las partes, tal como señala la sentencia de 22 noviembre 2006 , entre otras. Por tanto, el asegurador podrá oponer frente al tercero que ejercite la acción directa, todas aquellas condiciones establecidas en el contrato y relativas a su contenido, que podría*

haber opuesto frente a su asegurado en el caso de que éste fuera quien hubiese reclamado". En este caso lo que se opone por la aseguradora es la falta de cobertura de la póliza en la fecha en la que se le comunica el siniestro por el asegurado, es decir se alega un hecho impeditivo objetivo que deriva de la propia póliza, en concreto del ámbito temporal de la misma, que sí puede ser opuesto por el asegurador al tercero. No se aprecian por ello las infracciones alegadas.

2. En el punto 2 del segundo motivo de recurso amparado en el apartado c) del artículo 193 LRJS, lo que se cuestiona es la indemnización fijada en la Sentencia de instancia y ello por dos cuestiones diferentes.

a) Por un lado se denuncia la infracción de la norma contenida en el Anexo a la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, "Capítulo especial", "perjuicio estético", Regla de Utilización 3", (RDLeg 8/04 de 29 de Octubre), alegando al efecto que de acuerdo con tal norma, una vez calculada la puntuación correspondiente a secuelas fisiológicas y cuantificado su importe de acuerdo con la tabla III, se calcula el importe correspondiente a los puntos por perjuicio estético, sumándose las dos cantidades resultantes, la correspondiente a secuelas fisiológicas y a perjuicio estético, y no los puntos resultantes como así lo hace la Sentencia de instancia. Como afirma la parte recurrente con arreglo a la norma y regla citada que era la vigente tanto en la fecha del accidente de trabajo como en la fecha del juicio, el perjuicio fisiológico y el perjuicio estético se han de valorar separadamente y adjudicada la puntuación total que corresponda a cada uno, se ha de efectuar la valoración que les corresponda de acuerdo con la tabla III por separado sumándose las cantidades obtenidas al objeto de que su resultado integre el importe de la indemnización básicas por lesiones permanentes. Lo mismo se desprende de la nueva Ley sobre seguro de responsabilidad civil, en sus artículos 103 y 104. Derivado de ello por los 61 puntos por secuelas fisiológicas reconocidos en la Sentencia de instancia, le corresponde la suma de 108.640,39 euros aplicando la tabla III, y por los 12 puntos estéticos, la suma de 8.550,96 euros aplicando esa misma tabla y teniendo en cuenta la edad del actor de 41 años, resultando así un total de 117.191,35 euros por lesiones permanentes, tal y como postula la parte recurrente. Como la Sentencia de instancia suma los puntos y no las cantidades obtenidas por la cuantificación de cada uno de los perjuicios, sí se ha producido en este punto una aplicación errónea de la norma citada y se estima la pretensión formulada por el recurrente en este sentido.

b) En segundo término cuestiona la parte recurrente la indemnización fijada en la Sentencia por la incapacidad permanente absoluta reconocida al demandante, y que asciende a 80.511,77 euros como factor corrector de las indemnizaciones básicas por lesiones permanentes. Al efecto pretende la parte recurrente que se descuente el 50% de la indemnización fijada como factor corrector, alegando que en tal indemnización se comprende por un lado la compensación de la pérdida de ganancia o posibilidad de encontrar empleo y por otra el daño moral y que habiéndose acreditado que el importe del capital coste de la pensión de incapacidad permanente absoluta asciende a 186.172,85 euros, procede el descuento indicado. Sin embargo, no puede accederse a lo interesado pues la doctrina de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo en la materia resultó modificada a partir de la [sentencia de 23 de junio de 2014 \(RJ 2014, 4761](#)

└ (recurso 1257/2013), en que, en relación a la indemnización de daños y perjuicios derivados de accidente de trabajo, expuso :"*SEXTO.- La concreta fijación -también general- de los daños y perjuicios.-Limitándonos al supuesto de accidente de trabajo con resultado discapacitante -objeto de la presente litis-, con carácter previo es conveniente destacar que si bien el Baremo trata de manera singular las indemnizaciones por Incapacidad Temporal, en cambio no regula de forma autónoma - como tal- la Incapacidad Permanente, sino que lo hace en la Tabla IV tan sólo como uno de los «factores de corrección para las indemnizaciones básicas por lesiones permanentes» [las de la Tabla III], e incluso con una terminología más amplia que la utilizada en el ámbito de Seguridad Social [se refiere a la «ocupación habitual» y no al trabajo, porque la norma afecta a toda persona, trabajadores o no].En otro orden de cosas, para facilitar la exposición de cómo determinar el importe indemnizatorio de cada categoría básica a indemnizar [daño corporal; daño moral; lucro cesante], parece conveniente tratar la materia distinguiendo los tres grandes apartados de secuelas que acto continuo referiremos, y remitir a la prueba lo relativo al posible daño emergente [hasta la fecha inédito en la casuística de la Sala].*

1.- *Por las secuelas físicas [Tabla III].-*

a).- *Aplicación del Baremo.- Como las «indemnizaciones básicas por lesiones permanentes» [secuelas físicas] se determinan ya con inclusión de los daños morales, en este apartado la utilización del Baremo -en su Tabla III- se presenta de manifiesta utilidad, en su simplificada atribución de puntos por concreta secuela y de valor por punto en función de la edad del damnificado. Conviene precisar que su importe no puede ser objeto de compensación alguna con las prestaciones de Seguridad Social ya percibidas ni con mejoras voluntarias y/o recargo de prestaciones, puesto que con su pago se compensa el lucro cesante, mientras que con aquél se repara el daño físico causado por las secuelas y el daño moral consiguiente.*

b).- *Régimen jurídico aplicable.- Como se trata de una deuda de valor, el régimen jurídico de secuelas y número de puntos atribuibles por aquéllas son -en principio- los de la fecha de consolidación, si bien los importes del punto han de actualizarse a la fecha de la sentencia, con arreglo a las cuantías fijadas anualmente en forma reglamentaria; aunque también resulta admisible -frente a la referida regla general de actualización y sólo cuando así se solicite en la demanda- aplicar intereses moratorios no sólo desde la interpelación judicial, sino desde la fijación definitiva de las secuelas [alta por curación], si bien es claro que ambos sistemas -intereses/actualización- son de imposible utilización simultánea y que los intereses que median entre la consolidación de secuelas y la reclamación en vía judicial no son propiamente moratorios, sino más bien indemnizatorios.*

2.- *Por la Incapacidad Temporal [Tabla V].-*

a).- *El lucro cesante .- En la aplicación de la Tabla V del Anexo se ha de tener en cuenta: 1º) el lucro cesante ha de cifrarse -generalmente- en la diferencia entre salario real que se hubiera percibido de permanecer el trabajador en activo y las cantidades satisfechas por prestación; 2º) también ha de computarse -si es alegado y acreditado por la empresa para su descuento- el complemento de subsidio de IT establecido como mejora voluntaria; 3º) igualmente ha de considerarse -a efectos de determinar el lucro cesante- el incremento salarial que pueda establecerse por nuevo Convenio Colectivo que resultara aplicable durante el periodo de IT, aunque en este caso la prueba del*

incremento salarial pactado incumbe al accidentado; 4º) no procede aplicar a efectos de incremento los que en el Anexo figuran como «factores de corrección» por perjuicios económicos en atención a los ingresos netos anuales de la víctima por trabajo personal, pues ya se ha partido -a efectos del lucro cesante del 100 por 100 de los salarios reales dejados de percibir; 5º) la cifra así obtenida no puede compensarse con lo reconocido por otros conceptos, como daño emergente o moral.

b).- El daño moral.- La determinación del daño moral para la situación de IT ha de hacerse -tras corrección del criterio inicialmente seguido por la Sala- conforme a las previsiones contenidas en la Tabla V, y justo en las cantidades respectivamente establecidas para los días de estancia hospitalaria, los improductivos para el trabajo y los días de baja no improductivos [el alta laboral no necesariamente ha de implicar la sanidad absoluta].

3.- Por la Incapacidad Permanente [Tabla IV].-

a).- El lucro cesante.- En este punto los criterios pueden resumirse del siguiente modo: 1º) Al cuantificar la indemnización por el lucro cesante que comporta la IP, deben descontarse las prestaciones de la Seguridad Social, que resarcan la pérdida de ingresos que genera la disminución de la capacidad de ganancia y que se han financiado con cargo al empresario, así como las mejoras voluntarias, pero no el posible recargo de prestaciones, que tiene finalidad disuasorio/preventiva; 2º) La regla general a seguir es, salvo prueba en contrario de perjuicios superiores, de equivalencia entre la prestación reconocida -a la que añadir en su caso la mejora voluntaria- y el lucro cesante, pero se excepcionan, entre otros, los casos de acreditada insuficiencia, tales como -entre otros- (a) IP fronteriza con el grado inmediatamente superior, (b) dificultades de rehabilitación laboral por edad u otras singularidades que lleven a excluir posibilidades de trabajo meramente teóricas, y (c) los supuestos de pérdida de expectativas laborales constatables; 3º) En estos supuestos de acreditado lucro cesante en cuantía superior [por no estar plenamente satisfecho con prestaciones y mejoras], el déficit de ingresos que por tal concepto sea atribuible a la IP necesariamente ha de capitalizarse, para así resarcir la pérdida económica vitalicia que la discapacidad comporta; y 4º) Si se presentan capitalizadas las prestaciones de Seguridad Social [con las mejoras, en su caso], también ha de capitalizarse la pérdida de ingresos [teniendo en cuenta futuras posibilidades -reales- por nuevo empleo], caso en el que el lucro cesante, de existir, será la diferencia entre ambas capitalizaciones.

b).- El daño moral [cambio de doctrina].- Este es el aspecto primordial en este debate y sobre el que nuestro usual criterio ha sido objeto de reconsideración en las presentes actuaciones, llevándonos a entender -como se razonará en los dos siguientes fundamentos- que la doctrina ha de ser rectificadora y que el factor corrector de la Tabla IV [«incapacidad permanente para la ocupación habitual»] exclusivamente atiende al daño moral que supone -tratándose de un trabajador- la propia situación de IP, por lo que la indemnización que en tal apartado se fija ha de destinarse íntegramente -en la cuantía que el Tribunal determine, de entre el máximo y mínimo que al efecto se establece en ese apartado el Baremo - a reparar el indicado daño moral.(...)

Por todo ello entendemos preferible -lo afirmamos tras reconsiderar la cuestión- no distorsionar el elemento corrector, atribuyéndole como hasta ahora una doble significación [lucro cesante y resarcimiento moral], según se trate de trabajadores o no

trabajadores, sino que en ambos casos la indemnización ha de apuntar a la misma finalidad de compensar el daño moral que comporta el déficit para la actividad habitual [profesión remunerada; o actividades deportivas, estudios ...]. Y que esta indemnización ha de sumarse a la que es propia de las secuelas individualmente consideradas; e incluso también podría añadirse el singular factor de corrección «daños morales complementarios» [si la entidad de las secuelas lo consintiese, porque se requiere que una sola de ellas exceda de 75 puntos, o las concurrentes supere los 90 puntos]».

SÉPTIMO.- Justificada diversidad de solución respecto de la Sala Primera del TS.-

1.- En manera alguna podemos ignorar que desde la STS -Pleno- 25/03/10 [rec. 1741/04], la Sala I ha acogido expresamente el criterio mostrado por esta Sala IV tras la [sentencia 17/07/07 \(RJ 2007, 8303 \)](#) [rcud 4367/05], en orden a considerar que el factor corrector de IP [Tabla IV] atiende sustancialmente a resarcir el daño moral, pero también puede alcanzar finalidad indemnizatoria del lucro cesante ; como tampoco desconocemos -antes al contrario, lo tenemos siempre muy presente- que la referida Sala es genuino intérprete en materia civil [así lo indicábamos, por ejemplo, en nuestras [sentencias de 30/01/08 \(RJ 2008, 2064 \)](#) -rcud 414/07 - FJ 7.2 -; 10/11/10 -rcud 3693/09 - FJ 4.2 ; y 23/01/13 -rcud 1119/12 -].

2.- Ahora bien, en primer término nos parece oportuno destacar que aunque las posteriores decisiones de la Sala I vuelven a recordar la doctrina (SSTS 19/05/11 -rec. 1783/11 -; [23/11/11 \(RJ 2012, 568 \)](#) -rec. 1631/08 -; y [30/09/13 \(RJ 2013, 7250 \)](#) -rec. 1606/10 -), lo cierto es que tales pronunciamientos insisten en que la función primordial del citado factor corrector es resarcitoria del daño moral y, más en concreto, que ninguna indemnización han vuelto a conferir - que nos conste- por el concepto de lucro cesante.

En segundo lugar ha de señalarse que la divergencia -formal- de tal doctrina con la que por esta sentencia mantenemos está plenamente justificada, porque la parcial utilización -tan sólo orientativa- que hacemos del Baremo Anexo al TR [LRCSCVM \(RCL 1968, 690 \)](#) está destinada a proporcionar una cierta seguridad jurídica en el cálculo de las indemnizaciones propias de nuestra jurisdicción, siendo del todo ajeno a nuestro propósito -sería, además, del todo inviable- trasladar automáticamente al AT conceptos y categorías que normativamente corresponden a los accidentes de tráfico, porque en definitiva nuestro designio es llevar a cabo una adaptación interpretativa que -aun pudiendo disentir de la genuina civil en algún punto- sea la más adecuada para conseguir el satisfactorio resarcimiento de los daños producidos por los accidentes de trabajo en cuya producción el empleador no haya actuado con la diligencia laboralmente exigible.

3.- La justificación de esta formal diferencia entre la doctrina de ambas Salas -aunque con el mismo objetivo material de resarcir íntegramente los daños- se evidencia cuando se observa que la interpretación que al presente abandonamos [atribuyendo doble finalidad al factor corrector por IP], al ser utilizada por la Sala I no hace sino traducirse en un incremento de la indemnización; mientras que la aplicación hasta ahora efectuada por la Sala IV, en la práctica comportaba la poco deseable consecuencia de reducir el montante resarcitorio. Lo que tiene una sencilla explicación: la Sala I contempla las indemnizaciones por Baremo como algo por completo independiente de

la posible existencia de prestaciones por IT e IP [cuando el damnificado sea trabajador en alta en la Seguridad Social], por lo que las mismas nunca se tienen en cuenta -no se deducen- a la hora de aplicar el tan referido Baremo , declarando además expresamente la citada Sala -una y otra vez- que todos los factores de corrección son compatibles, cualesquiera que sean, de forma que ese imputado porcentaje de «lucro cesante» en el factor corrector de IP [Tabla IV] es del todo compatible con una posible prestación de la Seguridad Social por la misma IP [compatibilidad absoluta]; mientras que en la Sala IV aplicamos el Baremo, ciertamente de manera orientativa, pero en todo caso teniendo siempre presentes -como si se tratase de vasos comunicantes- las prestaciones de Seguridad Social [compatibilidad relativa], de manera que todos los factores del Anexo que hagan referencia al lucro cesante no pueden computarse a efectos de la indemnización adicional a fijar, porque se sobreentiende que ya están satisfechos por las prestaciones [IT; IP], o que lo están por tales prestaciones y por la diferencia que declaremos entre esas prestaciones y lo que se deja de percibir por salario. Y por ello se había venido entendiendo hasta la fecha que el importe porcentual que se atribuyese al lucro cesante -dentro del factor corrector por IP de la Tabla IV-, por fuerza debía deducirse de la cantidad -total- que el Juez hubiese acordado de entre la mínima y máxima previstas en el Baremo por la citada IP; doctrina ésta que es la que precisamente el presente Pleno rectifica".

La aplicación de esta doctrina conduce a estimar parcialmente la infracción jurídica denunciada en relación a la detracción del importe percibido por el trabajador en concepto de prestaciones de la Seguridad Social del denominado lucro cesante por incapacidad permanente...."

A la vista de tal doctrina no cabe el descuento pretendido por la parte recurrente alegando la compensación en parte de la prestación de incapacidad permanente reconocida y estimamos ajustada a derecho la suma fijada en la Sentencia por factor de corrección por importe de 80.511,77 euros.

En consecuencia, sumando tal concepto del factor corrector, 80.511,77 euros, más la cantidad reconocida en la Sentencia por el lucro cesante de los días improductivos, 8.944,33 euros, más los 117.191,35 euros por las lesiones por secuelas conforme a lo antes expuesto, resulta la suma de 206.647,86 euros que solicita la parte recurrente se estime con carácter subsidiario. Procede en consecuencia estimar en parte el recurso formulado, revocando en parte la Sentencia de instancia para fijar en tal suma la cuantía a abonar por el Ayuntamiento recurrente al trabajador accidentado, manteniendo sin embargo la absolución de la Entidad aseguradora. Si bien es cierto como indica el demandante al impugnar el recurso que la Jurisprudencia ha considerado que puede acudir al baremo contenido en el anexo a la Ley sobre Seguro de responsabilidad civil derivada de accidentes con vehículo a motor y ello con carácter orientativo, sin obligar a seguir necesariamente los concretos importes contenidos en el mismo, una vez que la Sentencia de instancia se acoge a tal baremo para fijar las indemnizaciones que corresponden al trabajador siguiendo los criterios del mismo y los distintos conceptos que se recogen para valoración del mismo, el error en la aplicación de tal baremo sí puede ser denunciado vía recurso de suplicación como así lo ha hecho la Entidad recurrente, debiendo entonces analizarse y valorarse la correcta aplicación del mismo como así se ha hecho.

QUINTO.- Finalmente debemos pronunciarnos sobre la alegada excepción de prescripción por parte de la Entidad Aseguradora, que viene legitimada a plantear en este trámite de recurso al amparo de lo previsto en el artículo 197-1 LRJS.

Sobre tal excepción se pronuncia ya la Sentencia de instancia desestimando la misma por considerar que la acción se ha ejercitado dentro del plazo del año previsto en el artículo 59-3 E.T., compartiendo la Sala los argumentos expuestos en la Sentencia recurrida para desestimar la referida excepción. Así tras la diligencia final acordada, consta acreditado que como consecuencia del accidente objeto de este procedimiento se instruyeron diligencias penales que concluyeron con un Auto de archivo con reserva de acciones por el fallecimiento del Alcalde que podría ser condenado dictado por el Juzgado de Instrucción 2 de Villajoyosa en fecha 22-9-11. Dicho auto fue recurrido por el trabajador y la Audiencia Provincial de Alicante en Auto de fecha 19-7-12 confirmó el citado Auto siendo firme desde esta fecha. La citada resolución se notifica al actor el 25-7-12 a través del sistema del Colegio de Procuradores Lexnet, en concreto a la procuradora del actor, y éste presentó reclamación previa ante el Ayuntamiento el 26-7-13, demanda ante el Juzgado de lo Social de Benidorm el 19-5-14 y tras declararse dicho Juzgado incompetente territorialmente, se formuló demanda ante el Juzgado de lo social de Alicante el 3-6-14. La Entidad Aseguradora que insiste en la excepción de prescripción no discute que el procedimiento penal interrumpe el plazo prescriptivo de la acción ejercitada, como así se afirma en la Sentencia recurrida, sino que considera que el plazo del año debe computarse desde el día 25 de Julio del 2012 y como la reclamación previa se formula el día 26 de Julio del 2013, ha transcurrido el plazo del año previsto en el artículo 59-3 E.T. Sin embargo, tal y como argumenta de forma acertada la Sentencia de instancia, dado que la resolución dictada por la Audiencia provincial que pone fin al procedimiento penal que tiene fecha 19-7-12 se notifica al demandante a través del sistema LEXNET del Colegio de Procuradores a su procuradora, con arreglo al artículo 151-2 LEC tal notificación debe entenderse realizada al día siguiente hábil a la fecha de la recepción que conste en la diligencia o en el resguardo acreditativo de su recepción y así por ello en fecha 26-7-12, y en consecuencia en fecha 26-7-13 que es cuando se formula la reclamación previa por el actor no puede entenderse prescrita la acción ejercitada. Debemos por ello confirmar la desestimación de la referida excepción planteada, desestimando las alegaciones formuladas al respecto por la Entidad Aseguradora X. en su impugnación del recurso de duplicación.

SEXTO- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 235 LRJS, ante la estimación parcial del recurso formulado no procede la imposición de costas.

Por ello;

VISTOS los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

FALLAMOS

Que estimando en parte el recurso de suplicación interpuesto por EL AYUNTAMIENTO DE P. contra la sentencia de fecha dos de Febrero del Dos Mil Dieciséis dictada por el Juzgado de lo Social nº siete de los de Alicante, en autos número 482/2014 seguidos a instancias de D. J.J.P.M. contra la Entidad recurrente, y contra X. COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A. sobre RECLAMACIÓN DE CANTIDAD, debemos de revocar en parte dicha Sentencia en el sentido de fijar como cantidad a cuyo abono debe ser condenado el Ayuntamiento de P. por el concepto de daños y perjuicios ocasionados al actor, la suma de 206.647,86 euros, manteniendo la absolución de la Aseguradora X.

Sin costas.

2214

Sentencia núm. 993, de 11 de abril de 2017

Materia: Reclamación de cantidad. Los demandantes han prestado servicios como profesoras en centro de educación especial durante más de veinticinco años. Las actoras reclaman la paga extraordinaria prevista en el art. 110 del VII convenio colectivo de centros y servicios de atención a personas con discapacidad.

Juzgado: Desestima la demanda, absolviendo de la misma a los demandados.

Sala: Estima el recurso reconociendo el derecho de la recurrente a recibir el premio previsto en el art. 110 del convenio colectivo, al encontrarse en activo tras cumplir los años de antigüedad requeridos.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. En el presente procedimiento reclamaban los tres trabajadores que se les abonara por la Conselleria de Educación de la Generalitat Valenciana el premio de antigüedad previsto en el artículo 110 del VII convenio colectivo de centros y servicios de atención a personas con discapacidad de la Comunidad Valenciana.

2. La sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº.9 de Valencia desestimó la pretensión ejercitada por entender que ninguno de los tres trabajadores se encontraban en activo al cumplir los 25 años de antigüedad, toda vez que se habían jubilado con anterioridad.

3. Frente a este pronunciamiento interpone recurso de suplicación la demandante doña P.A.A., argumentado que la fecha que se debe tomar en consideración a efectos de determinar su antigüedad es la de 1 de enero de 1987, y no la que tuvo en cuenta la sentencia de 2 de octubre de 1989. A tal fin se articula el presente recurso en base a dos motivos redactados al amparo de los apartados b) y c) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS).

SEGUNDO.- 1. Se interesa, en primer lugar, que se añada al relato fáctico de la sentencia un hecho nuevo en el que, en esencia, se diga que la Sra. A., al igual que los otros dos demandantes, comenzó a trabajar en un colegio privado concertado como profesora de educación especial sujetos al concierto educativo desde el 1 de enero de 1987.

2. En apoyo de esta petición se señalan cinco documentos que se acompañaron al escrito presentado en el RUE el 1 de diciembre de 2015, de los que efectivamente se desprende que aunque la prestación de servicios como profesora de educación especial en el colegio T., S.A. se inició el 25 de septiembre de 1989, es lo cierto que en documento anexo al contrato de trabajo se le reconoció “a efectos de su aplicación en la nómina de pago delegado por la Conselleria de Cultura, Educación y Ciencia” (...) “la

antigüedad a que tuviera derecho como consecuencia de su permanencia en el Centro del que procede”, que era el Colegio G. cuya titular fue M.C.C.L. Por tanto, siendo ello así y dado que no consta oposición a la petición, procede acceder a la modificación solicitada.

TERCERO.- 1. El segundo y último motivo del recurso es consecuencia del anterior y se denuncia la infracción del artículo 110 del VII convenio colectivo de centros y servicios de atención a personas con discapacidad de la Comunidad Valenciana.

2. El motivo debe prosperar, pues si la antigüedad de la Sra. A. se remonta al 1 de enero de 1987, los 25 años de antigüedad en la empresa los cumplió el 1 de enero de 2013, momento en que se encontraba en activo pues su jubilación se produjo el 2 de octubre de 2014. Siendo ello así, tiene derecho a percibir el premio de antigüedad que se contempla en el artículo 110 del VII convenio colectivo de centros y servicios de atención a personas con discapacidad de la Comunidad Valenciana que señala lo siguiente:

Artículo 110º.- Premio de jubilación / Paga extraordinaria por antigüedad en la empresa. Además de lo establecido en el artículo 39, en los centros educativos todo el personal percibirá, además de las tres mensualidades, una más por cada quinquenio cumplido que exceda de los quince primeros años, siempre que la Conselleria de Educación se haga cargo de estas cantidades. Este premio por jubilación se transformará para el personal en pago delegado en una paga extraordinaria por antigüedad en la empresa en las siguientes condiciones: Todo el personal en pago delegado que cumpla 25 años de antigüedad en la empresa tendrá derecho a percibir una única paga cuyo importe será equivalente al de una mensualidad extraordinaria por cada quinquenio cumplido. Esta paga la percibirá directamente de la Administración Educativa a través del pago delegado, en las mismas condiciones que en el resto de centros concertados ordinarios. El importe de dichas mensualidades será igual al salario real que percibiese el trabajador en el momento de cumplir los 25 años de antigüedad, excepto en el caso de los trabajadores que hubieran optado por la jubilación parcial, en los que se calculará como si mantuviesen la jornada completa. El personal en pago delegado que a la entrada en vigor del presente convenio tuviera 56 o más años y que a lo largo de su vigencia alcance 15 años de antigüedad en la empresa y menos de 25 tendrá derecho a percibir una paga extraordinaria por antigüedad en la empresa, por importe de una mensualidad extraordinaria por cada quinquenio cumplido. El personal recolocado al amparo de los Acuerdos de Centros en Crisis tendrá derecho al reconocimiento de la antigüedad generada en su anterior centro de trabajo a los efectos del 45 presente artículo. En caso de que se pudiera producir algún retraso en el pago de esta paga se respetarán los derechos del personal que se hayan generado durante el período de aplazamiento. En tanto la administración educativa no garantice la transformación del actual premio de jubilación en la paga extraordinaria por antigüedad, comprometiéndose el abono de dicha paga extraordinaria, se mantendrá el derecho de los trabajadores y trabajadoras a percibir el premio de jubilación descrito en el art. 39 de este convenio y primer párrafo de este artículo.

3. Procede, en consecuencia, estimar la demanda presentada por la Sra. A. y condenar a la Generalitat Valenciana a que le abone la cantidad reclamada en concepto de premio de antigüedad por importe de 14.181,60 euros –cantidad que no ha sido cuestionada en este recurso-, sin que proceda la condena al interés moratorio toda vez que no estamos ante una deuda de naturaleza salarial.

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

FALLAMOS

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de DOÑA P.A.A. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº. de los de Valencia de fecha 11 de marzo de 2016; y, en consecuencia, revocamos la sentencia recurrida y condenamos a la Generalitat Valenciana a que le abone la cantidad de 14.181,60 euros.

Sin costas.

2215

Sentencia núm. 996, de 11 de abril de 2017

Materia: Despido y reclamación de cantidad. El demandante ha desempeñado funciones de jefe de recepción en diversas empresas dedicadas al sector hostelero. El actor es despedido alegando como causa la trasgresión de la buena fe contractual y abuso de confianza. Falta de información a la empresa, faltando a la verdad o silenciando hechos desfavorables. Proporcionalidad de la sanción. Solicitud declaración despido improcedente.

Juzgado: Estima la demanda declarando improcedente el despido del trabajador, debiendo la empresa indemnizar por determinada cantidad u optar por la readmisión. Igualmente, procede la condena a hacer efectiva la reclamación de liquidación de cantidad así como los intereses de dichas cantidades desde el momento en que debieron ser abonadas.

Sala: Desestima el recurso de la empresa demandada declarando improcedente la extinción de la relación laboral. Estima el recurso de la parte demandante en cuanto al plazo que ha de tenerse en cuenta para el cálculo de la indemnización por despido improcedente. La empresa dispone de 5 días para cambiar el sentido de su opción: Readmisión trabajador.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. La sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº.1 de Benidorm en este procedimiento, declaró la improcedencia del despido de don F.M.A.A. y condenó a la sociedad I.H.M., S.L. a que, a su opción le readmitiera en su puesto de trabajo o le indemnizara en la cantidad de 19.970,09.

2. Este pronunciamiento es recurrido en suplicación por ambas partes: la empresa para que se declare la procedencia del despido disciplinario, y el trabajador para que su indemnización se calcule sobre una antigüedad de 24 de marzo de 2005. Dado que en los dos recursos se solicita la revisión de los hechos que la sentencia declara probados, examinaremos en primer lugar estas peticiones de revisión para, a continuación, resolver las cuestiones de fondo que se plantean en cada uno de ellos.

SEGUNDO.- 1. En el recurso presentado en nombre de don F.M.A., se solicita que se modifique el hecho probado primero para que se deje constancia de las sucesivas altas y bajas del Sr. A. en las diferentes empresas del grupo hotelero, desde que inició la prestación de servicios el 24 de marzo de 2005 hasta la fecha de efectos de su despido el 4 de septiembre de 2015.

Petición a la que se accede porque así resulta de la documental citada, sin que exista controversia sobre las fechas de alta y baja en cada una de las empresas. Como se razona en el escrito de recurso, cuando la antigüedad del trabajador, o su salario, son objeto de controversia, lo que debe figurar en el relato de hechos probados de la sentencia son los datos fácticos que configuran una y otro, es decir: los periodos de prestación de servicio, en el caso de que lo discutido sea la antigüedad; o las partidas

con las que se remuneraba el trabajo realizado, en el caso de que lo debatida sea el salario; para después, en la fundamentación jurídica de la sentencia razonar qué fecha o qué cantidad se deben tomar en consideración a efectos de calcular la indemnización del despido.

2. La modificación que se propone en el recurso presentado por I.H.M., S.L. afecta al hecho probado para el que se ofrece una redacción alternativa, que también se da por reproducida.

A diferencia del supuesto anterior esta modificación no puede prosperar, pues el texto que se pretende introducir no se desprende de manera directa e incontrovertida de ninguno de los documentos en que dice apoyarse (en particular los documentos señalados como 2 y 3). Téngase en cuenta que según se razona en la sentencia recurrida, este hecho tercero ha sido fruto de una valoración conjunta de la prueba documental y de las declaraciones de diversos testigos como son los Srs. B.C. y la Sra. M. Y la naturaleza extraordinaria del recurso de suplicación veda la posibilidad de que esta Sala pueda valorar de nuevo la prueba practicada en el acto del juicio, como si de una segunda instancia se tratara. Como ha señalado la jurisprudencia de modo reiterado –por todas se pueden citar las SSTS de 16 de septiembre de 2014 (rec.251/2013), 14 de mayo de 2013 (rco.285/2013) y 5 de junio de 2011 (rco.158/2010), que recogen pronunciamientos anteriores- "el proceso laboral está concebido como un proceso de instancia única -que no grado-, lo que significa que la valoración de la prueba se atribuye en toda su amplitud -art. 97.2 LPL (referencia que se debe entender hecha al vigente art. 97.2 LRJS) únicamente al juzgador de instancia (...), por ser quien ha tenido plena inmediación en su práctica y la revisión de sus conclusiones únicamente puede ser realizada cuando un posible error aparezca de manera evidente y sin lugar a dudas de documentos idóneos para ese fin que obren en autos, por lo que se rechaza que el Tribunal pueda realizar un nueva valoración de la prueba, como si el presente recurso no fuera el extraordinario de casación (en este caso suplicación) sino el ordinario de apelación (recientes, SSTS 11/11/09 -rco 38/08; 13/07/10 -rco 17/09; y 21/10/10 -rco 198/09). Y como consecuencia de ello se rechaza la existencia de error, si ello implica negar las facultades de valoración que corresponden primordialmente al Tribunal de instancia, siempre que las mismas se hayan ejercido conforme a las reglas de la sana crítica, pues lo contrario comportaría la sustitución del criterio objetivo de aquél por el subjetivo de las partes (entre tantas otras, SSTS 11/11/09 -rco 38/08; y 26/01/10 -rco 96/09)". Pues bien, como hemos dicho los documentos aportados por la empresa y numerados como 2, folios 221 a 224 (modelos 12ª/RIE junio a agosto 2015) y 3, folios 225 y ss (log book recepción junio a agosto 2015) no dicen nada por sí solo, pues requieren de una explicación adicional que solo la pueden dar las personas conocedoras de su contenido, cuyo testimonio corresponde valorar en exclusiva a la juez de instancia.

TERCERO.- 1. Resueltas las cuestiones fácticas planteadas en los dos recursos, procede examinar las infracciones de las normas sustantivas que se denuncian en ellos. Comenzaremos por el examen del recurso presentado por la empresa, pues solo en el caso de que fuera desestimado tendría sentido pronunciarse sobre la mayor indemnización que constituye el objeto del recurso interpuesto en nombre del trabajador.

2. Se denuncia por la empresa la infracción del artículo 54.2 d) del Estatuto de los Trabajadores (en adelante ET). Lo que se hace en el motivo es una reflexión general sobre el principio de buena fe contractual en el campo de las relaciones laborales, pero sin concreción alguna al caso concreto. Solamente al final del motivo se dice que en este supuesto concurren “todos los requisitos exigidos”, y se señala lo siguiente: a) que el trabajador estaba obligado a “informar a la empresa a través del cronograma con lealtad y sin silenciar hechos desfavorables o faltando a la verdad”; b) que “el quebrantamiento de la buena fe contractual se produce cuando se falta a la verdad a la empresa burlando sus mecanismos de control y diagnóstico”; y c) que su actuación es especialmente grave pues como jefe de recepción ocupa un puesto de jefatura y confianza.

3. Al no haber prosperado la revisión de los hechos que la sentencia declara probados, es evidente que el motivo no puede ser estimado pues no han quedado acreditadas las faltas imputadas al Sr. A. en la carta de despido. En efecto, se razona en la sentencia que el demandante sí que realizó diversas indicaciones o incidencias en el cronograma de incidencias que se comunicaban a la superioridad; que es “imposible determinar si todas las quejas se comunicaron a la superioridad o si todas las quejas de los clientes se comunicaron a la recepción”; que “el defectuoso funcionamiento del aire acondicionado no le es achacable al actor”; que “no consta que el actor entregase habitación alguna que no tuviese el sticker verde supervisado por la gobernanta como responsable máxima; y que tampoco “consta que el actor a sabiendas de su deficiente limpieza o estado las entregase (las habitaciones) para ocuparlas”. Siendo ello así y dado que para la resolución del recurso este tribunal debe partir del relato de hechos probados que contiene la sentencia que se recurre, es obvio que el recurso interpuesto por la empresa debe ser desestimado.

CUARTO.- 1. En el recurso interpuesto por el letrado del Sr. A.A. se denuncia la infracción de los artículos 56.1 ET y 110 LRJS, en relación con la doctrina jurisprudencial elaborada en torno a la figura de la unidad esencial del vínculo expresada, entre otras, en las SSTS de 18 de febrero de 2009 (rcud.3256/2007), 15 de mayo de 2015 (rcud.878/2014) y 23 de febrero de 2016 (rcud.1423/2014).

Se pretende por el recurrente que la indemnización que le corresponde percibir como consecuencia de la declaración de improcedencia de su despido se calcule sobre una antigüedad de 24 de marzo de 2005, frente a la sentencia recurrida que la calculó sobre una antigüedad de 27 de marzo de 2007 con el argumento de que transcurrieron más de veinte días “desde la finalización de la anterior contratación con el grupo de empresa que acontece el día 17/02/2007”.

2. Tras la modificación del hecho probado primero, consta que el demandante ha prestado servicios de forma prácticamente ininterrumpida para el mismo grupo empresarial hotelero desde el 24 de marzo de 2005 en diferentes centros de trabajo y a través de contratos temporales que se han ido sucediendo sin apenas solución de continuidad, salvo entre el 17 de febrero de 2007 y el 27 de marzo de 2007 en que no hubo prestación de servicios. Es esta interrupción temporal la que ha llevado a la empresa a desechar los periodos de prestación de servicios anteriores al 27 de marzo de 2007 a efectos de calcular la indemnización asociada a la declaración de improcedencia del despido. Este pronunciamiento debe ser corregido, como postula el

recurrente, en aplicación de la teoría jurisprudencial de “unidad esencial del vínculo” expresada en diversas sentencias del Tribunal Supremo como las del Pleno de 11 y 16 mayo 2005 - rcud. 2353/2004 y 2425/2004 - (recordadas en las STS/4ª de 22 mayo 2009 -rcud. 3750/2007-, 4 noviembre 2010 -cas. 188/2009-) y la más reciente de 23 de febrero de 2016 (rcud.1423/2015) que rectificando la anterior doctrina indicaron que *"el supuesto de la antigüedad, a los efectos de su remuneración, constituye un problema de características diferentes al de examinar la legalidad de los contratos a efectos de resolver sobre la legalidad de la extinción del último de los que hayan podido integrar una cadena de contratos temporales. Con este complemento se compensa la adscripción de un trabajador a la empresa o la experiencia adquirida durante el tiempo de servicios, circunstancias que no se modifican por el hecho de haber existido interrupciones más o menos largas en el servicio al mismo empleador, máxime si tales interrupciones fueron por imposición de este último"*. Y Respecto de la duración de las interrupciones, en las STS/4ª de 8 marzo 2007(rcud. 175/2004), 17 diciembre 2007 (rcud. 199/2004), 18 febrero 2009 (rcud. 3256/2007) y 17 marzo 2011 (rcud. 2732/2010), entre otras, se ha señalado que *"en supuestos de sucesión de contratos temporales se computa la totalidad del tiempo de prestación de servicios a efectos de la antigüedad, cuando ha existido la unidad esencial del vínculo, lo que comporta que se le haya quitado valor con carácter general a las interrupciones de menos de veinte días, pero, también, a interrupciones superiores a treinta días, cuando la misma no es significativa, dadas las circunstancias del caso, a efectos de romper la continuidad en la relación laboral existente"*.

Pues bien, dado que en el supuesto examinado la única interrupción de relevancia en los más de diez años de prestación de servicios del Sr. A. para las empresas del grupo hotelero tan solo duró 36 días naturales que equivalen a 26 días hábiles, es obvio que para el cálculo de la indemnización derivada de la declaración de improcedencia del despido se debe computar todo el periodo de prestación de servicios desde el inicio de la relación laboral el 24 de marzo de 2005, lo que da como resultado una indemnización de 25.417,81 euros.

3. Dado que consta en las actuaciones que la empresa optó en su día por la indemnización, y como quiera que por la presente sentencia se eleva la cuantía de ésta, podrá el empresario dentro de los cinco días siguientes al de la notificación cambiar el sentido de su opción y en tal supuesto, la readmisión retrotraerá sus efectos económicos a la fecha en que tuvo lugar la primera elección, deduciéndose de las cantidades que por tal concepto se abonen la que, en su caso, hubiera percibido el trabajador en concepto de prestación por desempleo.

QUINTO.- 1. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 204 de la 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 235.1 de la LRJS procede la imposición de costas a la parte vencida en el recurso.

FALLAMOS

En los recursos de suplicación interpuestos contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº.1 de Benidorm de 1 de septiembre de 2016 en los autos 970/2015:

1) Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de la sociedad I.H.M., S.L.

2) Estimamos el recurso interpuesto por el letrado de DON F.M.A.A. y declaramos que la indemnización por improcedencia del despido asciende a la cantidad de 25.417,81 euros.

3) Dentro de los cinco días siguientes a la notificación de la presente sentencia, podrá la empresa I.H.M., S.L. cambiar el sentido de su opción.

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 o Graduado Social impugnante la cantidad de 600 euros.

2216

Sentencia núm. 998, de 11 de abril de 2017.

Materia: Invalidez. Determinación de contingencia. Trabajador al que se le concede una IT derivada de enfermedad común. El trabajador sufre una enfermedad degenerativa. El actor solicita que la situación de IT sea considerada como derivada de accidente de trabajo, mientras permaneció en activo en empresa. Las sillas utilizadas por el trabajador no eran las adecuadas para la actividad que este desarrollaba en la empresa.

Juzgado: Desestima la demanda absolviendo a los demandados de las pretensiones deducidas en su contra. No procede la declaración de IT por accidente de trabajo.

Sala: Desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia. El actor ya había estado de baja con anterioridad sufriendo en el tiempo un proceso degenerativo de hernias discales cervicales. No consta que en este trabajo haya sufrido ningún tipo de lesión ni sobreesfuerzo que pueda calificarse de accidente de trabajo, ni que el trabajo ejecutado le haya causado la incapacidad temporal por degeneración del disco cervical, que padece desde hace varios años.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se interpone recurso de suplicación por la representación letrada del actor, frente a la sentencia que desestima su demanda en la que solicita se declare que la incapacidad temporal deriva de accidente de trabajo.

1. El primer motivo del recurso se redacta al amparo del art. 193-b) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, interesando que se adicione al hecho probado undécimo el siguiente texto, “En el momento de la visita dos meses después del cese del trabajador, el centro consta de 33 sillas adecuadas con respaldo alto, reposabrazos y ruedas giratorias. Reconociendo los responsables del curso que se adquirieron después de comenzar el curso. Lo que demuestra que las sillas utilizadas cuando estuvo trabajando el actor de diciembre a marzo de 2014 (documento nº 7 de la parte actora), no eran las adecuadas para la realización del trabajo”, en base a los documentos 7 y 8 del actor-folios 40 y 41.

El documento 8-folio 41 ya se da íntegramente por reproducido en el hecho impugnado, lo que hace innecesaria la revisión postulada. El folio 40 consiste en una fotografía, que no es documento que por sí mismo revele el error del Magistrado en la redacción de los hechos, pues requiere de una prueba complementaria, ya sea el interrogatorio de parte, ya la testifical o la pericial, que aclaren o expliquen las circunstancias en que fue tomada, se trata, en definitiva, de un material probatorio que debe ser valorado por el juez de instancia, pues con solo su visión, no es posible

determinar ni cuando se tomaron, ni si las imágenes captadas se corresponden con el centro de trabajo en que el actor prestaba sus servicios.

2. En el segundo motivo, con igual amparo procesal, alega que la fotografía obrante al folio 40 demuestra que las sillas existentes en el centro de trabajo cuando estaba el actor no eran adecuadas ni tenían respaldo adecuado, ni posa brazos ni ruedas.

El motivo se desestima, pues como se ha indicado la referida fotografía carece de fuerza revisora.

3. En el tercer motivo, por el mismo cauce procesal, impugna el hecho probado decimotercero, por no incluir que el actor después de prestar la relación laboral ha empeorado, que tenía reconocido un grado de minusvalía del 15% desde el año 2011, y en el año 2014 se le ha reconocido un 34%, en base a los documentos 39 y 35-folios 72 y 68.

El folio 72 consiste en resolución del EVO de 26-1-2012 reconociendo al actor un grado de minusvalía del 15%, del que ya se da noticia en el hecho impugnado, y el folio 68 en Resolución de 9-9-2015, reconociéndole un grado de minusvalía del 34%, condicionado a la autorización de residencia legal en España, por lo que únicamente se admite la adición de esta última resolución.

SEGUNDO.- 1. Los motivos cuarto y quinto se redactan al amparo del art. 193-c) LRJS. En el cuarto denuncia la infracción del art. 115-2-f) y 115-3 de la Ley General de la Seguridad Social. Sostiene el recurrente que con anterioridad a la relación laboral ya padecía una hernia discal C5-C6 desde 2012, que reclamó que le facilitasen una silla con respaldo alto, y que la falta del equipamiento adecuado contribuyó al empeoramiento y agravación de su situación clínica, pues para su trabajo necesitaba una silla ergonómica con respaldo alto, posa brazos y ruedas. En el motivo quinto alega que erróneamente instó el reconocimiento de IT por enfermedad laboral, que fue desestimado en sentencia del Juzgado nº15, la cual consideró que no era encuadrable en el baremo, pero sí como accidente de trabajo.

2. Del relato de hechos probados, con la adición admitida, se evidencia que el actor permaneció en situación de incapacidad temporal del 17-2-2014 al 23-7-2015, con diagnóstico: degeneración disco intervertebral cervical. El servicio de prevención realizó examen de salud el 13-2-2014, considerándolo apto para el desempeño del puesto de trabajo de usuario PVD, consta en el informe que presenta antecedentes de hernia discal cervical en control por Unidad de Dolor, pendiente para 3ª sesión de tratamiento con ozono, neuropatía cubital de codo izquierdo (intervención en 2012), insomnio y sdr. ansioso-depresivo. El actor se halla diagnosticado desde hace años de hernias discales cervicales. Visitado por Neurocirugía del H. La Fe el 30-1-2014, lo ponen en lista de espera quirúrgica para discectomía C5-C6. Seguido en la Unidad de Dolor del citado hospital desde febrero-2012 por cervicalgia secundaria a discopatía cervical C5-C6. En informe del citado servicio de 30-5-14 se hace constar que ha recibido tratamiento farmacológico e infiltraciones intramusculares, con lo que mejora

de su sintomatología pero de forma temporal, por lo que necesita repetición de las técnicas; que se trata de una patología crónica e irreversible que se beneficiaría de una correcta higiene postural así como de correcto material para sedestación prolongada (silla con refuerzo dorsal). De todo lo cual debe concluirse que el actor padece una enfermedad degenerativa, sin que conste que en el trabajo haya sufrido ningún tipo de lesión ni sobreesfuerzo que pueda calificarse de accidente de trabajo, ni que el trabajo ejecutado haya causado al actor la incapacidad temporal debida a la degeneración del disco cervical, que padece desde hace años. Todo lo expuesto lleva a la desestimación del recurso, y a la confirmación de la sentencia de instancia, que así lo entendió.

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

FALLO

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de K.K., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº. 16 de los de Valencia, de fecha 19 de enero de 2016; y, en consecuencia, confirmamos la resolución recurrida.

Sin costas.