

Sentencia núm. 2.140, de 15 de octubre de 2013

Materia: Baja Médica: Anulación. Demandante que tras estar de alta en el RGSS en determinada empresa pasa a ostentar la nuda propiedad de la misma al 50%. Como consecuencia de la nueva situación societaria debe encuadrarse en el RETA. El actor se da de baja en el RGSS pero no se da de alta en el RETA hasta un día después de producirse el accidente laboral. Procedencia anulación baja.

Juzgado: Estima la demanda dejando sin efecto la anulación de la baja médica, determinando que la mutua codemandada debe asumir la asistencia sanitaria y el pago de las prestaciones económicas como consecuencia del accidente de trabajo sufrido por el demandante.

Sala: Estima el recurso y revoca la sentencia de instancia. La mutua anula el parte de baja al no encontrarse el demandante en situación de alta o asimilada al alta en el régimen correspondiente. Se produce una desidia por parte del actor o su representante en formular el alta, por lo que no hay responsabilidad por parte de la mutua codemandada en la instancia.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-1. Se recurre por la X, la sentencia de instancia que estimó la demanda presentada por don J.S. y la condenó a abonarle las prestaciones correspondientes, así como a asumir la asistencia sanitaria, derivada del accidente de trabajo que sufrió el día 26 de septiembre de 2011.

2. El recurso cuenta con un primer motivo en el que se solicita la revisión del hecho probado tercero de la sentencia, pero más allá de las consideraciones que se realizan en él, el texto que se propone no añade ningún elemento esencial al debate, pues las fechas en que acontecieron los hechos aparecen reflejadas con exactitud de la sentencia recurrida. Lo que nos lleva a desestimar la revisión.

SEGUNDO.-1. En el segundo motivo del recurso y al amparo del apartado c) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS), se denuncia la infracción de los artículos 35.3 y 47 del Real Decreto 84/1996, de 26 de enero, por el que se aprueba el Reglamento General de inscripción de empresas y afiliación, altas y bajas, en relación con el artículo 75 del Real Decreto 1993/1995 y con determinadas sentencias de Tribunales Superiores de Justicia, que no son hábiles al efecto toda vez que no constituyen jurisprudencia (artículo 1.6 del Código Civil, en relación con el artículo 196.3 de la LRJS). Lo que en definitiva se sostiene por la Mutua, es que su actuación anulando la baja médica de 26 de septiembre de 2011 fue ajustada a derecho, pues el demandante se dio de alta en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos (RETA) al día siguiente de sufrir el accidente de trabajo cuyas prestaciones se reclaman y cuarenta y cuatro días después de que la Tesorería General de la Seguridad Social le informara de que debía proceder a cursar su alta en el citado

régimen especial.

2. El artículo 5 del Real Decreto 1273/2003, de 10 de octubre, por el que se regula la cobertura de las contingencias profesionales de los trabajadores incluidos en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos, y la ampliación de la prestación por incapacidad temporal para los trabajadores por cuenta propia, establece con carácter general que *“será requisito imprescindible para el reconocimiento y abono de las prestaciones que los interesados estén afiliados y en situación de alta o asimilada”*. Por su parte en el apartado 3 del artículo 47 del Real Decreto 84/1996, de 26 de enero, por el que se aprueba el Reglamento General sobre Inscripción de Empresas y Afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social, se exponen una serie de normas para llevar a cabo la opción y renuncia a la protección de la incapacidad temporal en el RETA, estableciéndose en la primera de ellas lo siguiente: *“1ª La opción en favor de dicha cobertura, que habrá de formalizarse con una mutua de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social en los términos señalados en el apartado 2, podrá realizarse en el momento de causar alta en este Régimen Especial y sus efectos coincidirán con los de dicha alta”*.

3. De tales disposiciones reglamentarias se desprende que para causar derecho a las prestaciones de incapacidad temporal en el RETA es requisito imprescindible encontrarse de alta en la fecha del hecho causante. Así lo viene interpretando la jurisprudencia del Tribunal Supremo desde la sentencia de 30 de abril de 2007 (rcud.4895/2005) seguida por otras posteriores, como la sentencia de 12 de abril de 2010 (rcud.1150/2009). Se razona en estas sentencias que *“frente a la regla general de que el alta en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos retrotrae sus efectos, en cuanto a la obligación de cotización y al derecho a la acción protectora, al día primero del mes natural en que concurran en la persona de que se trate las condiciones determinantes de su inclusión en el campo de aplicación del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, hay una regla especial aplicable a la prestación de incapacidad temporal. Dicha prestación, cuya cobertura requiere la opción del trabajador por la misma en el momento de causar el alta, sólo surte efectos desde el alta. No obstante, la obligación de cotizar se retrotrae al día primero del mes natural en que concurran las condiciones determinantes de la inclusión en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, tal como establece el artículo 35.3 del RD 84/96. Se produce una disociación entre la obligación de cotizar y el derecho a las prestaciones (en este caso de incapacidad temporal) que también aparece en otros preceptos de este Real Decreto, como el artículo 47 apartado 4.1º.- Por lo tanto, el trabajador que ha iniciado situación de incapacidad temporal, derivada de enfermedad común o accidente no laboral, sin encontrarse en situación de alta en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos y se da de alta dentro de ese mismo mes, con posterioridad al inicio de la incapacidad, no tiene derecho a la prestación de incapacidad temporal”*.

4. Ello no obstante, la sentencia recurrida entiende que en el caso enjuiciado se produjeron una serie de circunstancias técnicas en el servicio RED del que dispone la Tesorería General de la Seguridad Social para tramitar las altas y bajas, que perjudicaron al demandante y que retrasaron su alta en el RETA, lo que justificaría el reconocimiento del derecho a percibir las prestaciones reclamadas. Pero la Sala no comparte esta conclusión, pues el hecho de que la Tesorería General de la Seguridad Social tuviera intención de poner en marcha ese servicio de altas y bajas en el RETA a

lo largo de la semana del 19 al 25 de septiembre, no impedía que con anterioridad se pudiera tramitar el alta de forma personal. Y hay que recordar que desde el 20 de junio de 2011 el actor sabía, por la consulta tramitada ante la TGSS, que debía tramitar su alta en el RETA al haber adquirido la nuda propiedad del 50% del capital social de la sociedad para la que venía trabajando; y que el 31 de agosto cursó su baja en el Régimen General. De ahí que no existe una causa jurídicamente razonable que pueda explicar porqué no fue hasta el 27 de septiembre de 2011, esto es, el día después de sufrir el accidente, cuando de forma apresurada procedió a tramitar su alta en el RETA. Por tanto, fue la desidia del actor, o de su representante designado al efecto, la causante del retraso en tramitar el alta, por lo que no es posible excepcionar la aplicación de la regla general que exige estar de alta en el RETA para causar derecho a las prestaciones de incapacidad temporal. Lo que nos conduce a estimar el recurso y rechazar la demanda presentada contra la decisión de la Mutua de dejar sin efecto la baja médica cursada con efectos del 26 de septiembre de 2011.

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

2. No procede la condena en costas (artículo 235 LRJS)

FALLO

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de la Mutua X. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº.1 de los de Castellón de fecha 30 de octubre de 2012 en virtud de demanda presentada a instancia de DON J.S.C; y, en consecuencia, revocamos la sentencia recurrida y con desestimación de la demanda iniciadora de las presentes actuaciones absolvemos a la empresa demandada de la reclamación deducida frente a ella. Sin costas.

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

Sentencia núm. 2.153, de 15 de octubre de 2013

Materia: Despido. Extinción de contrato: Improcedencia. Trabajadora con contrato indefinido que presta sus servicios como limpiadora en empresa codemandada. Posteriormente se produce una subrogación empresarial. Responsabilidad solidaria de las empresas por despido improcedente.

Juzgado: Desestima la falta de legitimación pasiva planteada por las empresas demandadas y estima parcialmente la demanda declarando la improcedencia de la extinción de la relación laboral, condenando a la readmisión de la trabajadora.

Sala: Estima el recurso de la parte empresa codemandada en la instancia. Al haberse producido una subrogación empresarial es la nueva empresa la que debe asumir la responsabilidad frente a la trabajadora por despido improcedente.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Frente a la resolución de instancia, que desestimando la excepción de falta de legitimación pasiva planteada por las entidades codemandadas, estimando parcialmente la demanda formulada, se interpone recurso de suplicación por la representación letrada de la empresa S.R., S.L. que fue condenada de forma solidaria junto a la también codemandada L.J.S., S.A., planteándose al efecto dos motivos de recurso.

En el primero postula la entidad recurrente la revisión de los hechos probados al amparo de lo dispuesto en el apartado b) del art. 193 de la LRJS. Así, se interesa que en el hecho probado 2º se incluya un último párrafo que contenga el siguiente texto: En fecha 26 de marzo de 2012, la Empresa comunicó a L.J.S., S.A. que el contrato de arrendamiento quedaría extinguido el próximo día 31 de mayo de 2012, por lo que operaría el mecanismo de la subrogación en los trabajadores que prestaban servicios en el centro de trabajo. Finalmente, también se le informó sobre como procedería respecto de los Órganos autonómicos competentes en materia de Servicios Sociales.

Dicha adición no podrá tener favorable acogida al no constar en los documentos invocados la referida fecha de comunicación pues lo único que se evidencia es la remisión de una carta por burofax pero recibida en fecha 29/3/2012 y no el día 26/3/2012, constando ya en el relato fáctico las comunicaciones enviadas entre partes al igual que la comunicación de cese de actividad al Ayuntamiento de Mutxamel y a la Dirección General de Acción Social y Mayores, tal y como figura en el penúltimo párrafo del hecho probado tercero de la sentencia.

Se postula asimismo por la entidad recurrente la inclusión de un aserto en el contenido del hecho probado tercero para que se indique que en fecha 12/04/2012 S.R., S.L. comunicó a los Representantes de los Trabajadores la negativa formal de L.J.S., S.L a aceptar el negocio y hacerse cargo de los trabajadores y trabajadoras del centro, así como a los familiares de los residentes, y ello por extinción del contrato de arrendamiento de negocio y que L.J.S. había manifestado su intención de no continuar con la actividad.

A lo que tampoco accederemos al constar los extremos esenciales ya incorporados en el relato histórico de la sentencia por lo que nada novedoso y con trascendencia se aporta con la adición propuesta.

Finalmente, se solicita la sustitución del penúltimo párrafo que se contiene en el hecho probado tercero para que se suprima la expresión que allí figura respecto al cierre de las instalaciones y se matice que se comunicaba la extinción de contrato por finalización y el cese de la actividad con devolución del centro residencial mediante la entrega de las llaves en el propio centro.

La modificación que se pretende será desestimada asimismo por su irrelevancia dado que la sentencia ya recoge expresamente la información remitida a las autoridades sobre el cese de la actividad que derivaba de la precedente extinción del contrato de arrendamiento suscrito entre partes, entrega de llaves y acta notarial para la constatación del estado de las instalaciones por lo que nada nuevo se constata en la modificación interesada.

SEGUNDO.- El siguiente motivo va dirigido a la denuncia de infracciones del ordenamiento jurídico.

En el mismo se denuncia la infracción del art.44 y 44.3º del Estatuto de los Trabajadores –error por aplicación indebida- en relación con la jurisprudencia que lo ha interpretado y recogida entre otras muchas, en las sentencias del TS de 15 de abril de 1999 (RJ 1999/4408), de 16 de julio de 2003 (RJ 2003/6113) y de 1 de marzo de 2004 (RJ 2004/3398). Discrepa la parte recurrente de los argumentos expuestos en la sentencia sobre la subrogación empresarial que tuvo lugar en el centro de trabajo que a juicio de la entidad que recurre debió haber operado dado que se pusieron a disposición de la codemandada los elementos esenciales para la continuación de la actividad residencial y señalándose que la reubicación de los residentes a otros centros fue precisamente para salvaguardar a los mismos y ante la negativa de continuar la actividad por parte de L.J.S., SA, de ahí que la falta de continuación en el negocio, pese a la subrogación existente con continuación de la actividad, no puede irrogar consecuencias para la recurrente y debe revocarse la condena solidaria establecida en el fallo de la sentencia impugnada.

Hay que indicar que esta Sala de lo Social ya se ha pronunciado sobre la cuestión que se suscita en el presente recurso y en el que se analizaba y resolvía sobre una situación prácticamente idéntica en el plano fáctico y jurídico que la contemplada en la sentencia actual dado que asimismo se trataba de una trabajadora que prestaba

servicios en la misma residencia de la tercera edad regentada por S.R. SL con reversión del negocio al propietario L.J.S. SA, habiendo existido el mismo cruce de comunicaciones tanto entre las indicadas empresas como entre las mismas y la trabajadora recurrente.

Como indicábamos en la sentencia que resolvió recurso de suplicación nº 875/2013, cuyo criterio ya ha sido seguido en recursos posteriores como el 1271/2013: *“Para dilucidar si la empresa S.R., S.L. ha de responder solidariamente con la empresa LJS, S.L. de las consecuencias legales derivadas del despido improcedente de la demandante se ha de determinar si concurren entre las referidas mercantiles los requisitos para que opere el mecanismo de subrogación y, más en concreto, si se ha producido una sucesión empresarial entre ambas.*

Como recuerda la sentencia de la Sala Cuarta del TS de 19 de Diciembre del 2012 (ROJ: STS 8953/2012), Recurso: 826/2012 ““La tradición jurídica de esta Sala ha exigido en la interpretación y aplicación del art. 44 ET que concurrieran los dos elementos o requisitos subjetivo y objetivo consistentes respectivamente en la sustitución de un empresario por otro en una misma actividad empresarial y en la transmisión del primero al segundo por cualquiera de los medios admitidos en derecho de los elementos patrimoniales necesarios para continuar la actividad empresarial - por todas SSTs 3-10-1998 (Rec.-5067/97), 15-4-1999 (Rec.-734/98), 25-2-02 (Rec.-4293/00), 19-6-02 (Rec.-4225/00), 12-12-2002 (Rec.- 764/02), 11-3-2003 (Rec.-2252/02) con cita de otras muchas anteriores -, aun cuando en relación con la necesidad de transmitir elementos patrimoniales se haya introducido recientemente una modificación de criterios en relación con las empresas de servicios en aplicación de la doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas - STS 27-10-2004 (Rec.- 899/2002).”

La aplicación de la anterior doctrina al presente caso en el que la actividad de residencia de la tercera edad llevada a cabo en la finca S.C. de Mutxamiel, por S.R., S.L., revierte tras la finalización del contrato de arrendamiento de negocio, a su titular, L.J.S., S.A., estando dicha residencia en funcionamiento, hasta pocos días antes de que finalizase el referido contrato, lleva a apreciar la existencia de sucesión empresarial en cuanto al centro de trabajo constituido por la indicada residencia, sin que obste a dicha conclusión el hecho de que los usuarios abandonasen la referida residencia antes del 18-5-2012 ya que ello obedeció a la negativa de la empresa L.J.S., S.A. a subrogarse en los contratos de los trabajadores que prestaban servicios en la susodicha residencia así como a asumir los enfermos de la residencia a la extinción del contrato de arrendamiento de negocio, sin que se observe en el proceder de S.R., S.L. una actuación fraudulenta, sino adecuada al objeto del negocio ya que de no haberse previsto y facilitado por parte de S.R., S.L., del traslado de los usuarios de la residencia con anterioridad, se hubiera producido respecto a los mismos una situación de desamparo inaceptable, dada la negativa de L.J.S., S.A. a asumir la gestión de la referida residencia de la tercera edad de la que la misma es titular.

Luego, si concurren los requisitos necesarios para apreciar la existencia de sucesión empresarial entre S.R., S.L. y L.J.S., S.A., que por otra parte no se ha

cuestionado, resulta ineludible la subrogación de esta última en los contratos de trabajo de los empleados de la residencia, entre los que se encuentra la demandante y la negativa a asumir dicha subrogación constituye despido improcedente, del que solo es responsable L.J.S., S.A., sin que quepa extender dicha responsabilidad a S.R., S.L. que avisó con más de cinco meses de antelación a L.J.S., S.A., de que no iba a hacer uso de la prórroga del contrato de arrendamiento de negocio que tenía con la indicada empresa y que finalizaba el 31-5-2012, a fin de que L.J.S., S.A. pudiera adoptar las medidas necesarias para hacerse cargo del negocio que revertía a la misma, no constando por lo demás que S.R., S.L., haya puesto ningún tipo de trabas para que se llevase a cabo la sucesión empresarial respecto al indicado negocio, por lo que no cabe exigirle responsabilidad alguna en cuanto al despido de la demandante que se ha producido, como ya se expuso, por la falta de subrogación de la empresa que estaba obligada a ello, esto es, L.J.S., S.A.

Las consideraciones jurídicas expuestas conducen a la estimación de las infracciones jurídicas denunciadas y a la revocación de la sentencia de instancia en el sentido de absolver a S.R., S.L., de los pedimentos deducidos en su contra”.

El traslado de dicho criterio al supuesto que nos ocupa por evidentes razones de igualdad y homogeneidad en la aplicación del derecho determinará como ya indicábamos en la anterior sentencia el acogimiento del recurso y la consiguiente revocación de la resolución combatida.

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

FALLO

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de la empresa S.R. S.L., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social n.º 3 de los de Alicante y su provincia, de fecha 8/2/2013, en virtud de demanda presentada a instancia de D.ª A.C.R.S. contra la recurrente y contra L.J.S., S.A.; y, revocamos la sentencia recurrida en el sentido de absolver a S.R. de los pedimentos deducidos en su contra.

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

Sentencia núm. 2.183, de 22 de octubre de 2013

Materia: Prestación por jubilación. Revisión base reguladora. Trabajador que tras cotizar más de 35 años en el RGSS y una vez cumplida su edad de jubilación, prolonga su actividad laboral dándose de alta en el RETA. Modificación cálculo base reguladora de pensión de jubilación. Aplicación del contenido de la Disposición Adicional 32 de la LGSS: exoneración de cuotas.

Juzgado: Estima la demanda declarando la procedencia de la revisión de la base reguladora de la prestación de jubilación previamente reconocida.

Sala: Desestima el recurso del organismo demandado confirmando la sentencia de instancia. El actor tiene derecho a la revisión reclamada en la instancia.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. Se recurre por la representación letrada del Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS), la sentencia de instancia que estimó la demanda presentada por don V.C. y le reconoció el derecho a percibir la pensión de jubilación sobre una base reguladora de 2.709,97 euros, frente a los 2.040,82 euros que inicialmente le reconoció la Entidad Gestora.

2. Salvo la corrección del error material que se deslizó en la redacción del hecho probado segundo de la sentencia, pues es evidente que el Sr. C. estuvo de alta en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos (RETA) desde el 1 de febrero de 2005 al 30 de junio de 2010, y no al 30 de junio de 2005 como se dice en aquella, el recurso se centra en la denuncia, por aplicación indebida, de la Disposición Adicional 32ª del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS). Es precisamente esta disposición, la que aplica la sentencia recurrida para reconocer al demandante una base reguladora superior a la que le reconoció inicialmente el INSS. Y considera la Entidad Gestora en el motivo segundo de su recurso que la sentencia “infringe el precepto denunciado porque no existen bases de cotización por la actividad que genera la exoneración en el año anterior a comenzar la misma, ya que el demandante realizaba un trabajo por cuenta ajena, no un trabajo por cuenta propia.”

3. Pese a la escueta argumentación del recurso que podría dar lugar, incluso, a su desestimación de plano, pues "la exigencia de alegar de forma expresa y clara las infracciones legales que se denuncian, no se cumple con sólo indicar los preceptos que se considere aplicables, sino que además, es requisito ineludible razonar de forma expresa y clara sobre la pertenencia y fundamentación del recurso en relación con cada una de las infracciones que son objeto de denuncia" (STS de 21 de diciembre de 2006 –rc.2/2006), es lo cierto que el motivo tampoco puede prosperar por razones de

fondo, pues el hecho de que el demandante estuviera de alta en el Régimen General hasta el 31 de enero de 2005 no impide la aplicación de la previsión contenida en la Disposición Adicional 32ª de la LGSS. Conviene precisar que tal disposición se introdujo en la LGSS por el Real Decreto-Ley 16/2001, de 27 de diciembre, de medidas para el establecimiento de un sistema de jubilación gradual y flexible. En esta norma reglamentaria se vino a plasmar el Acuerdo para la Mejora y el Desarrollo del Sistema de Protección Social suscrito el 9 de abril de 2001 por el Gobierno, la Confederación de Comisiones Obreras, la Confederación Española de Organizaciones Empresariales y la Confederación Española de la Pequeña y Mediana Empresa. Como se dice en su exposición de motivos, se incluyeron en la norma un conjunto de medidas en relación con la flexibilidad de la edad de jubilación, a fin de dotar a la misma de los caracteres de gradualidad y progresividad. Entre ellas se contemplaron tanto la exoneración del pago de cotizaciones sociales por contingencias comunes, salvo en lo que se refiere a la incapacidad temporal, correspondientes a los trabajadores de sesenta y cinco o más años que acrediten 35 años efectivos de cotización y que decidan voluntariamente la continuación o la reiniciación de su actividad laboral; como la introducción de previsiones que posibiliten que el porcentaje aplicable a la base reguladora de la pensión de jubilación pueda superar el 100 por 100, respecto de aquellos trabajadores que permanezcan en activo más allá de los sesenta y cinco años de edad y acrediten un mínimo de treinta y cinco años de cotización. Pues bien, esta concreta materia se reguló en el artículo 13 del citado RDL 16/2001 que se tituló “Exoneración de cuotas de Seguridad Social respecto de los trabajadores por cuenta propia con 65 o más años” y que dispuso la introducción de la Disposición Adicional 32ª de la LGSS con el siguiente texto: “Exoneración de cuotas respecto de los trabajadores por cuenta propia con 65 o más años.

1. Los trabajadores incluidos en el campo de aplicación del Régimen Especial de Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos quedarán exentos de cotizar a la Seguridad Social, salvo por incapacidad temporal, en el supuesto de tener cumplidos 65 o más años de edad y acreditar 35 o más años de cotización efectiva a la Seguridad Social, sin que se computen a estos efectos las partes proporcionales de pagas extraordinarias. Si al cumplir 65 años de edad el trabajador no reuniera los requisitos exigidos, la citada exención será aplicable a partir de la fecha en que se acrediten los mismos.

2. Por los períodos de actividad en los que el trabajador no haya efectuado cotizaciones, en los términos previstos en el apartado anterior, a efectos de determinar la base reguladora de las prestaciones excluidas de cotización, las bases de cotización correspondientes a las mensualidades de cada ejercicio económico, exentas de cotización, serán equivalentes al resultado de incrementar el promedio de las bases de cotización del año natural inmediatamente anterior en el porcentaje de variación media conocida del IPC en el último año indicado.” Posteriormente esta norma sería modificada por el artículo 6 de la Ley 36/2003, de 11 de noviembre, de medidas de reforma económica –que es la redacción aplicable al supuesto de hecho que se enjuicia en el presente caso- y, más recientemente, por el artículo 2.2 de la Ley 27/2011, de 1 de agosto.

4. En el supuesto que ahora se enjuicia, el Sr. C. tras un largo periodo de alta en el Régimen General de la Seguridad Social superior a los 35 años de cotización, decidió darse de alta en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos (RETA) al cumplir los 65 años de edad y seguir cotizando durante cinco años más hasta alcanzar los 70 años de edad. De aceptarse la tesis del INSS y entender que no le es de aplicación la previsión de la Disposición Adicional 32ª de la LGSS, se estaría violentando o limitando injustificadamente el propósito del legislador expresado en la exposición de motivos del RDL 16/2001 que, como hemos visto, era incentivar, en general, la vida laboral de las personas que estaban próximas a alcanzar la edad ordinaria de jubilación, con la adopción de una serie de medidas como la de exonerar del pago de cotizaciones sociales por contingencias comunes, salvo en lo que se refiere a la incapacidad temporal, a los trabajadores de sesenta y cinco o más años, que acrediten 35 años efectivos de cotización y que decidan voluntariamente la continuación o la reiniciación de su actividad laboral. Y como terminamos de señalar, esta es precisamente la situación en la que se encuentra el demandante, que si bien cumplió los 65 años de edad de alta en el Régimen General, inmediatamente y sin solución de continuidad cursó su alta en el RETA en el que cotizó hasta el momento de su jubilación. Es por ello que procede desestimar el recurso y confirmar el pronunciamiento de la sentencia de instancia.

SEGUNDO.- De acuerdo con una reiterada doctrina jurisprudencial de la que es expresión, por ejemplo, la STS de 27-9-2000 (recurso 4585/1999), no ha lugar a condenar en costas a la Entidad Gestora recurrente. Y ello es así, porque el artículo 19.3 de la vigente Ley General de la Seguridad Social dispone: "Las Entidades Gestoras gozarán del beneficio de justicia gratuita a efectos jurisdiccionales". Por su parte, la Ley 1/1996 de 10 de Enero, reguladora de la Asistencia Jurídica Gratuita, establece con respecto al ámbito personal de su aplicación, en el art. 2 que tendrá derecho a la asistencia jurídica gratuita: "b) Las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social, en todo caso".

FALLO

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre del INSS contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº.1 de los de Valencia de fecha 17 de diciembre de 2012, en virtud de demanda presentada a instancia de DON V.C.B.; y, en consecuencia, confirmamos la sentencia recurrida.

Sin costas.

1813

Sentencia núm. 2.230, de 23 de octubre de 2013

Materia: Reclamación de cantidad. Abono de determinadas cantidades en concepto de salarios. La trabajadora presta sus servicios como ayudante de cocina en empresa demandada.

Juzgado: Desestima la excepción prescripción y estima parcialmente la demanda, declarando el derecho de la actora a recibir determinada cantidad en concepto de salarios devengados. Condena a la empresa demandada a estar y pasar por esta declaración con el consiguiente abono de las cantidades señaladas. Absuelve al FOGASA sin perjuicio de su ulterior responsabilidad en los términos del artículo 33 del E.T.

Sala: Estima el recurso interpuesto por el FOGASA en el sentido de considerarlo subsidiariamente responsable por determinado periodo, estimando la prescripción opuesta por éste respecto al resto.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Ramón Gallo Llanos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. Se recurre por el Abogado del Estado que actúa en defensa y representación del Fondo de Garantía Salarial (en adelante FOGASA) la sentencia que dictó el día 21 de junio de 2012 el Juzgado de lo Social número 1 de los Benidorm que estimó la demanda deducida por E.S.N. contra la empresa la S.P. S.L y el propio FOGASA, condenando a la empresa demandada a abonar a la actora la cantidad de 3.052,09 euros en concepto de salarios devengados en los meses de mayo de 2.008, septiembre de 2.008 y del 1 al 17 de noviembre de 2.008. El recurso, que se ha impugnado por la actora, se encuentra articulado en único motivo que se destina a la censura jurídica.

2. Para el análisis de este único motivo al que se acaba de hacer referencia debe señalarse que reclamándose por la actora los conceptos retributivos a los que arriba se hizo referencia, y resultando de los hechos probados que no se interpuso papeleta de conciliación en reclamación de los mismos sino el día 16 de noviembre de 2.009, no compareciendo la empresa al acto del juicio, y no obstante haber invocado el FOGASA la prescripción de la deuda reclamada correspondiente a los salarios correspondientes a los meses de mayo y octubre de 2.008 por haber transcurrido el año a que se refiere el art. 59.1 E.T desde que pudieron reclamar tales conceptos hasta que fueron efectivamente reclamados, el Juzgador de instancia acogió la totalidad de las pretensiones de la actora por considerar que el FOGASA desde su posición de fiador subsidiario, no puede oponer con arreglo al art. 1.838 del código civil aquellas excepciones que le competan al deudor principal que sean de carácter personal, carácter personal que afirma la sentencia de instancia, “tal y como se puede deducir de la mera lectura de los arts. 1.973 a 1.975 Cc es de carácter personal.”

3. Disconforme con los razonamientos que han llevado a la desestimación de la excepción formulada, en la censura jurídica que se efectúa por el Abogado del Estado,

se considera que los mismos implican una interpretación errónea y una inaplicación de los arts. 33 y 59 del Estatuto de los Trabajadores y 1.937, 1973, 1975 y 1.838 del Código Civil. Se razona que el FOGASA en su función de garante de la deuda principal del empresario que se reclama si se encuentra legitimado para formular la excepción de prescripción.

4. El motivo debe ser acogido puesto que los razonamientos de la resolución de instancia se oponen a lo ya resuelto por la Doctrina Unificada de la Sala IV del TS en la interpretación de los preceptos que la resolución de instancia considera infringidos. En este sentido debe hacerse mención al análisis de la posición procesal del Fondo de Garantía Salarial, cuando es traído al proceso al amparo del art. 23.2 de la LPL- por cuyos trámites se siguió el litigio en la instancia- y de sus posibilidades de actuación procesal que se efectúa en la STS de 14-10-2.005 (rcud 2.504/2.004), resolución esta en la que entre otras cuestiones se señala:

A. Que “por imperativo legal (art. 33.1 y 2 ET) el FOGASA es responsable legal subsidiario ante los trabajadores respecto de determinadas deudas del empresario. La sentencia de esta Sala de 22-4-02 (rec. 1545/2001), señala además que la condición jurídica del Fondo "es la más parecida a un fiador con responsabilidad subsidiaria, tesis que mantienen las sentencias de 13 de febrero de 1993 (rec. 1816/1992), 7 de octubre de 1993 (rec. 335/1993) y 3 de diciembre de 1993 (rec. 2354/1992). Proximidad conceptual que no permite equiparar totalmente al Fondo de Garantía con quien asume contractualmente el pago de una obligación en defecto del deudor principal. El FOGASA no puede ser identificado con el fiador definido en el art. 1.822 del Código civil, por más que su posición jurídica, cuando asume el pago de deudas del empleador sea similar a la del fiador en el mismo caso”(FTO JURÍDICO 4º).

B. Que “en atención a ese carácter de asegurador público, el Fondo de Garantía Salarial es parte, por prescripción legal, en los procesos incoados en los casos previstos en el art. 23.2 LPL. Dicho precepto ordena al Juez citarlo como tal a fin de que "pueda asumir sus obligaciones legales o instar lo que convenga en derecho"(.....) siendo “evidente que, aun en los casos del art. 23.2, el FOGASA es sólo parte formal o procesal, como señala la doctrina, razona la propia sentencia recurrida y señaló ya esta Sala (ss. de 6 de julio de 1988), puesto que la titularidad de la única relación jurídico-material discutida en el proceso corresponde en exclusiva al o los trabajadores demandantes y a los empresarios demandados. Su presencia en el proceso obedece a la especial situación en que se encuentra como responsable legal subsidiario del empresario y a su inequívoco interés directo y relevante en el resultado que se produzca, que puede llegar a convertirse en un hecho constitutivo, modificativo o extintivo de su propia relación jurídica. Su posición es, por tanto, la propia de una intervención adhesiva (así lo ha declarado esta Sala en sentencia de 22-4-02, rec. 1545/2001), aunque no voluntaria, sino provocada” (FTO JURÍDICO 5º);

C. Que “el Fondo dispone en su actuación adhesiva, aunque ésta sea provocada (lo que constituye ya una circunstancia anómala para el sector doctrinal que no distingue en la adhesión provocada, entre la simple y la litisconsorcial) de unas posibilidades de actuación que superan con mucho las propias del interviniente

adhesivo simple y se asemejan sensiblemente a las del litisconsorcial”, por lo que “desbordando lo que es la simple defensa de la posición de la empresa demandada, -o incluso la denuncia de una posible connivencia fraudulenta entre empresa y trabajadores encaminada a facilitar a éstos el título que les permita dirigirse finalmente frente al FOGASA para reclamarle cantidades por deudas inexistentes o superiores a las realmente debidas-, la doctrina judicial ha considerado que el Fondo puede... utilizar los medios procesales más adecuados para la defensa, no sólo de los intereses del deudor principal, sino también de los suyos propios; y así puede oponerse a la demanda y a todas las circunstancias relativas a la realidad, vigencia y cuantía de las deudas reclamadas (importe, fecha de devengo, carácter salarial, etc.) aunque sean reconocidas por el deudor principal (S. de 12-11-97, rec. 4565/96); realizar alegaciones, oponer excepciones; entre ellas, la caducidad, si se le cita en proceso por despido (S. de 13-3-90) y la prescripción si el pleito es de reclamación de cantidad (Ss. de 16-10-96 (rec. 1429/96) [EDJ1996/7479](#) y 22-4-02 (rec. 1545/01) [EDJ2002/27160](#)), incluida la alegada al amparo del art. 1975 del C.Civil que sólo puede beneficiarle a él (Ss. de 13-2-93 rec. 1816/92), 24-4-01 (rec. 2102/00) [EDJ2001/5785](#) , 25-6-02 (rec. 3834/01); y, como lógica consecuencia de lo anterior, proponer y practicar pruebas (S. de 31-7-90) que tiendan a reducir o eliminar su responsabilidad subsidiaria en relación con los conceptos incluidos en la demanda.”(Fto JURÍDICO OCTAVO), señalando a continuación en el Fto Jurídico Noveno que respecto de la excepción de prescripción y por mor de lo dispuesto en los arts. 1.973 y 1.975 Cc puede oponer tanto la que beneficie al empresario, como la que le beneficie exclusivamente a él.

Y finalmente en el Fundamento jurídico 10 º de la sentencia se concluye que si es el Fondo el único que alega la excepción al amparo del art. 1973 C.Civil y ésta es acogida, habrá de emitirse un pronunciamiento declarativo para hacer constar que respecto de la institución de garantía la deuda esta prescrita; y ello aunque se condene a la empresa, bien porque opte por no alegar o renunciar a la prescripción, bien porque no esté presente en el juicio.”

5. Encontrándose, pues el FOGASA, facultado para oponer la prescripción, y resultando que los salarios de los meses de mayo y octubre de 2.008 se reclamaron habiendo transcurrido más de un año desde su devengo, debe matizarse el fallo de la sentencia de instancia en el sentido de que, en su caso la responsabilidad subsidiaria del FOGASA, únicamente es la que en su caso se derive de los 652,09 euros, correspondientes a 17 días de noviembre de 2.008, no prescritos.

SEGUNDO.- Por lo expuesto en el anterior fundamento de derecho no procede sino estimar el recurso interpuesto, y revocar la sentencia de instancia acogiendo la prescripción invocada por el FOGASA en el sentido expuesto. Sin costas.

Vistos los precedentes preceptos legales y los de general aplicación.

FALLO

Con estimación del recurso de suplicación interpuesto por EL ABOGADO DEL ESTADO contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de BENIDORM en sus autos núm. 2123/09 de fecha 21-6-2.012, procedemos a REVOCAR la resolución recurrida en el sentido de estimar la prescripción opuesta por el FOGASA por lo que su eventual responsabilidad será la derivada de los 652, 09 euros derivados de la parte no prescrita de la deuda reclamada. Sin costas.

Sentencia núm. 2.302, de 29 de octubre de 2013

Materia: Declaración de invalidez. Trabajador afiliado al RGSS que ha prestado sus servicios en empresa dedicada a la construcción naval, con exposición al amianto durante varios años. Actualmente, percibe subsidio por desempleo para mayores de 52 años. El actor tramita expediente de incapacidad permanente con origen en enfermedad profesional, si bien se deniega la prestación de incapacidad permanente al no considerarse sus lesiones como merecedoras de esta situación invalidante. No viene recogida la enfermedad del actor en el cuadro de enfermedades profesionales de la seguridad social.

Juzgado: Estima la demanda declarando al actor en situación de incapacidad permanente total para el ejercicio de su profesión habitual, condenando al instituto demandado al reconocimiento de una prestación económica del 75% de su base reguladora, con las mejoras y revalorizaciones legales que procedan.

Sala: Estima el recurso y revoca la sentencia de instancia. Las lesiones que padece el actor no le incapacitan para realizar las funciones propias de su profesión habitual en otros ambientes o con adopción de medidas de seguridad que anulen el riesgo.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- Frente a la sentencia de instancia que estimando la pretensión actora declaró al actor afecto de invalidez permanente en el grado de total para su profesión habitual, derivada de enfermedad profesional, interpone recurso de suplicación la parte demandada INSS, siendo el recurso impugnado por la parte actora y en el único motivo del recurso se alega con amparo procesal en el artículo 193, c) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, que se han infringido los artículos 136.1 y 137.4 de la Ley General de la Seguridad Social, alegando, en síntesis, que el trabajador no presenta limitación funcional para impedir la realización de las fundamentales tareas de su profesión habitual, sin perjuicio de adoptarse las medidas preventivas necesarias por lo que no se encuentra en situación de invalidez permanente en el grado de total y que sólo en el caso de limitación funcional y que el actor volviera a trabajar procedería la recolección del mismo adaptándose las medidas preventivas necesarias, pero no la incapacidad, por lo que interesa la revocación de la sentencia impugnada y la absolución del INSS.

Los inalterados por inatacados hechos declarados probados tanto los debidamente asentados en la premisa histórica de la sentencia de instancia, como los impropiamente establecidos en la fundamentación jurídica de la misma, ponen de manifiesto que el actor desde el inicio de la relación laboral estuvo expuesto directa e indirectamente durante el tiempo de la prestación de servicios para las empresas citadas, a la inhalación de fibras de asbestos debido a la manipulación de material con

contenido de amianto al ejercer su profesión habitual de oficial 2ª en la construcción naval, que con posterioridad ha sido sustituido en las mercantiles por lana de roca y fibra de vidrio, sustancias susceptibles de absorber por inhalación, que producen irritación en las vías respiratorias como consecuencia del montaje de los tableros para la conformación de los mamparos y techos de las dependencias de los buques en construcción, estando así mismo en contacto con los gases emitidos por las tareas de soldadura efectuadas en los mismos. El actor se encuentra a la fecha de 25-10-2010 fecha en la que se tramita el expediente de invalidez permanente percibiendo el subsidio de desempleo para mayores de 52 años hasta que alcance la edad de jubilación. Habiendo accedido a la jubilación en fecha 20 de febrero de 2012. Dada la evidencia radiológica de lesiones pleurales por exposición al amianto, debe evitar la exposición tanto a nivel laboral como ambiental, así como a cualquier tipo de tóxicos ambientales, polvos o irritantes de las vías respiratorias, ya sean humos, vapores o gases que puedan potenciar el efecto patógeno del amianto, estando entre dichos elementos nocivos la exposición a fibras minerales artificiales, como la lana de roca o la fibra de vidrio.

No obstante, la sentencia de instancia estima que el actor que ha estado expuesto al amianto durante años y sufre un problema de múltiples placas pleurales no calcificadas, presenta un mayor riesgo de contraer enfermedades pulmonares o de las vías respiratorias por inhalación, considerando que no debe reincorporarse a un puesto de trabajo en el que este expuesto a productos especialmente peligrosos para él. Y estima que pese a no existir limitación respiratoria derivada de la exposición prolongada al asbesto, le impide la exposición al amianto, lana de roca, fibra de vidrio y en general sustancias o productos que resulten irritantes, y en función de ello concluye que no debe reincorporarse a un puesto de trabajo en el que va a estar expuesto a productos especialmente peligrosos para él y que agravarían su estado.

Como ya ha señalado la sentencia de esta Sala de fecha 30 de junio de 2010 (Rec 3142/2009), criterio que también se reitera en la sentencia también de esta sala de 29 de marzo de 2011 (Rec. 1825/2010) “es conveniente precisar que en relación a los grados de incapacidad permanente debe valorarse en primer lugar las circunstancias concurrentes en cada caso y la necesidad de individualizar cada situación concreta ante un hipotético reconocimiento de incapacidad permanente (distintas enfermedades, diverso desarrollo de las enfermedades supuestamente similares, edad del presunto incapaz, profesión habitual de cada uno con sus distintos matices) lo que hace que difícilmente puedan darse supuestos con idoneidad sustancial de ahí que el traslado de soluciones judiciales tomadas en resoluciones precedentes resulte sumamente complicado. En segundo lugar, ha de valorarse las limitaciones funcionales, más que la índole y naturaleza de los padecimientos que las originan, pues son las limitaciones y no las lesiones en si mismas las que van a impedir a una persona desarrollar un concreto trabajo o todos ellos, pues unas limitaciones pueden resultar determinantes de la imposibilidad de realizar una tarea, e implicar una incapacidad, y ser intrascendentes para otra profesión, a pesar de derivar de las mismas lesiones. Indicábamos ello por cuanto el hecho de haberse dictado por ésta misma Sala pronunciamiento con signos divergentes no implicaba arbitrariedad sino mera sujeción a los condicionamientos fácticos de cada supuesto.”

En el presente caso atendidos los hechos declarados probados resulta que las lesiones pleurales no le incapacitan para realizar su trabajo habitual, sino que en función de la evidencia radiológica de lesiones pleurales por exposición al amianto, debe evitar la exposición tanto a nivel laboral como ambiental, así como a cualquier tipo de tóxicos ambientales, polvos o irritantes de las vías respiratorias, ya sean humos, vapores o gases que puedan potenciar el efecto patógeno del amianto, estando entre dichos elementos nocivos la exposición a fibras minerales artificiales, como la lana de roca o la fibra de vidrio.

Todo lo cual revela que la enfermedad en su estadio más leve no tiene porque ocasionar la invalidez permanente en el grado de total para la que se precisa limitación funcional que impida la realización del trabajo, lo que no acontece en el caso enjuiciado. Y así se ha mantenido, con alguna excepción, por las sentencias de esta Sala que han decidido supuestos parecidos a partir de la sentencia de 31-3-2009, que no contradice la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de junio de 2001, de aplicación a otros supuestos.

La STS de 11 de junio de 2001, contempla el supuesto de trabajadores en activo en una concreta empresa y puesto de trabajo, y en el caso allí analizado no hay otro puesto de trabajo en la empresa, ni esta lo acredita, que permita desarrollar la actividad lejos de ambiente pulvígeno, por lo que no es posible aplicar la Orden de 9 de mayo de 1962 y el alto Tribunal concede la invalidez permanente total, ante la inexistencia de ese puesto de trabajo sin riesgo, lo que resulta lógico, la enfermedad ya ha aparecido y la exposición al amianto la va a agravar (Sentencia de esta Sala 29-3-2011).

Como sostiene la sentencia de esta Sala de 29-3-2011, la enfermedad profesional, que de diagnosticarse exige la adopción de medidas preventivas que separen al enfermo del puesto de trabajo con riesgo, por si sola no permite acceder a una incapacidad permanente que se caracteriza por la presencia de reducciones anatómicas o funcionales graves, susceptibles de determinación objetiva y previsiblemente definitivas, que disminuyen o anulan la capacidad laboral (art. 136 de la LGSS), de modo que la incompatibilidad con el ambiente de trabajo, en un concreto puesto, por sensibilidad a sustancias o agentes operantes en el mismo, no permite conceder la prestación porque la profesión habitual –en nuestro caso la de oficial 2ª en la construcción naval- puede desarrollarse en otros ambientes o con la adopción de medidas de seguridad que neutralicen el riesgo. Siendo necesario para acceder a la prestación acreditar la limitación funcional que impide realizar las tareas fundamentales que conforman la profesión, lo que no se da en el presente caso.

La necesidad de considerar el supuesto concreto, ha llevado a esta Sala a decidir de forma distinta según el trabajador este integrado en empresa con todos los puestos expuestos a ambientes perjudiciales para el desarrollo de la enfermedad o se trate de trabajador que haya extinguido su contrato en aquellas empresas y pueda acceder a otras en las que desarrollar su profesión sin aquel riesgo. En nuestro supuesto de hecho se trata de un trabajador que ha cesado en la empresa demandada

y se encuentra percibiendo el subsidio por desempleo para mayores de 52 años y que puede acceder a otra empresa del sector de la construcción naval o en actividad semejante que no exista tal riesgo de exposición al amianto, a la lana de roca o a la fibra de vidrio, o en la que se hayan adoptado las medidas preventivas adecuadas para evitarlo. Por lo que no presentando el cuadro clínico del actor entidad suficiente para impedirle las fundamentales tareas de su profesión habitual, sin que conste la exposición al riesgo al tiempo de la solicitud de la prestación, procede revocar la sentencia de instancia acogiendo el recurso planteado al no encontrarse el actor en el supuesto del artículo 137.4 de la Ley General de la Seguridad Social. Razones que llevan a estimar el recurso y a revocar la sentencia de instancia.

FALLO

Que estimando el recurso de suplicación interpuesto por el INSS, frente a la sentencia del Juzgado de lo Social número Cuatro de los de Valencia, de fecha 7 de diciembre de 2012, dictada en virtud de demanda interpuesta por Don L.Y.R., a que se contrae el presente rollo, la revocamos y dejamos sin efecto y en su lugar con desestimación de la demanda debemos absolver y absolvemos a las partes demandadas.

1815

Sentencia núm. 2.323, de 31 de octubre de 2013

Materia: Pensión de viudedad. La demandante contrajo matrimonio con el causante de la prestación que había estado casado con anterioridad, sin que conste precisado el periodo del primer matrimonio ni la fecha del divorcio. Al fallecimiento de su esposo la actora solicita pensión de viudedad, la cual le es reconocida. La excónyuge también recibe pensión de viudedad. Tras el fallecimiento de la excónyuge, la actora solicita incremento de la pensión de viudedad en el porcentaje correspondiente al de la excónyuge divorciada.

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

Sala: Estima el recurso reconociendo el derecho de la actora a ver incrementada su pensión de viudedad en el 60% de la base reguladora con efectos desde un determinado periodo.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Recurre en suplicación la actora, la sentencia que ha desestimado su demanda en la que se solicita el derecho a acrecer su pensión con la que venía percibiendo la divorciada ex cónyuge del causante tras el fallecimiento de ésta.

El recurso contiene un único motivo, que se impugna por el INSS, en el que por el apartado c) del art. 193 de la LRJS, denuncia la infracción del art. 174 de la LGSS y de la resolución de la Dirección General del Régimen Jurídico de la Seguridad Social de 3-9-1990, en relación con el art. 14 de la Constitución Española. Sostiene el recurso, en esencia, con apoyo en la doctrina contenida en la STSJ de Andalucía de fecha 21 de junio de 2012 (rec. 2423/2011), y reproduciendo los argumentos que la misma contiene, que la pensión de la ex cónyuge divorciada extinguida por muerte de ésta última debe acrecer a la viuda del causante porque no se puede trocear lo unitario al tratarse de una sola pensión de viudedad la generada por el causante en función de la cotización que realizó, ya que en caso contrario el INSS compartiría con la viuda la pensión, con enriquecimiento injusto de la Administración, y quebranto del principio conmutativo, considerando de aplicación la Resolución de 3-9-1990 de la Dirección General del Régimen Jurídico de la Seguridad Social que señala el derecho a acrecer, sin que la cuota mínima del 40% reservada al viudo/a por el actual art. 174 de la LGSS compense ni sustituya el derecho a acrecer, lo que no se establece en la norma, alegando discriminación contraria al art. 14 de la Constitución Española con el causante que solo contrajo un matrimonio o dejó un solo beneficiario de pensión de viudedad; añadiendo que producido el hecho sobrevenido de la extinción de parte de la pensión debe aplicarse el derecho a acrecer, que contempla la Orden de 13 de febrero de 1967 para la orfandad, lo que resulta aplicable por analogía a la viudedad.

Para decidir el recurso se debe partir de los datos que constan en los hechos probados, no impugnados, en los que aparece que la demandante M.C.Z.G., nacida en 10-11-1949 contrajo matrimonio en fecha 9-09-1997 con A.T.P., fallecido el 4 de febrero de 2009 y que había estado casado con anterioridad, en periodo no precisado en el proceso, con R.T.P. de quien se había divorciado en fecha que tampoco ha quedado precisada en el proceso; que solicitó del INSS la prestación de viudedad, que le fue reconocida por la Entidad Gestora con los siguientes elementos: - Base reguladora: 1.211,35 euros. - Porcentaje de la pensión: 52%. - Porcentaje prorrateo 40%. - Fecha de efectos económicos: 1-03-2009. La “ex cónyuge” del causante tenía asimismo reconocida pensión de viudedad, con un porcentaje de prorrateo de 60%. La pensión de la Sra. T.P. se extinguió por fallecimiento de la misma con efectos de 1-10-2011 y en fecha 4 de noviembre de 2011 la actora presentó en el INSS solicitud de incremento de su pensión en el porcentaje correspondiente al de la cónyuge divorciada fallecida, cuyo incremento fue denegado por resolución del INSS de 29 de noviembre de 2011.

SEGUNDO.- Planteado el recurso en los términos expuestos tal y como señala el Magistrado “a quo”, la cuestión litigiosa es estrictamente jurídica y se centra en dilucidar si existe un derecho de la cónyuge sobreviviente a acrecer en la parte de la pensión de viudedad correspondiente a la cónyuge divorciada en el caso de que la pensión de esta última se extinga por fallecimiento. Y aunque compartimos, la exposición de la evolución jurídica de la pensión de viudedad que contiene la sentencia recurrida y la consideración de que la pensión ha sufrido una modificación muy importante con la Ley 40/2007, no consideramos acertada la decisión plasmada en la sentencia, que procede corregir.

Del contenido literal del actual art. 174 de la LGSS se desprenden las siguientes consideraciones:

- 1.- A partir de la Ley 40/2007 los beneficiarios de la pensión de viudedad crecen en relación a los contemplados en la legislación anterior, antes el viudo/a (con vínculo matrimonial en la fecha del óbito), y el excónyuge divorciado, separado o cuyo matrimonio hubiera sido declarado nulo; y ahora también la pareja de hecho constituida como tal.
- 2.- La actual regulación se refiere por primera vez a la concurrencia de beneficiarios con derecho a pensión, que había sido contemplada con anterioridad en la doctrina jurisprudencial primero aplicando un criterio distributivo de pura proporcionalidad y a partir de las STS de 10 y 26 de abril de 1995 con criterio atributivo al real viudo/a (que solo es el último), reduciendo su pensión para dársela al ex cónyuge anterior divorciado o cuyo matrimonio hubiera sido declarado nulo en atención al periodo de convivencia con el causante hasta el divorcio o la nulidad del matrimonio, de manera que de existir paréntesis entre los sucesivos vínculos resultaba favorecido el real viudo/a.
- 3.- Las novedades tienen lugar tanto en el régimen de acceso a la pensión como en el sistema de reparto de la misma cuando concurren varios beneficiarios. En cuanto al acceso a la pensión, tras la Ley 40/2007 puede disfrutar la pensión de viudedad por completo, desde luego el viudo/a y la pareja de hecho constituida como tal que no concurren con nadie, también por completo el divorciado o separado (con pensión

compensatoria o en las circunstancias también previstas – a partir de 2010 víctima de violencia de género-) al haber desaparecido la expresión “en cuantía proporcional al tiempo vivido con el cónyuge fallecido”, y en parte aunque no concorra con nadie el superviviente ex cónyuge con matrimonio declarado nulo si se le reconoció la indemnización prevista en el art. 98 del Código Civil, en cuantía proporcional al tiempo vivido con el causante. De esta forma puede decirse que el divorciado/a o separado/a que no concurren con nadie con derecho a pensión tiene un derecho pleno sin que como con anterioridad pudiera hablarse de porción para el INSS “Viudo” que era rechazada por la doctrina, mientras que el ex cónyuge con matrimonio declarado nulo, tiene un derecho limitado al tiempo de la convivencia, aunque no concorra con ningún otro beneficiario

4.- En cuanto a la distribución de la pensión cuando hay concurrencia de beneficiarios, tras la Ley 40/2007 se vuelve a la tesis distributiva, se parte de un plano de igualdad de beneficiarios realizando el reparto de forma estrictamente proporcional al tiempo de convivencia de cada uno de los beneficiarios con el causante, incluido el viudo/a, que ya no goza de una situación de privilegio como único viudo/a, salvo la garantía del 40% a favor del cónyuge o pareja de hecho conviviente con derecho a pensión.

5.- Estas modificaciones que contemplan en plano de igualdad a los beneficiarios concurrentes, lejos de excluir el derecho a acrecer (cuando una vez distribuida la pensión a cada beneficiario concurrente, uno desaparece y ya no la percibe por fallecimiento o por otra causa de extinción como contraer nuevas nupcias o constituir pareja de hecho), lo amplían ya que antes de la reforma siguiendo el criterio atributivo solo se aplicaba al viudo/a y en la actualidad puede favorecer a cualquiera de los beneficiarios o a todos de ser varios, con criterio proporcional al periodo de convivencia. Y es que la muerte del causante genera una pensión completa y única que debe repartirse totalmente entre los beneficiarios de acuerdo con el criterio de la convivencia efectiva con el causante; y así la cuota de participación en la pensión será el resultado de dividir el periodo de convivencia de cada uno de ellos entre el tiempo total en que el causante convivió matrimonialmente con los beneficiarios, de modo que los periodos no convividos no integrarán la parte de pensión del viudo/a como sucedía antes sino la de cada beneficiario en proporción al tiempo vivido con el fallecido, y lo lógico es considerar que, de acuerdo con este criterio, si uno de los beneficiarios perdiera su parte de pensión esta acrecerá la parte del otro concurrente, u otros concurrente en proporción al tiempo de convivencia, máxime teniendo en cuenta que ahora el divorciado/a si es único beneficiario accede a la pensión íntegra.

6.- La garantía del 40% pretende compensar los efectos negativos que este criterio “distributivo”, puede tener en la última pareja del causante, verdadero viudo, cuando la convivencia del ex cónyuge es superior, privilegiando el legislador la vigencia del vínculo frente a su duración.

7.- Y una cosa más. El art. 174.2 de la LGSS párrafo segundo dispone: “Si, habiendo mediado divorcio, se produjera una concurrencia de beneficiarios con derecho a pensión, esta será reconocida en cuantía proporcional al tiempo vivido por cada uno de ellos con el causante, garantizándose, en todo caso, el 40 por ciento a favor del cónyuge superviviente o, en su caso, del que, sin ser cónyuge, conviviera con el causante en el momento del fallecimiento y resultara beneficiario de la pensión de viudedad en los términos a que se refiere el apartado siguiente” y el párrafo tercero,

después de garantizar al ex cónyuge con matrimonio declarado nulo la pensión en cuantía proporcional al tiempo vivido por el causante, lo que le impide acceder, solo, a la cuantía total de la pensión, determina “sin perjuicio de los límites que puedan resultar por la aplicación de lo dispuesto en el párrafo anterior en el supuesto de concurrencia de varios beneficiarios”, de lo que se desprende que los posibles concurrentes solo pueden ser la última pareja del causante, el divorciado y ex cónyuge con matrimonio declarado nulo, pero no el separado, porque el vínculo impide contraer nuevas nupcias o constituir pareja de hecho.

En consecuencia, y aunque la garantía del 40% de la última pareja pudiera afectar a la distribución de la pensión entre los beneficiarios concurrentes, nada impide que se pueda ejercitar el derecho a acrecer, más si se tiene en cuenta que la pensión es única, y que la ley no se refiere a distintas pensiones para cada uno de los beneficiarios, sino simplemente a la forma de distribución entre los que concurren de la pensión de viudedad que generó el causante, que debe extinguirse cuando desaparezca el derecho de todos los que la venían disfrutando, porque lo que la ley no dice es que el INSS pueda participar como beneficiario de la pensión de Viudedad que se atribuye en todos los casos de forma completa salvo en el supuesto de nulidad matrimonial del ex cónyuge que sea único beneficiario, por otras razones indemnizatorias derivadas de la nulidad del vínculo.

Los razonamientos expuestos aplicados al supuesto que nos ocupa, conducen a que proceda estimar el recurso y revocar la sentencia, declarando el derecho a acrecer solicitado en la demanda, precisando que la sentencia mencionada en el recurso se refiere a un hecho causante anterior a la Ley 40/2007 y que el criterio que aplicamos es similar al que se decide en la STSJ de Asturias de fecha 11 de mayo de 2012 (rec. 477/2012).

FALLO

Que estimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de doña M.C.Z.G., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 16 de los de Valencia de fecha 13 de febrero de 2013; y, en consecuencia, revocamos la sentencia recurrida, y estimando la demanda de la recurrente contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social, declaramos nula y sin efecto la resolución de la Entidad demandada de fecha 29-11-2011 y reconocemos el derecho de la actora a incrementar su pensión en el 60% de la base reguladora con efectos 1-10-2011, a cuyo pago condenamos a la demandada.

Sin costas.

1816

Sentencia núm. 2.357, de 5 de noviembre de 2013

Materia: Recargo de prestaciones de seguridad social generadas por enfermedad profesional. Trabajadora que ha prestado servicios en empresa dedicada a la fabricación de muebles. La actora ha recibido en la empresa información específica en materia preventiva con respecto a su puesto de trabajo. No obstante, la actora ha sufrido procesos de IT por disneas a polvo y asma bronquial. Resolución del INSS declarando recargo de prestaciones.
Procedencia

Juzgado: Desestima la demanda de la empresa, absolviendo a los demandados de las pretensiones en su contra deducidas. Procede imponer recargo de prestaciones.

Sala: Estima el recurso y revoca la sentencia de instancia. No procede el recargo impuesto a la empresa ya que ésta ha tomado todas las medidas necesarias para evitar el riesgo de la trabajadora.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se recurre por la empresa demandante la sentencia de instancia que desestimó su demanda, quedando confirmado con ello el recargo del 30% de las prestaciones de Seguridad Social derivadas de la enfermedad profesional de la codemandada Sra. S., que sobre la mercantil se impuso, recurso que es planteado al amparo de los apartados b) y c) del art. 193 de la LRJS, habiendo recaído impugnación.

En el primer motivo de recurso la recurrente solicita que se sustituya el contenido del paréntesis del segundo párrafo del hecho probado 1º, que dice “y, recibió mascarilla (no se acredita qué clase de mascarilla) y guantes”, por “y, recibió mascarilla (3M 8812 con marcado CE 0086 FFP1 EN 149:2011) y guantes”. Para ello cita prueba documental consistente en el informe de Unimat Prevención de 25-11-2008, pero como la juzgadora a quo ha llegado a su conclusión no solo en base a prueba documental sino también a la de interrogatorio, no estimamos la modificación pretendida. En cualquier caso, la misma es irrelevante ya que la infracción que se imputa a la empresa no es la falta o defecto de medidas de seguridad en relación con los equipos de trabajo.

SEGUNDO.-Al amparo del apartado c) del art. 193 de la LRJS se denuncia que la sentencia de instancia ha incurrido en infracción por interpretación errónea del art. 123.1 de la LGSS en relación con el art. 22.1 de la Ley 17/1995 de Prevención de Riesgos Laborales; art. 37.3.b.2º del RD 39/1997 de 17 de enero y el art. 100 del III Convenio estatal de la madera. Alega la parte recurrente, en resumen, que R.D. SA no ha incurrido en las infracciones que se le imputan respecto de la obligación de vigilancia de la salud de la trabajadora y de realizar los reconocimientos periódicos, a la vista de lo que consta en los propios hechos probados. En todos los reconocimientos médicos se declara apta a la trabajadora y la empresa la destina a puestos de trabajo

inocuos, siguiendo las recomendaciones recibidas del Servicio de prevención ajeno. En ningún momento se comunica a la empresa que la trabajadora no puede trabajar en la empresa, ni siquiera como lijadora-masilladora, aunque la empresa la cambia de puesto de trabajo.

Conviene recordar, tal como se razona en la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de julio de 2007 (rcud. 938/2006), reiterando doctrina precedente expresada, por ejemplo, en la STS de 2 de octubre de 2000 (rcud.2393/1999), que los requisitos que determinan la responsabilidad empresarial en el recargo de prestaciones derivadas de accidente de trabajo son: “a) Que la empresa haya cometido alguna infracción consistente en el incumplimiento de alguna medida de seguridad general o especial, añadiendo que no siendo posible que el legislador concrete la variadísima gama de los mecanismos ante la imposibilidad de seguir el ritmo de creación de nuevas maquinarias, bastará que se violen las normas genéricas o deudas de seguridad en el sentido de falta de diligencia de un prudente empleador (STS 26 de marzo de 1999); b) Que se acredite la causación de un daño efectivo al trabajador; c) Que exista una relación de causalidad entre la infracción y el resultado dañoso; conexión que puede romperse cuando la infracción es imputable al propio interesado”....subrayando además que “...del juego de los preceptos contenidos en los artículos 14.2, 15.4 y 17.1 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales “...el deber de protección del empresario es incondicionado y, prácticamente ilimitado. Deben adoptarse las medidas de protección que sean necesarias, cualesquiera que ellas fueran. Y esta protección se dispensa aún en los supuestos de imprudencia no temeraria del trabajador. No quiere ello decir que el mero acaecimiento del accidente implique necesariamente violación de medidas de seguridad, pero sí que las vulneraciones de los mandatos reglamentarios de seguridad han de implicar en todo caso aquella consecuencia, cuando el resultado lesivo se origine a causa de dichas infracciones”.

TERCERO.- Un correcto análisis del caso sometido a enjuiciamiento exige partir de determinados extremos recogidos como probados al relato fáctico y de los asertos que con tal carácter obren a la fundamentación jurídica. Y así resulta que: A).- La trabajadora demandada Dña. I.S.A., llevaba prestando servicios por cuenta y dependencia de la empresa demandada R.D., S.A, dedicada a la actividad de fabricación de muebles de madera y de ratán, desde el día 10-1-02, con la categoría profesional de Oficial de 2ª, habiendo ocupado los puestos de caldera, lijado, masilla y rejilla, con una jornada a tiempo parcial (4 horas diarias). B).-En fecha 24-3-2006 se practicó a la trabajadora reconocimiento médico por el Servicio de Prevención Ajeno Unión de Mutuas, con el resultado de apta para el puesto de trabajo de lija. C).- En fecha 23-5-06 es vista por el servicio médico de alergias, que recomienda el cambio a sección no expuesta a polvo u otros irritantes inhalados y en 24-5-2006 el Departamento de Vigilancia de la salud de X. emite informe de sensibilidad de la trabajadora en el que se recomienda un cambio de puesto de trabajo a sección no expuesta a polvo u otros irritantes inhalados. D).-La empresa procede a cambiar a la trabajadora trasladándola a la sección de montaje. E).-Ocupando este puesto la actora causa baja médica el 9-6-2006 y alta el 9-8-2006, incorporándose a su puesto de trabajo de masilladora-lijadora. E).-En 12-2-2007 la trabajadora causa baja médica por asma bronquial, situación en que permanece hasta el 26-11-2007, fecha en la que se

deniega su petición de incapacidad permanente. F).- En fecha 27-3-07 se efectuó reconocimiento médico a toda la plantilla, excepto a la actora por encontrarse de baja por IT. G).- Al incorporarse al trabajo tras esta última situación, se la destina a los siguientes puestos de trabajo desde el día 10-12-2007 hasta el 10-1-2008: 10-12: Rejilla, 11-12-limpiar, 12-12 :preparar pedidos; 13-12: masilla; 14-12-07: masilla; 17-12: Masilla; 19-12; caldera; 21-12: limpiar; 2-1-08: caldera; 3-1-08: Lijar caldera; 4-1-08: preparar pedidos; 7-1-08: Caldera; 8-1-08: Caldera y 9-1-08: Caldera lija. G).-La empresa solicitó de su Servicio de Prevención que realizase la revisión médica de la trabajadora tras incorporarse después de un período largo de baja, lo que practicó el 20-12-2007 con el resultado de apta para el puesto de trabajo de masilla, control Seguridad Social (protocolo básico + protocolos específicos). H).-En fecha 10-1-2008 la Sra. S. causó nueva baja médica por asma extrínseca hasta el alta médica de 27 de mayo de 2008, que el INSS dejó sin efecto acordando iniciar expediente de incapacidad permanente. I).-Entre el 16-6-2008 y 26-6-2008 la trabajadora trabajó en caldera alternando funciones de montaje, limpieza y masilla. J).- El día 14-10-08 se le practicó otro reconocimiento médico -SENSIBL- con el siguiente resultado: “Realizada la valoración de la actividad de la trabajador, de operaria de lijado-masillado, I.S.A., y tras la valoración de la misma en el servicio de Alergia de X., consideramos que, teniendo en cuenta las limitaciones que presenta, la trabajadora es Apta para el puesto de trabajo que actualmente ocupa. Se recomienda evitar el contacto estricto, por vía inhalatoria, de aquellos productos a los que es sensible, de modo que se incide en la utilización obligatoria de los elementos de aislamiento y protección adecuados, específicos tal y como se indicó en la visita al Servicio de Alergia, además de los Epis propios de su actividad. Caso de no ser técnicamente posible recomendamos la realización de un cambio de puesto de trabajo, que sí cumpla con estos requisitos.”

CUARTO.-Lo anteriormente expuesto evidencia que la empresa no ha incurrido en las infracciones que se le imputan. El art. 22.1 de la Ley 31/1995 establece que “el empresario garantizará a los trabajadores a su servicio la vigilancia periódica de su estado de salud en función de los riesgos inherentes al trabajo”. Por su parte el art. 37.3.b.2º del RD 39/1997 dice que: “3. Las funciones de vigilancia y control de la salud de los trabajadores señaladas en el párrafo e) del apartado 1 serán desempeñadas por personal sanitario con competencia técnica, formación y capacidad acreditada con arreglo a la normativa vigente y a lo establecido en los párrafos siguientes: ...b) En materia de vigilancia de la salud, la actividad sanitaria deberá abarcar, en las condiciones fijadas por el artículo 22 de la Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales: 2.º Una evaluación de la salud de los trabajadores que reanuden el trabajo tras una ausencia prolongada por motivos de salud, con la finalidad de descubrir sus eventuales orígenes profesionales y recomendar una acción apropiada para proteger a los trabajadores.”

A la trabajadora se le practicó un reconocimiento médico en fecha 24-3-2006, es decir, con anterioridad a que aparecieran los síntomas de su enfermedad profesional, con un resultado de apta para su puesto de lija, con lo que la empresa venía cumpliendo sus funciones de vigilancia y control de la salud de los trabajadores. Tras la recomendación del Servicio de Prevención ajeno de 29-5-2006 se cambió a la trabajadora al puesto de montaje. Respecto de la evaluación de la salud de los trabajadores que reanuden el trabajo tras una ausencia prolongada por motivos de

salud que impone la norma antes citada, el mismo tuvo lugar el 20-12 2007, con el resultado de apta. Téngase en cuenta que en 27 de marzo de 2007 se realizó el reconocimiento médico de toda la plantilla pero que no pudo tener lugar el de la actora por encontrarse de baja médica y si bien éste no fue inmediato a su reincorporación tampoco puede entenderse que la empresa lo retrasó de forma inadmisiblemente o eludió su obligación al respecto. Además, cuando la demandante se reincorporó no lo fue a su puesto de lija sino a diversas tareas de rejilla, masilla, caldera, limpieza y preparar pedidos. Únicamente está en su puesto de masilladora-lijadora desde que obtuvo el alta por curación en 9-8-2006 hasta el 12-2-2007 en que causó baja por asma bronquial. Pero no podemos pasar por alto que la trabajadora había sido declarada en diversos reconocimientos médicos apta para su puesto, por lo que no se constata pues infracción de los preceptos legales antes indicados ni del convencional artículo 100 del III Convenio colectivo según el cual, “los trabajadores tendrán derecho a una vigilancia de su salud, a cargo de la empresa, dirigida a detectar precozmente posibles daños originados por el riesgo de exposición...”.

Como esta Sala tiene reiteradamente declarado, debe tenerse en cuenta que lo que no impone ningún precepto, ni se deriva de la doctrina jurisprudencial sobre la materia, es una suerte de responsabilidad objetiva en virtud de la cual la responsabilidad empresarial surgiría del hecho mismo del accidente. Sino que, dada su vertiente sancionadora, es necesario que el accidente pueda ser imputado a la empresa a título, al menos, de culpa o negligencia como consecuencia de la infracción de normas de seguridad específicas o genéricas. Pues de lo contrario, se haría de igual condición al empresario infractor que al que observa diligentemente el cumplimiento de las normas de seguridad, con el resultado perverso que es fácil imaginar. En este mismo sentido la STJCE de 14 de junio de 2007 (C-127/2006) señala que la legislación comunitaria no impone a los Estados miembros la obligación de establecer un régimen de responsabilidad objetiva del empresario.

De todo lo actuado y pese a que a la empresa no se le imputan otro tipo de incumplimientos más allá de los expuestos, por lo que atañe a la trabajadora demandada debemos indicar que recibió información en materia preventiva con respecto a su puesto de trabajo, y útiles como mascarilla y guantes, teniendo el puesto de lijado un sistema de aspiración localizado. El que la empresa no tuviera evaluados los riesgos de tipo psicosocial ni ciertos estudios ergonómicos y de exposición al sistema de vibraciones nada tiene que ver con la enfermedad profesional de la actora, en la cual no incide con relación causa-efecto una falta de medidas de seguridad y/o higiene de la empleadora. De este modo, resulta necesaria “la existencia de un nexo causal entre el resultado lesivo y la infracción cometida, de manera que el accidente (o enfermedad) causante de la lesión de la que se van a derivar las prestaciones de Seguridad Social ha debido tener causa en aquella infracción”. En estas circunstancias no cabe imponer el recargo del art. 123 de la LGSS, debiendo subrayarse que, como indica la sentencia del TS de 12 de julio de 2007, el mero acaecimiento del accidente no implica necesariamente violación de medias de seguridad, y además, y en todo caso, el propio Tribunal Supremo en la sentencia citada exige que “el resultado lesivo se origine a causa de dichas infracciones”, y este nexo no ha resultado acreditado, por lo que la sentencia deberá ser revocada.

FALLO

Que estimando el recurso de suplicación interpuesto por R.D. S.A., contra la sentencia de 13 de marzo de 2013 del Juzgado de lo Social nº 9 de Valencia y con revocación de la misma, dejamos sin efecto la resolución del INSS de 08-10-2010 que impuso a la empresa demandante un recargo del 30% en las prestaciones de Seguridad Social generadas a consecuencia de la enfermedad profesional sufrida por la trabajadora I.S.A.; exoneramos a la citada empresa del abono del indicado recargo y condenamos al INSS, a la TGSS y a I.S.A. a estar y pasar por esta declaración.

Aclaremos el error mecanográfico y material contenido en el encabezamiento de la sentencia de instancia en el sentido de que el letrado representante de la empresa es D. J.F.C.G.

Procédase a la devolución a la empresa de las cantidades consignadas y/o depositadas para recurrir.

Sin costas.

1817

Sentencia núm. 2.402, de 8 de noviembre de 2013

Materia: Reclamación de cantidad. Los actores han sido objeto de despido laboral por causas objetivas y reclaman el 40% de la indemnización al FOGASA. Exigencia a este organismo de una responsabilidad directa establecida de conformidad con el artículo 33.8 del ET. Cumplimiento supuestos para aplicación de este artículo.

Juzgado: Estima la demanda condenando al FOGASA a abonar a los actores el 40% de la indemnización por despido objetivo en las cuantías señaladas.

Sala: Estima el recurso y revoca la sentencia de instancia. Absuelve a la empresa demandada de la reclamación deducida frente a ella. El FOGASA llega a la convicción de que el cese no reúne los caracteres y connotaciones que definen al despido objetivo ni al despido colectivo, conforme a los arts. 51 y 52-c) del E.T., por lo que no procede otorgar la indemnización concedida en la instancia.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. Se recurre por la representación letrada del Fondo de Garantía Salarial (FOGASA), la sentencia de instancia que estimó la demanda presentada por doña M.D. LL. y don F.O. y le condenó a abonarles 1.952,56 euros a la primera y 5.631,84 euros al segundo, en concepto del 40% de la indemnización que les correspondía percibir como consecuencia del despido objetivo de que fueron objeto y que se llevó a efecto el 31 de mayo de 2010.

2. Se fundamenta el recurso un motivo único redactado al amparo del artículo 193, apartado c) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS), en el que se denuncia la infracción de los artículo 51 y 52 del Estatuto de los Trabajadores (ET) y de la jurisprudencia del Tribunal Supremo establecida en las sentencias de 24 de abril y 24 de septiembre de 2002. Se sostiene por el Organismo recurrente, que en los ceses de los demandantes no concurren los requisitos y elementos propios del despido objetivo ni del colectivo, pues no se instrumentó a través del preceptivo expediente de regulación de empleo, dado que fueron cesados todos los trabajadores de la empresa en número superior a cinco con causa en “la situación a todas luces inviable para garantizar la continuidad de la empresa”.

3. Se trata, por tanto, de determinar si en el presente caso le es exigible al FOGASA la responsabilidad directa establecida en el artículo 33.8 del ET. Los datos fácticos más relevantes, que no han sido discutidos, son los siguientes: a) Por carta de 1 de mayo de 2010 la empresa P.S., S.L. comunicó a los dos trabajadores la extinción de sus contratos de trabajo con efectos del día 31 de mayo por causas objetivas, “debido a la situación a todas luces inviable para garantizar la continuidad de la empresa, tanto por motivos económicos, como por la derivación de la responsabilidad de la deuda de la empresa P.G., S.A...” b) En ese mismo mes de mayo vieron extinguido

sus contratos de trabajo ocho trabajadores, permaneciendo solo al frente de la empresa su dueño que se limitó a realizar los trámites de liquidación y cierre definitivo de la empresa que finalmente tuvo lugar el 31 de diciembre de 2010 (tal como se recoge en la fundamentación jurídica de la sentencia con valor de hecho probado).

4. La doctrina jurisprudencial sobre la responsabilidad que se demanda en este procedimiento viene contenida en la STS de 16 de noviembre de 2004 (rcud.127/2004), con referencias a otros pronunciamientos anteriores de la misma Sala. Se razona en ella lo siguiente: “la sentencia de contraste de 14 de diciembre de 1999 (rec. 1824/99), establece como doctrina unificada, que se ratifica en la sentencia de esta Sala de fecha 24 de septiembre de 2002 (rec. 588/02) que “El art. 33.8 del Estatuto de los Trabajadores dispone que “en las empresas de menos de veinticinco trabajadores, el Fondo de Garantía Salarial abonará el 40 por 100 de la indemnización legal que corresponda a los trabajadores cuya relación laboral se haya extinguido como consecuencia del expediente instruido en aplicación del artículo 51 de esta Ley o por la causa prevista en el párrafo c) del art. 52”.

Ahora bien, para que este precepto pueda entrar en acción, es decir para que nazca la obligación del referido Fondo de abonar el 40 por 100 de dicha indemnización, es de todo punto necesario que nos encontremos ante uno de los dos supuestos que se acaban de mencionar, esto es que se trate de un despido colectivo del art. 51 del Estatuto de los Trabajadores en el que, “como consecuencia del expediente instruido en aplicación” de lo que esta norma establece, se hayan extinguido los contratos de trabajo de unos determinados trabajadores; o de un despido objetivo de los que prevé el art. 52 c) del mencionado cuerpo legal. Si la situación analizada no puede ser incardinada en ninguno de estos preceptos, falta el requisito fundamental e ineludible para que el comentado art. 33.8 pueda ser aplicado, y en consecuencia no existe obligación del FOGASA en relación al pago directo del 40 por 100 de las indemnizaciones que hubieran podido estipularse. Disponer que en esas situaciones no encajables en el art. 33.8, el FOGASA satisfaga este 40 por 100, supone adoptar una decisión manifiestamente contraria a ley, extendiendo la responsabilidad de este organismo a supuestos no previstos, a tal efecto, ni en este artículo, ni en ningún otro precepto legal. Se recuerda que la obligación que estatuye este art. 33.8 es distinta, en contenido, naturaleza y fines, de las que se estructuran en los números 1 y 2 del mismo artículo, por cuanto que aquélla es de carácter principal y directo, mientras que éstas son de carácter subsidiario pues sólo pueden ser operativas en los casos de “insolvencia, suspensión de pagos, quiebra o concurso de acreedores de los empresarios”; además en estas últimas el FOGASA, una vez que ha hecho efectivo a los operarios el pago de las pertinentes indemnizaciones, conforme a los números 1 ó 2 del art. 33 que se subroga en los derechos y obligaciones de éstos, como ordena el número 4 de este precepto; cosa que no acontece, en modo alguno, en los supuestos del número 8, pues en ellos la responsabilidad del Fondo es propia, principal y directa.

Sentadas las precisiones que acaban de expresar, es necesario resaltar que para la existencia real y efectiva, tanto del despido colectivo del art. 51 como del despido objetivo del art. 52 c), no basta con que concurren de un lado las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, y de otro la decisión empresarial de extinguir

los contratos de trabajo, sino que además es absolutamente preciso cumplir otros requisitos o exigencias. Así en el despido colectivo es obligado que se lleve a cabo la tramitación del “procedimiento de regulación de empleo” que prescriben los números 2 y siguientes del art. 51 del Estatuto y el Real Decreto 43/1996, de 19 de enero, y que se dicte por la autoridad laboral la pertinente resolución autorizando las extinciones de los contratos con arreglo a los números 5 y 6 de ese artículo; y en lo que atañe al despido objetivo del art. 52 c), no sólo se han de cumplir las exigencias formales del art. 53, sino que además, para que legalmente pueda ser calificado como tal y produzca cualquiera de los efectos propios del mismo, es preciso que se respeten con rigor y exactitud los límites numéricos y temporales que establecen los arts. 52 c) y 51.1; si estos límites no se respetan, no existe legalmente despido objetivo.

A este respecto, se destaca que el art. 52 c), impone, como una de sus exigencias esenciales, que la amortización de puestos de trabajo sea “en número inferior al establecido” en el art. 51.1. Por tanto, tomando en consideración lo que manifiestan estas normas, resulta que el despido objetivo no puede llevarse a efecto, dentro de un período de noventa días, en relación con un número de trabajadores que sea igual o superior a los límites que fijan los apartados a), b) y c) de dicho art. 51.1; pero además, cuando “la extinción de los contratos de trabajo... afecte a la totalidad de la plantilla de la empresa”, sólo podrá efectuarse tal extinción por medio del despido objetivo del art. 52 c), cuando el número de trabajadores de tal plantilla no supere a cinco. Así pues, la extinción de los vínculos laborales de toda la plantilla de la empresa, cuando ésta esté compuesta por seis, siete, ocho o más empleados, llevada a cabo acogiéndose a lo que dispone este art. 52 c), carece por completo de validez como tal despido objetivo, toda vez que se trata de un supuesto que queda fuera del marco y previsiones de esta norma legal.

Téngase en cuenta que esta especial figura sólo existe legalmente cuando se dan las condiciones y requisitos que impone el art. 52 c), y que si estos requisitos no concurren, no hay, en absoluto, despido objetivo. Y si no hay despido objetivo, ni tampoco despido colectivo, no puede aplicarse lo que estatuye el art. 33.8 del Estatuto de los Trabajadores”.

Esta doctrina también aparece recogida en la sentencia de esta Sala de fecha 24 de abril de 2002 (recurso 2643/01), cuando dice “El empresario no puede, a su capricho, utilizar una u otra clase de extinción con base en la existencia de causas objetivas; por el contrario, ha de seguir forzosamente aquélla que corresponda según ley. Al no haber seguido la empresa, en el caso de autos, el cauce art. 51-1 párrafo último que dispone que cuando en periodos sucesivos de 90 días y con el objeto de eludir las previsiones contenidas en el presente artículo, la empresa realice extinción de contratos al amparo de lo dispuesto en el art. 52 c) de esta Ley en número inferior a los umbrales señalados y sin que concurren causas nuevas que justifiquen tal actuación, dichos nuevas extinciones se consideran efectuadas en fraude de ley y serán declarados nulos y sin efecto, la conclusión a la que se llega, aplicando lo antes dicho, es a la misma que FOGASA no procediendo lo reclamado por el actor; por último debe añadirse que, aún el caso de que la decisión extintiva del empresario no haya sido impugnada por los trabajadores afectados, como aquí sucede, ello no supone, en

lo que respecta a la obligación que impone el art. 33-8 del Estatuto de los Trabajadores, que el FOGASA quede ya inexorablemente obligado a su cumplimiento; al contrario, si este organismo llega a la convicción de que tal cese no reúne los caracteres y connotaciones que definen al despido objetivo ni al despido colectivo, conforme a lo que disponen los arts. 51 y 52-c) del Estatuto de los Trabajadores, el propio mandato del art. 33-8 le obliga a denegar el pago del 40% de la indemnización a que el mismo se refiere”.

5. La sentencia que ahora se recurre en suplicación no desconoce esta doctrina jurisprudencial, pero entiende que no es aplicable al supuesto de hecho pues el FOGASA debió “acreditar que los ceses de más de cinco trabajadores han sido debidos a “... las mismas causas anteriormente señaladas”, es decir que el cese de los ocho trabajadores lo fue por despido objetivo fundado en causas económicas, técnicas, organizativas o productivas”. Sin embargo esta objeción no es compartida por la Sala por dos razones. En primer lugar, porque si el cese de los demandantes tuvo por causa la imposibilidad de garantizar la continuidad de la empresa por motivos económicos, tal y como se les indicó en la carta de despido, no parece lógico ni razonable pensar que el cese del resto de trabajadores que conformaban la plantilla y que se produjo en el mismo mes de mayo se debiera a causas diferentes. Y en segundo lugar, porque lo que exige el artículo 51.1.3º ET es que sea el cese de la actividad empresarial el que esté fundado en las mismas causas objetivas, lo que en el presente caso está fuera de toda duda, pues queda constancia que el empresario tras extinguir todos los contratos de trabajo inició los trámites para la liquidación y cese de la actividad.

6. En el escrito de impugnación del recurso se cita en apoyo de la tesis de los demandantes la STS de 6 de octubre de 2009, pero la cuestión jurídica que resuelve esta sentencia es la responsabilidad subsidiaria del FOGASA del artículo 33.2 del ET, mientras que lo que se reclama en este procedimiento es la responsabilidad directa establecida en el apartado 8 de ese mismo artículo 33 del ET, a la que se refiere la STS de 16 de noviembre de 2004 (rcud.127/2004), cuyo texto hemos reproducido en el apartado 4 de esta resolución. Así pues, aplicando esta doctrina al supuesto enjuiciado, procede estimar el recurso del FOGASA y desestimar la pretensión ejercitada en la demanda.

SEGUNDO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 235 de la LRJS no ha lugar a la imposición de costas.

FALLO

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre del FONDO DE GARANTÍA SALARIAL contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº.12 de los de Valencia de fecha 27 de febrero de 2013, en virtud de demanda presentada a instancia de DOÑA M.D.L.M. y DON F.O.O.; y, en consecuencia, revocamos la sentencia recurrida y con desestimación de la demanda iniciadora de las presentes actuaciones absolvemos a la empresa demandada de la reclamación deducida frente a ella.

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

Sin costas.

1818

Sentencia núm. 2.461, de 14 de noviembre de 2013

Materia: Despido. Extinción de la relación laboral por causas objetivas: Despido por causas productivas. No se han abonado las indemnizaciones relativas al despido objetivo en el momento de la entrega del mismo ni constan consignadas las mismas. Sin embargo, queda constatada la situación de iliquidez de la empresa. El actor presta sus servicios como conductor.

Juzgado: Estima parcialmente la demanda origen de las presentes actuaciones declarando el despido objetivo de la parte actora como procedente, sin perjuicio de la condena de la empresa demandada a que indemnice a la parte actora en determinada cantidad, al no haberlo hecho con anterioridad. Establece la responsabilidad subsidiaria del FOGASA.

Sala: Estima el recurso declarando improcedente la extinción de la relación laboral. La comunicación escrita no reúne los requisitos exigidos. Además, al no tener el despido causa económica, no debió ser tenida en cuenta la alegación de iliquidez.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se interpone recurso de suplicación por la representación letrada de la parte actora, frente a la sentencia que estimando parcialmente su demanda, declara el despido objetivo procedente y condena a la demandada a que indemnice al actor con la cantidad de 6.638,36€.

El primer motivo del recurso se redacta al amparo del art. 193-b) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, interesando la revisión del hecho probado primero, proponiendo la siguiente redacción, "...y salario mensual ascendente a 57,64 euros/día según promedio del último año trabajado (septiembre 2010/agosto 2011), incluida la prorrata de pagas extraordinarias y la mejora voluntaria que percibía el trabajador, habiendo señalado la empresa como salario del demandante en ERE de suspensión tramitado en agosto/septiembre de 2011 la cuantía de 55,67 euros/día", en base a las nóminas aportadas a los folios 86 a 99 de la empresa y 111 a 122 del actor, certificado al folio 123, y folios 71 a 81 de la empresa y 124 a 130 del actor.

Se admite la revisión por así desprenderse de la documental citada.

SEGUNDO.- 1. En el segundo motivo, redactado al amparo del art. 193-c) de la LRJS, denuncia el recurrente la infracción por la sentencia de lo dispuesto en los arts. 56, 51, 52 y 53 del Estatuto de los Trabajadores. Sostiene el recurrente que el cálculo indemnizatorio debería efectuarse aplicando un salario día de 57,64 euros, o subsidiariamente de 55,67 euros, que la carta de despido no puede considerarse correcta invocando lo declarado por el Tribunal Supremo en sentencia de 10 de noviembre de 2011, que al no tener el despido causa económica no debió ser tenida en cuenta la alegación de "iliquidez" y su prueba, que la indemnización ha sido

consignada tras la sentencia, y que subsidiariamente a todo lo indicado, la indemnización ofrecida al actor en la carta de despido (aunque no pagada) también sería insuficiente a la vista del salario del trabajador, derivando las alegaciones realizadas en la improcedencia del despido.

2. Esta Sala ya se ha pronunciado sobre el mismo despido, respecto de otros trabajadores, en las sentencias firmes de fecha 18-4-2013, rec. 489/13, y 30-4-13, rec. 488/13, indicando en esta última que, “efectivamente la comunicación escrita no reúne los requisitos que vienen exigiéndose al respecto, al resultar muy genérica, siendo insuficiente a nuestro juicio la referencia contenida en la misma al expediente de regulación de empleo de suspensión de los contratos durante seis meses, y sus causas, aludiendo simplemente a que “en la actualidad la situación es igual o peor que la que motivó el E.R.E. al continuar sin poder ofrecer trabajo efectivo a la totalidad de la plantilla, debido a la falta de demanda de nuestros servicios, y la no adopción de estas medidas pone en peligro la continuidad y supervivencia de esta empresa”, por lo que entendemos de aplicación la doctrina jurisprudencial expresada en la sentencia del Tribunal Supremo de 19/9/2011, que con cita de doctrina precedente subrayó que «El significado de la palabra "causa" en el contexto de la regulación de las causas del despido objetivo por necesidades de la empresa se refiere normalmente no al tipo genérico de causa de despido (por ejemplo, la reestructuración de la plantilla, el cambio en los productos o en los procesos de producción) o a la causa remota que genera las dificultades o situaciones negativas de la empresa en la que se produce el despido (por ejemplo, la crisis económica o las nuevas tecnologías) sino precisamente, como dice repetidamente el art. 51 ET, a las concretas dificultades o situaciones económicas negativas de la empresa alegadas por el empresario para justificar su decisión extintiva. Son estas dificultades o situaciones económicas negativas las que constituyen, en terminología del art. 51 ET [al que, como ya se ha dicho, remite este aspecto de la regulación el art. 52 c) ET sobre el despido objetivo] las "causas motivadoras" (art. 51.3 ET, art. 51.4 ET art. 51.12 ET) que pueden justificar el acto de despido. Por tanto, no es solamente una causa abstracta la que tiene que expresarse en la carta de despido, sino también la causa concreta y próxima motivadora de la decisión extintiva, que refleja la incidencia en la empresa de un determinado tipo de causa o de una posible causa remota». Por otra parte, siendo productivas las causas alegadas para justificar la decisión extintiva del contrato, no parece sea de aplicación la previsión contenida en el artículo 53.1.b) párrafo segundo del Estatuto de los Trabajadores, que permite cuando la causa alegada sea económica dejar de poner a disposición del trabajador la indemnización de veinte días por año de servicio precisamente por ello”.

3. Aplicando lo expuesto al presente supuesto, por elementales razones de seguridad jurídica, procede la estimación del recurso, y la declaración de la improcedencia de la decisión extintiva enjuiciada, de conformidad con lo dispuesto en el párrafo penúltimo del apartado 4 del artículo 53 del Estatuto de los Trabajadores, y ello por los dos incumplimientos formales aludidos, sin necesidad de acudir al criterio de la insuficiencia de la cuantía de la indemnización subsidiariamente pretendido. Para la fijación de la correspondiente indemnización (artículos 53.5 y 56.1 del ET en relación con la Disposición Transitoria quinta.2 de la Ley 3/2012, de 6 de julio), deberá tenerse

en cuenta el salario de 57,64€ día de que se hizo mérito por referencia en el fundamento jurídico primero de esta sentencia (de conformidad con la doctrina jurisprudencial expresada por ejemplo en la sentencia del Tribunal Supremo de 22-11-2005, acerca de que la retribución variable debe tomarse en cuenta para el cálculo de la indemnización) indemnización que ascenderá a 45 días por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año, desde 1-7-05 hasta 12-2-12, y de 33 días por año de servicio con el mismo prorrateo, desde la última fecha indicada hasta la del despido de 14-3-12, lo que suma un total de 17.234,51 euros. De dicho importe indemnizatorio se deducirá en su caso lo percibido por el actor como indemnización por el despido objetivo, de acuerdo con el artículo 53.5.b) del ET.

FALLO

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de D. G.M.M. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Benidorm en fecha 10-septiembre-2012 en proceso de despido seguido a su instancia contra T.Y.E.R. SL y el FONDO DE GARANTÍA SALARIAL, y con revocación de la expresada sentencia y estimación de la demanda declaramos la improcedencia de la decisión extintiva enjuiciada, condenando a T.Y E.R. SL a que a su opción que deberá ejercitar en el plazo de cinco días desde que la presente le sea notificada readmita al actor en su puesto de trabajo con abono de los salaros de tramitación a razón de 57,64€ diarios o le abone una indemnización de 17.234,51 euros.

Sentencia núm. 2.473, de 19 de noviembre de 2013

Materia: Pensión de viudedad y reintegro de cantidades. Revisión acto declarativo de derecho y reintegro de cantidades indebidamente percibidas. Las personas que aceptan la herencia deben asumir las obligaciones comprendidas en la misma.

Juzgado: Estima la demanda de revisión de acto declarativo de derecho y revoca la pensión de viudedad del Régimen General reconocida a la demandada, declarando que la pensión que le corresponde es la de viudedad SOVI, debiendo reintegrar las cantidades indebidamente percibidas.

Sala: Estima parcialmente el recurso en el en el sentido de **de tener por no puesta en el fallo la frase “más la que se haya generado hasta el fallecimiento ocurrido el 17 de junio de 2008”**, confirmando en el resto la sentencia de instancia. Corresponde a la beneficiaria ya fallecida la pensión de viudedad SOVI, debiendo sus herederos reintegrar las cantidades indebidamente percibidas. La obligación no se extingue con la muerte del beneficiario, debiendo asumirla el que acepta la herencia.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se interponen sendos recursos de suplicación, por las representaciones letradas de J.P.U. y de R.P.U., frente a la sentencia que estima la demanda de revisión de acto declarativo de derecho y reintegro de prestaciones interpuesta por el INSS contra J. y R. P.U. en su condición de herederos de C.U.U., y revoca la pensión de Viudedad reconocida a C.U.U. en la resolución de 22-2-2002, y declara que la pensión que le correspondía percibir es la de Viudedad SOVI e indebidamente percibidas la cantidad de 40.685,74€ de la pensión de Viudedad del Régimen General por el periodo 1-2-2002 a 30-9-2007, más la que se haya generado hasta el fallecimiento ocurrido el 17-junio-2008, condenado a los demandados a estar y pasar por esta declaración y a reintegrar al INSS las cantidades referidas.

1. El primer motivo, de ambos recursos, se redacta al amparo de la letra a) del art. 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, denunciando la infracción del art. 97.2 de la LRJS, y art. 209, 216 y 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Sostienen los recurrentes que la sentencia carece de motivación suficiente y de congruencia por exceso de “ultra petitum”, que la frase del fallo “...más la que se haya generado hasta el fallecimiento ocurrido el 17 de junio de 2008” no se pide en el suplico de la demanda, por no que no procede; y asimismo, alegan que la sentencia no explica por qué se puede revisar la pensión del fallecido Sr. P. consolidada durante 15 años, ni por qué se puede ejecutar la sentencia de 15-10-87, después de tanto tiempo, contra la viuda y los herederos de ésta.

2. Como ha señalado el Tribunal Constitucional, por ejemplo en la sentencia 39/2003, de 27 de febrero: “(...) hemos establecido con reiteración la distinción entre dos tipos de incongruencia: de una parte, la llamada incongruencia omisiva o ex silentio, que se producirá cuando el órgano judicial deje sin contestar alguna de las pretensiones sometidas a su consideración por las partes, siempre que no quepa interpretar razonablemente el silencio judicial como una desestimación tácita cuya motivación pueda inducirse del conjunto de los razonamientos contenidos en la resolución y sin que sea necesaria, para la satisfacción del derecho a la tutela judicial efectiva, una contestación explícita y pormenorizada de cada una de las alegaciones que se aducen como fundamento a su pretensión, pudiendo bastar, en atención a las circunstancias particulares concurrentes, con una respuesta global o genérica, aunque se omita respecto de alegaciones concretas no sustanciales (SSTC 91/1995, de 19 de junio, 56/1996, de 15 de abril, 58/1996, de 15 de abril, 85/1996, de 21 de mayo, 26/1997, de 11 de febrero). Y, de otra parte, la denominada incongruencia extra petitum, que se da cuando el pronunciamiento judicial recaiga sobre un tema no incluido en las pretensiones deducidas en el proceso, de tal modo que se haya impedido a las partes la posibilidad de efectuar las alegaciones pertinentes en defensa de sus intereses relacionados con lo decidido, provocando su indefensión al defraudar el principio de contradicción (SSTC 154/1991, de 10 de julio; 44/1993, de 8 de febrero, FJ 3; 172/1994, de 7 de junio; 116/1995, de 17 de julio; 60/1996, de 15 de abril; 98/1996, de 10 de junio; 17/2000, de 31 de enero, FJ 6.a; y 135/2002, de 3 de junio, FJ 3, entre otras). Hemos dicho también que en algunas ocasiones ambos tipos de incongruencia pueden presentarse unidos, concurriendo la que, en ocasiones, se ha llamado incongruencia por error, denominación adoptada en la STC 28/1987, de 13 de febrero, y seguida por las SSTC 269/1993, de 13 de diciembre, 111/1997, de 3 de junio, y 136/1998, de 29 de junio, que define un supuesto en el que, por el error de cualquier género sufrido por el órgano judicial, no se resuelve sobre la pretensión formulada en la demanda o sobre el motivo del recurso, sino que erróneamente se razona sobre otra pretensión absolutamente ajena al debate procesal planteado, dejando al mismo tiempo aquélla sin respuesta”.

3. En el presente caso, la sentencia estimatoria de la acción ejercitada por la entidad gestora, en atención a los antecedentes de hecho, hechos probados y fundamentación jurídica, no puede estimarse que haya causado indefensión a los recurrentes respecto a las razones por las que se estima la demanda, por lo que no se aprecia incongruencia omisiva; ahora bien, en cuanto a la incongruencia extra petitum, la demanda, en su hecho quinto, alega que el periodo de reclamación alcanza desde el 1-2-02 hasta la fecha en que definitivamente pueda ejecutarse la sentencia, pero el suplico de la demanda interesa se condene al reintegro de, “la suma indebidamente percibida en el periodo 1 de febrero de 2002 y 30 de septiembre de 2007 que asciende a cuarenta mil seiscientos ochenta y cinco euros con setenta y cuatro céntimos (40.685,74€)”. Por lo que ciertamente el fallo de la sentencia de instancia incurre en incongruencia extra petita cuando dice “...más la que se haya generado hasta el fallecimiento ocurrido el 17 de junio de 2008”, ya que, visionado el video del acto del juicio, la parte actora, ratificó su demanda y en fase de alegaciones solicitó la condena al reintegro de la cantidad expresada en la demanda, que solo cabe entender referida

a la que consta en el suplico de su demanda, por lo que la indicada frase del fallo de la sentencia deberá entenderse suprimida.

SEGUNDO.- El segundo motivo de ambos recursos se redacta al amparo de la letra c) del art. 193 de la LRJS; denunciando la infracción del art. 518 de la LEC, art. 146 de la LRJS, art. 45 de la Ley General de la Seguridad Social, art. 106 de la Ley de Régimen Jurídico del Procedimiento Administrativo Común, art. 171 y siguientes de la LGSS y Sentencia del Tribunal Constitucional 73/1988, de 21 de abril, en referencia a la doctrina de los actos propios. Sostienen los recurrentes que la sentencia de fecha 15-10-87, relativa a la pensión del Sr. P. no llegó a ejecutarse, por lo que trascurrido el plazo de cinco años, se consolidó el derecho, y en consecuencia a su viuda se le recoció la pensión con la base reguladora consolidada de la pensión de jubilación de su esposo, no siendo posible revisar ahora la pensión del Sr. P., ni la de su viuda en atención a aquella pensión consolidada; asimismo, se alega que la demora injustificada no puede perjudicar a los administrados, que pretender ahora reclamar una elevada suma de dinero resulta contrario a la equidad, a la seguridad jurídica y a la proporcionalidad; igualmente se alega que, nadie puede ir contra sus propios actos, y que la entidad gestora no ejecutó, por negligencia, la sentencia del año 1987; no resultando aplicable la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunitàes Europeas de 3-10-02, pues la Sra. U. ya tenía reconocido el derecho a su pensión de viudedad en febrero-02; y, que, conforme al art. 45.2 de la LGSS, no puede hacerse valer el reintegro de la prestación que supuestamente se ha percibido indebidamente, frente a los herederos de la beneficiaria, pues estos no han contribuido a la percepción, supuestamente indebida.

El presente procedimiento, tal como consta en el hecho probado noveno, se sigue previa demanda presentada por la entidad gestora el 1-10-07 solicitando que se declare que la pensión de viudedad que corresponde percibir a la Sra. Ú. es la de viudedad SOVI, por ser superior a la del Régimen General resultante de una base reguladora de 104'47€, porcentaje del 52% y aplicación prorratea temporis del 52'91%, declarando indebidamente las prestaciones percibidas en exceso en los últimos 4 años y condenando a la demandada a reintegrar al INSS 40.685'74€, indebidamente percibidos en el periodo 1-2-02 al 30-9-07. Ejercitando así la entidad gestora, al amparo del art. 145 de la LRJS, la acción no prescrita, conforme al art. 241.2 LPL (art. 243.2 LRJS) y art. 178 de la LGSS, de revisión de la pensión de viudedad reconocida a la Sra. U., y no la de jubilación del fallecido Sr. P.V., respecto de la cual ya recayó sentencia firme en fecha 15-10-87, quedando confirmada, en aplicación de la prorratea temporis, la base reguladora de la pensión de jubilación en 104,47€, con efectos de cosa juzgada, lo que conlleva, por el efecto positivo de la cosa juzgada (art. 222.4 de la LEC), que proceda la revisión de la pensión de viudedad aplicando una base reguladora de 104,47€, y no discutiéndose que la pensión de viudedad SOVI es de mayor cuantía, procede, con revocación de la pensión de viudedad reconocida, declarar que la pensión SOVI será la que corresponde percibir a la Sra. U.. Sentado lo expuesto, es claro que se ha producido una indebida percepción de la pensión de viudedad, en la cuantía no discutida de 40.685,74€ en el periodo reclamado del 1-2-02 al 30-9-07, de cuyo reintegro responde la beneficiaria Sra. U., fallecida el 17-6-08, estando en trámite el presente procedimiento, por lo que se amplió la demanda frente a la herencia yacente representada por sus hijos J. y R., que no consta hayan renunciado ni aceptado

a beneficio de inventario la herencia, por lo que viniendo obligada la fallecida Sra. U. al reintegro de la pensión indebidamente percibida, conforme a lo dispuesto en el art. 45 de la LGSS, y dado que conforme al art. 659 del Código Civil “la herencia comprende todos los bienes, derechos y obligaciones de una persona, que no se extingan por su muerte”, debe concluirse que dicha obligación de reintegro no se extingue con la muerte del beneficiario, debiendo asumir sus herederos la obligación comprendida en la herencia; sin que estemos ante el supuesto previsto en el art. 45.2 de la LGSS, que establece la responsabilidad subsidiaria con el perceptor de lo indebidamente percibido, de quien haya contribuido a hacer posible la percepción indebida, pues, en el presente caso, se trata de una obligación comprendida en la herencia, que al no extinguirse con la muerte del beneficiario, asume el heredero que acepta la herencia. Procediendo, en atención a lo expuesto, desestimar el motivo del recurso, y estimar en parte los recursos, revocando parcialmente la sentencia, en el sentido de tener por no puesta en el fallo la frase “más la que se haya generado hasta el fallecimiento ocurrido el 17 de junio de 2008”, confirmando en el resto la sentencia.

FALLO

Estimamos en parte los recursos de suplicación interpuestos por J.M.P.U. y R.P.U. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº. 17 de los de Valencia, de fecha 8-enero-2013; y, en consecuencia, revocamos en parte la sentencia en el sentido de de tener por no puesta en el fallo la frase “más la que se haya generado hasta el fallecimiento ocurrido el 17 de junio de 2008”, confirmando en el resto la sentencia.

Sin costas.

Sentencia núm. 2.506, de 21 de noviembre de 2013

Materia: Contingencias. Trabajador afiliado al RGSS. El trabajador causó baja definitiva en la empresa por prejubilación como consecuencia de un expediente de regulación de empleo. Durante su actividad laboral ha estado expuesto a la manipulación de material con contenido de amianto. Encontrándose en situación de jubilación solicitó IT derivada de enfermedad profesional con resultado afecciones de la pleura: enfermedad por asbesto.

Juzgado: Estima la demanda declarando que la parte actora se encuentra en situación de invalidez permanente total para su profesión habitual con origen en enfermedad profesional. Se condena a la mutua a abonar al demandante una pensión vitalicia y mensual en la cuantía del 55% de su base reguladora anual, más los incrementos legales correspondientes, y sin perjuicio de responsabilidad subsidiaria del INSS como Fondo de Garantía de Accidentes de Trabajo.

Sala: Estima el recurso y revoca la sentencia de instancia. La exposición del trabajador al riesgo no existe en la actualidad al no estar dado de alta en la empresa, por lo que no procede la incapacidad permanente. Solo debe concederse la incapacidad cuando concurren los requisitos que la condicionan.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Recurren en suplicación la empresa y la Mutua la sentencia y auto de aclaración que estimado la demanda, han declarado al actor afecto de Incapacidad Permanente Total (IPT) con origen en enfermedad profesional, condenando a la Mutua al pago de la prestación.

El recurso de la empresa, que se impugna por el trabajador demandante, en un único motivo que formula con amparo procesal en el apartado c) del art. 193 de la LGSS solicita que se desestime la demanda al sostener que el actor no se encuentra afecto de IPT derivada de enfermedad profesional, y el recurso de la Mutua que formula también un único motivo, por la misma vía, solicita su absolución por no ser responsable de la prestación a que es condenada en la sentencia.

Razones de método aconsejan abordar en primer lugar el recurso de la empresa, dado que de ser acogido conllevaría que fuera innecesario resolver el de la Mutua.

El motivo que propone a la Sala el recurso de la empresa denuncia la infracción de los arts. 136, 137.2 y 139 de la LGSS. Sostiene en síntesis el recurrente que la dolencia que presenta el actor no tiene actualmente limitaciones funcionales y que la utilización del amianto se prohibió por Orden de 7-12-01 (BOE 14-12-01), por lo que el

demandante no presenta síntomas objetivos para declararle en situación de incapacidad permanente total derivada de enfermedad profesional, con cita de sentencia de esta Sala de 31-3-09, y de otras incluso de otros TSJ, añadiendo que el RD 1299/06 de 10 de noviembre, regula como enfermedad profesional derivada de asbestosis: “Afecciones fibrosantes de la pleura y pericardio que cursan con restricciones respiratorias o cardíacas provocadas por el amianto” y en el presente caso no hay limitación funcional.

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

El Real Decreto 1299/2006, de 10 de noviembre, por el que se aprueba el cuadro de enfermedades profesionales en el sistema de la Seguridad Social y se establecen criterios para su notificación y registro, prevé como enfermedad profesional los trabajos con exposición al polvo de amianto, y los trabajos de aislamiento térmico en construcción naval (4C0105 y 4C0205).

Los hechos probados de la sentencia dan cuenta del supuesto a enjuiciar. El demandante, nacido el día 9-5-44, prestó servicios para U.N.L., S.A, hoy denominada I.M.M., S.A, dedicada a la construcción naval, como Oficial 1º desde el 1-9-58 hasta el 1-1-99, fecha en la que causó baja definitiva, por prejubilación, al resultar afectado por un expediente de regulación de empleo. En dicha fecha la citada mercantil tenía concertada la protección por contingencias profesionales con la mutua M.M.C. El actor durante su prestación de servicios en U.N.L., S.A, dedicada a la construcción naval, ha estado expuesto directa e indirectamente en la realización de sus tareas a la inhalación de fibras de asbestos, debido a la manipulación de material con contenido de amianto. En fecha 11-12-09, encontrándose el demandante en situación de jubilación, reconocida el día 10-5-04, solicitó del INSS prestación de incapacidad permanente derivada de enfermedad profesional. Iniciado por el INSS expediente de incapacidad permanente por dicha contingencia, el día 17-5-10 se emitió el informe medico de síntesis donde se detallan las dolencias descritas en el hecho cuarto, con las limitaciones orgánicas y funcionales: Sin datos sobre afectación funcional respiratoria y conclusiones: Varón de 66 años. Extrabajador de U.N.L. con imágenes radiológicas compatibles con exposición al amianto y sospecha radiológica de posible inicio de enfermedad asbestósica pulmonar, sin más información clínica. Susceptible de declaración de EP si se confirmara el diagnóstico de asbestosis con el código 4C0105. El Dictamen-Propuesta del Equipo de Valoración de Incapacidades –EVI- fue emitido el día 21-5-10, con el contenido que describe la sentencia; y la Entidad Gestora por resolución de fecha 28-5-10 declaró que el actor no se encontraba afecto de invalidez

permanente en grado alguno, derivada de enfermedad profesional, resolución que es la que se impugna en este procedimiento tras haber agotado la reclamación previa. Dice la sentencia que el demandante presenta placas pleurales, fibrosis pleural difusa y fibrosis intersticial difusa en relación con su exposición al amianto. Esta valoración se sustenta en varios estudios radiológicos:

-TACAR pulmonar realizado en el Hospital General Universitario de Valencia con fecha 21/10/09: Se aprecia la existencia de algunos ganglios axilares bilaterales inferiores a 15mm de diámetro con centro graso normal conservado. Moderado engrosamiento pleural parietal de ambos lados con pequeñas áreas de calcificación así como engrosamiento nodular de 10 mm en pleura lateral derecha. Engrosamiento intersticial interlobulillar que podría estar en relación con cambios de enfermedad inicial secundarios a asbestosis. Presencia de bronquiectasias en ambos hemitorax inferiores. Imagen pseudonodular en base derecha con calcificación en su interior de 11 mm. Imágenes nodulares de 4 mm en LM, y de 6 mm en LII de localización subpleural.

-TACAR torácico del 27/12/10 en el Hospital General Universitario de Valencia: Estudio comparativo con exploración previa de mayo de 2010 persistiendo placas pleurales apicales bilaterales, así como enfisema de predominio en campos superiores y bronquiectasias bibasales sin cambios significativos. Persiste imagen pseudonodular en base derecha con calcificaciones e imágenes nodulares milimétricas, alguna de ellas calcificada sin cambios significativos, con un nódulo de nueva aparición en segmento anterior del LSD de 6mm. Con posterioridad a dicho informe se realiza:

-TACAR de 29-6-11 en el Hospital General Universitario de Valencia: Mediastino de tamaño normal, sin evidencia de adenopatías de tamaño significativo. Imágenes ganglionares hiliares derechas calcificadas. No adenopatías axilares. Extensas áreas de enfisema centroacinar de predominio en lóbulos superiores. Placas pleurales calcificadas bilaterales. Nódulo calcificado de 11mm en segmento apical de LID sin cambios. Múltiples granulomas calcificados de predominio en LID. Nódulos de 3mm en segmento anterior de LSD y de 7 mm adyacente a cisura en LID, ya conocidos y sin cambios. No derrame pleural. Tractos fibrosos cicatriciales apicales izquierdos;y.

- Espirometría forzada el 14-7-11, en el Centro de Especialidades El Grao: que objetiva leve obstrucción del flujo aéreo (FEV1/FVC 55 FEV1 2´31 l(88%) FVC 4´20L (124%) MMEF 0´89 (29%)) con un Test broncodilatador negativo.

Las lesiones radiológicas (asbestosis y placas pleurales) que aparecen en las pruebas de imagen realizadas al actor son directamente atribuibles a la exposición al asbesto. Y añade, dado que las enfermedades por asbesto no tienen un tratamiento específico y que en los estudios radiológicos se aprecia una progresión en el tiempo, tiene aconsejado por la Neumóloga D^a M.L.F. del Servicio de Neumología del Hospital Universitario LA FE lo siguiente: 1.-Evitar la exposición laboral y ambiental,2.-Vigilar su evolución y 3.- Prevenir la aparición de nuevas lesiones. Por ello le aconsejan un control evolutivo durante toda su vida y evitar el contacto con otras sustancias irritantes sobre las vías respiratorias utilizadas habitualmente en los astilleros como las

fibras minerales artificiales, como la fibra de vidrio y la lana de roca, otros tóxicos ambientales, polvos o irritantes de las vías respiratorias como son los humos, gases, vapores, pinturas, disolventes.., que pueden hacer progresar las lesiones y agravar su patología respiratoria en el futuro con la posibilidad de la aparición de graves enfermedades, algunas sin tratamiento específico y de funesto pronóstico. El actor está siendo controlado por los servicios públicos de la Conselleria de Sanitat, dentro del programa de prevención de trabajadores expuestos al amianto.

Pues bien, razonábamos en nuestra Sentencia de 29/3/2.011 resolutoria del recurso 1285/2.010, en supuesto similar que:” *Como hemos señalado en la sentencia de esta Sala de fecha 30 de junio de 2010 (rec. 3142/2009) en supuesto parecido: “Es conveniente precisar que en relación a los grados de incapacidad permanente debe valorarse en primer lugar las circunstancias concurrentes en cada caso y la necesidad de individualizar cada situación concreta ante un hipotético reconocimiento de incapacidad permanente (distintas enfermedades, diverso desarrollo de las enfermedades supuestamente similares, edad del presunto incapaz, profesión habitual de cada uno con sus distintos matices) lo que hace que difícilmente pueden darse supuestos con identidad sustancial de ahí que el traslado de soluciones judiciales tomadas en resoluciones precedentes resulte sumamente complicado. En segundo lugar ha de valorarse las limitaciones funcionales, más que la índole y naturaleza de los padecimientos que las originan, pues son las limitaciones y no las lesiones en si mismas las que van a impedir a una persona desarrollar un concreto trabajo o todos ellos, pues unas limitaciones pueden resultar determinantes de la imposibilidad de realizar una tarea, e implicar una incapacidad, y ser intrascendentes para otra profesión, a pesar de derivar de las mismas lesiones. Indicábamos ello por cuanto que el hecho de haberse dictado por ésta misma Sala pronunciamientos con signos divergentes no implicaba arbitrariedad sino mera sujeción a los condicionamientos fácticos de cada supuesto.”*

Sentado cuanto antecede consideramos,, que el diagnóstico de la enfermedad en sus estadios más leves no tiene porque ocasionar la invalidez permanente para lo que resulta precisa la limitación funcional que impida la realización del trabajo, lo que trasladado al supuesto enjuiciado conduce a la desestimación del recurso, ya que aunque el actor padezca enfermedad profesional, lo que resulta de la afección pleural diagnosticada y deriva de la exposición directa o indirecta a la inhalación de fibras de asbestos por la manipulación de material con contenido de amianto, durante la relación laboral que mantuvo con la empresa, no se observa limitación funcional que le pudiera inhabilitar para la realización de las tareas propias de la profesión habitual de carpintero. Así lo venimos manteniendo, con alguna excepción, en las sentencias de esta Sala que han decidido supuestos parecidos a partir de la sentencia de 31-3-2009, que no contradice la doctrina sentada en la STS de 11 de junio de 2001, de aplicación a otros supuestos.

La enfermedad profesional, que de diagnosticarse exige la adopción de medidas preventivas que separen al enfermo del puesto de trabajo con riesgo, por si sola no permite acceder a una incapacidad permanente que se caracteriza por la presencia de reducciones anatómicas o funcionales graves, susceptibles de determinación objetiva y

previsiblemente definitivas, que disminuyan o anulen la capacidad laboral (art. 136 de la LGSS), de modo que la incompatibilidad con el ambiente de trabajo, en un concreto puesto, por sensibilidad a sustancias o agentes operantes en el mismo, no permite conceder la prestación porque la profesión habitual (en este caso la de carpintero), puede desarrollarse en otros ambientes o con la adopción de medidas de seguridad que neutralicen el riesgo. Para acceder a la prestación es necesario acreditar la limitación funcional que impide realizar las tareas fundamentales que conforman la profesión (art. 137.4 de la Ley General de la Seguridad Social). La STS de 11 de junio de 2001, contempla el supuesto de trabajadores en activo en una concreta empresa y puestos de trabajo. En el supuesto que allí se enjuicia no hay otro puesto en la empresa, ni está lo acredita, que permita desarrollar la actividad lejos del ambiente pulvígeno, por lo que no es posible aplicar la Orden de 9 de mayo de 1962 y en concreto su art. 48 que permite dar de baja en la empresa al trabajador percibiendo una compensación económica de doce meses, y el alto Tribunal concede la IPT, ante la inexistencia de ese puesto de trabajo sin riesgo, lo que resulta lógico, la enfermedad ya ha aparecido y la exposición al amianto la va a agravar; pero en el supuesto aquí enjuiciado se trata de trabajadores jubilados cuya exposición al riesgo es hipotética y solo para el desarrollo de su profesión en aquellas empresas cuyos puestos están sometidos a riesgo, de modo que debe concederse la Incapacidad solo cuando se reúnen los requisitos que la condicionan, como ocurre con otras enfermedades profesionales, por ejemplo la silicosis, que en el grado I sin enfermedades intercurrentes no permite acceder a la IPT.

La necesidad de considerar el supuesto concreto, ha llevado a esta Sala a decidir de forma distinta según el trabajador esté integrado en empresa con todos los puestos expuestos a ambientes perjudiciales para el desarrollo de la enfermedad o se trate de trabajador que haya extinguido su contrato en aquellas empresas y pueda acceder a otras en las que desarrollar su profesión sin aquel riesgo; esto es lo que ocurre en la Sentencia de esta Sala de fecha 16 de septiembre de 2010 que sigue la nº 3400/2010 de 13 de diciembre. Sin embargo en el caso que aquí se examina la exposición al riesgo ha desaparecido y hay que valorar la incapacidad funcional que define la incapacidad permanente en relación con la profesión de carpintero del demandante, y como por ahora la enfermedad no tiene clínica suficiente para impedir la realización de las tareas propias de esa profesión se está en el caso de desestimar el recurso.”.

Siendo que el demandante solo presenta como limitaciones una leve obstrucción del flujo aéreo y tratándose de trabajador que ya no presta servicios en empresa que padece primeros estadios de enfermedad pleural causados por exposición al amianto, elementales razones de seguridad jurídica y de igualdad en la aplicación de la ley, nos han de llevar a resolver aplicando idéntico criterio, procediendo, en consecuencia, estimar el recurso de la empresa y revocar la sentencia para desestimar la demanda, ya que como se anticipaba ante la desestimación de la demanda no es posible entrar a decidir si la prestación debe ser abonada por el INSS o por la Mutua, no sin dejar dicho que el recurso de la Mutua debía prosperar a tenor de la doctrina sentada por el TS en la sentencia de 10 de julio de 2013 (rec2868/2012) y las que en ella se relacionan, que responsabiliza al INSS del pago de la prestación.

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

FALLO

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de don R.T.T., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 9 de los de Valencia, de fecha 10 de febrero de 2012; y, en consecuencia, confirmamos la resolución recurrida.

Sin costas.

1821

Sentencia núm. 2.545, de 25 de noviembre de 2013

Materia: Prestación por desempleo. Cobro indebido de prestaciones al estar dado de alta en otra empresa. Incompatibilidad. Regularización de la situación.

Juzgado: Estima íntegramente la demanda del actor dejando sin efecto la resolución del organismo demandado, condenando a éste a estar y pasar por la anterior declaración.

Sala: Estima parcialmente el recurso y revoca la sentencia de instancia. La Sala revoca las resoluciones impugnadas y declara que la prestación por desempleo reconocida y posterior subsidio, deberá ser regularizada teniendo en cuenta la incompatibilidad de la prestación con el reconocimiento al abono de salarios de tramitación durante determinado periodo, periodo al que se limita la obligación de devolución de cobro indebido.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se interpone recurso de suplicación por la representación del demandado Servicio Público de Empleo Estatal, frente a la sentencia que estimando la demanda dejó sin efecto la resolución de 29-3-2010, mediante la que se anulaban las resoluciones de 27-1-09 y 13-5-09 y se revocaban las prestaciones por desempleo declarando que lo cobrado del 27-11-08 al 26-9-09 era indebido.

El recurso se articula en tres motivos, los dos primeros redactado al amparo del art. 193-b) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, proponiendo la siguiente redacción “Hecho segundo.-Con motivo de revisión de prestaciones se detecta que, según el informe emitido por la Tesorería General de la Seguridad Social, figura de alta en la empresa Teléfonos Universales de Pago desde el 27-11-08 a 28-1-2009, siendo incompatible esta situación con la prestación por desempleo. Asimismo, dicha situación impide que se encuentre en situación legal de desempleo en la fecha de inicio del derecho a la prestación”, en base a “la prueba documental”.

La revisión es innecesaria, pues ya consta en el relato fáctico el detalle cronológico de las distintas resoluciones.

SEGUNDO.- 1. En el tercer motivo, redactado al amparo del art. 193-c) de la LRJS, se denuncia la infracción de lo dispuesto en el “art. 209.5.a) en la redacción vigente antes de la reforma operada por la disposición adicional quinta de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, que es la que estaba vigente en la cuestión que se enjuicia”. Sostiene el recurrente que el actor no solicitó la regularización de la prestación, que no consta que haya dejado de percibir los salarios de tramitación, lo que, en su caso, sería consecuencia de la inacción del actor, que debe instar la ejecución de la sentencia de despido y, en su

caso, el abono del FOGASA, que el SPEE no puede adelantar la prestación y luego dirigirse contra la empresa y, en su caso, contra el FOGASA.

2. El Tribunal Supremo en Sentencia de 1-2-11, rec. 4120/09, señala que “...la prestación por desempleo tiene su origen en la situación protegida, como antes se dijo, que es el despido (art. 208.1 c) y 209.4 LGSS) de la que no se derivan dos prestaciones diferentes sino una sola, en la que incide después un hecho -la percepción de los salarios de tramitación- que exige su regularización. Por ello, aunque es cierto que incumbe al trabajador la obligación de poner en conocimiento de la Entidad gestora la existencia del instrumento legal, del título en virtud de cual se declara el derecho al cobro de los salarios de tramitación, la consecuencia legal que haya de desprenderse de tal incumplimiento no debe extenderse a la devolución de prestaciones correspondientes al periodo en el que realmente no existía la incompatibilidad porque, por un lado, ciertamente en tal periodo, a diferencia del anterior incompatible, no se produjo una percepción indebida de la prestación, sino el incumplimiento de la referida obligación legal de comunicar esa situación; y por otro, cumplida la finalidad de la norma de impedir la compatibilidad de las dos percepciones, parece desajustada con la propia regulación legal la devolución íntegra de la totalidad de la prestación, cuando, como se ha dicho, durante el percibo de la prestación en la que no incide esa incompatibilidad existía realmente la inicial situación de desempleo protegida de la que derivó aquella única prestación”.

3. En el presente supuesto, del relato fáctico se desprende que el reconocimiento de la prestación de desempleo derivó del cese en la empresa I.H.M. el 26-11-08, y tal reconocimiento se solapó en el tiempo con la opción por la indemnización en enero-09 efectuada por T.U.P., tras la sentencia de despido; de manera que ciertamente en el periodo recocado de prestación, y percibido, del 27-11-08 al 26-3-09, el actor ha obtenido reconocimiento al percibo de salarios de tramitación de la empresa T.U. del 27-11-08 al 14-1-09, lo que resulta incompatible, por lo que su situación debe ser regularizada, sin que a ello obste el hecho de que no conste en el relato fáctico que el actor haya percibido salarios de tramitación, pues lo cierto es que tampoco consta acreditado que haya tenido que instar ante el Juzgado la ejecución de los mismos ante un hipotético no abono de los mismos, ni que por tanto, se haya declarado la insolvencia de la empresa, -circunstancias que el actor pudo acreditar-, lo que lleva a la estimación en parte del recurso, pues siendo incompatible el percibo de la prestación en periodo coincidente con el de abono de salarios de tramitación, procede la regularización de la prestación reconocida, sin que la falta de solicitud de la misma por el actor conlleve la devolución de la prestación en el periodo no coincidente con la indicada incompatibilidad, por lo que debe limitarse la obligación del trabajador beneficiario a la devolución de las cantidades indebidamente percibidas en la parte que simultaneó con salarios de tramitación (STS 2-7-13, rec. 2391/13).

FALLO

Estimamos en parte el recurso de suplicación interpuesto en nombre de SERVICIO PÚBLICO DE EMPLEO ESTATAL, contra la sentencia dictada por el Juzgado de

lo Social nº.3 de los de Alicante, de fecha 5-diciembre-2012, en virtud de demanda presentada a instancia de E.J.G.B.; y, en consecuencia, revocamos la sentencia recurrida y con estimación parcial de la demanda, revocamos las resoluciones impugnadas y declaramos que la prestación de desempleo reconocida, y posterior subsidio, deberá ser regularizada teniendo en cuenta la incompatibilidad de la prestación con el reconocimiento al abono de salarios de tramitación del 27-11-2008 al 14-1-2009, periodo al que se limita la obligación de devolución de cobro indebido, condenado al demandado a estar y pasar por esta declaración y a efectuar la regularización indicada.

Sentencia núm. 2.609, de 29 de noviembre de 2013

Materia: Reconocimiento de derecho y cantidad. Trabajadora que presta servicios en una gran superficie del sector de la alimentación hasta el momento que causa baja por incapacidad permanente total. Queda establecido en el convenio colectivo la obligación por parte de la empresa de suscribir un seguro de vida e incapacidad permanente absoluta, así como de gran invalidez. La actora solicita la indemnización en base a ese seguro si bien no se le otorga porque no estaba en activo en la empresa.

Juzgado: Estima la demanda condenando a las mercantiles demandadas a abonar a la actora determinada cantidad más los intereses legales que se devenguen.

Sala: Estima el recurso del centro comercial y desestima el recurso de la compañía aseguradora, obligando a ésta a satisfacer la cantidad en concepto de indemnización.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. Contra la sentencia de instancia se interponen dos recursos de suplicación. El primero lo formula la empleadora que propone como motivos del recurso la nulidad de la sentencia y la revisión del derecho aplicado (artículos 193 a y c de de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social, LRJS) El segundo recurso lo interpone la compañía aseguradora invocando como único motivo la revisión del derecho aplicado por la sentencia (artículo 193.c de la LRJS).

Como primer motivo del recurso y al amparo de lo dispuesto en el apartado a) del artículo 193 la empresa recurrente denuncia la infracción por la resolución recurrida de lo dispuesto en el artículo 97 de la LRJS y 218 de la LEC. Sostiene que la sentencia de instancia adolece de incongruencia “extra Petita” al extender la condena a los intereses legales y por lo tanto más allá de las pretensiones constituidas en el escrito de demanda y en la petición de la parte actora.

2. La petición debe ser desestimada, pues la sentencia de instancia resuelve sobre la petición de parte, sin que la extensión de la condena pecuniaria al pago de intereses legales cause indefensión alguna a la recurrente siendo sus alegaciones relativas a la inaplicabilidad de lo dispuesto en los artículos 1.100,1.001 y 1.108 del C.C. una censura jurídica frente a la fundamentación de la sentencia y que por lo tanto puede ser planteada a través del recurso de suplicación (artículo 193.c) sin que vicie de nulidad la resolución recurrida.

SEGUNDO.- 1 En el segundo motivo (apartados segundo y tercero) del recurso de la empresa y en el único motivo del recurso planteado por la compañía aseguradora se impugna el derecho aplicado en la sentencia.

Por una parte, la empleadora denuncia la infracción de lo dispuesto en los artículos 17.1LRJS en relación al artículo 217.2 de la LEC y 24.1 de la CE alegando que de acuerdo con lo previsto en el artículo 46 del Convenio ha cumplido con su obligación de suscribir el seguro de cobertura quedando liberada de cualquier reclamación por el impago del mismo. Efectivamente el citado precepto establece que “Las empresas, siempre y cuando no dispongan de otro más beneficioso, vendrán obligadas en el curso de tres meses, a contar desde la fecha de publicación de este Convenio, a concertar un Seguro de vida e Incapacidad permanente absoluta para todo trabajo y Gran invalidez, para los trabajadores afectados por el presente Convenio, por un importe de 24.000 euros. Según modalidad usual de mercado.

Las empresas entregarán a los trabajadores un certificado de acreditación con las cantidades garantizadas en la póliza colectiva y una copia de la misma a la representación de los trabajadores correspondiente al ámbito en que se suscribe dicha póliza.

2. De los hechos probados resulta que la empresa demandada dio cumplimiento a la obligación convencional, sin que se le pueda dar a esta un alcance mayor que el de la cláusula pactada, que impone la obligación de concertar un seguro en los términos que expresamente se recogen en la misma, y sin que de lo actuado se desprenda que la falta de pago por parte de la aseguradora se funda en la actuación indebida de la tomadora, pues la situación que generó la negativa al pago es una situación sobrevenida cuyo alcance jurídico escapa a las decisiones de esta.

Entendemos que concurre falta de legitimación pasiva de la recurrente y procedemos a estimar su recurso eximiéndola de cualquier responsabilidad frente a las cuantías reclamadas, sin que sea necesario resolver el resto de cuestiones planteadas por la misma.

TERCERO.- 1. Por último entramos a conocer de la censura jurídica planteada en su recurso por la compañía aseguradora, que denuncia la infracción de lo dispuesto en los artículos 48.2 y 49.1 del ET, así como de la doctrina jurisprudencial en torno a la falta de legitimación de la compañía frente a la reclamación de la actora.

Sostiene la recurrente que conforme al artículo 3 de la póliza de seguros suscrita por la entidad para la cobertura del seguro de vida expresamente previsto en el artículo 46 del convenio colectivo de grandes almacenes, la actora no se encontraba dentro del grupo de personas aseguradas, al haberse extinguido su contrato en virtud de lo dispuesto en el artículo 49.1 e) del ET por la declaración de Incapacidad permanente total, no siendo ésta una de las causas de extinción que dan lugar a la indemnización reclamada, que está prevista para fallecimiento, incapacidad absoluta y gran invalidez.

La sentencia de instancia estima la demanda por entender que la declaración de incapacidad permanente total con posible mejoría, es causa suspensiva del contrato y por lo tanto cuando en proceso de revisión se acordó reconocer a la trabajadora el

grado de absoluta que da lugar a la indemnización el contrato no se había extinguido y era posible retrotraer los efectos de dicha declaración.

2. En primer lugar debemos recordar tal como hace la sentencia de instancia que la Incapacidad total con previsión de mejoría prevista expresamente como causa de suspensión en el artículo 48.2 del ET, es una figura diferente a la incapacidad total ordinaria, y a estos efectos no solo no produce la extinción del vínculo contractual sino que abre un paréntesis en la relación laboral que se extiende a los dos años posteriores de dicha declaración, dentro de los cuales el trabajador se encuentra pendiente de calificación definitiva de su grado de invalidez y tiene derecho a cualquier efecto económico ligado a la misma. Finalizado el periodo de suspensión sin que se haya producido una incorporación efectiva se produce la extinción del vínculo contractual, si dicha extinción se produce por confirmación de la incapacidad total, ésta consolida los efectos económicos reconocidos legal o convencionalmente al grado de incapacidad total.

En el presente caso, transcurrido el plazo legal la entidad gestora revisó la situación incapacitante y confirmó el grado inicialmente reconocido, la actora consideró que su estado había empeorado y recurrió dicha resolución. La sentencia de instancia que reconoció la incapacidad absoluta de la trabajadora lo hizo con efectos de 1/08/2009 por lo tanto dentro del periodo de suspensión del contrato y es la causa de extinción del mismo.

La cuestión por lo tanto es la de determinar si durante el periodo de suspensión la trabajadora mantiene su condición de asegurada a efectos del seguro de vida pactado en el convenio colectivo.

Entendemos tal y como sostiene la sentencia que la suspensión del contrato de trabajo supone la cesación de las prestaciones principales de ambas partes pero la supervivencia de otros derechos y obligaciones ligados a la pervivencia del vínculo contractual, y que existe por lo tanto una diferencia sustancial con las situaciones de extinción, siendo irrelevante a los efectos señalados el hecho de que se haya cursado la baja del trabajador en la seguridad social.

Por otro lado, el clausulado del contrato de seguro suscrito por la empresa no puede desligarse del precepto convencional que trata de materializar, y que establece el compromiso por parte de la empleadora de la contratación de un seguro para la mejora de aquellos trabajadores que extingan su contrato por fallecimiento, incapacidad absoluta o gran invalidez (artículo 46 del Convenio). En estos términos el concepto “empleados al servicio activo, fijos e indefinidos” no puede interpretarse de una forma restrictiva, apoyada en la efectiva prestación de trabajo, puesto que de excluirse como pretende la compañía aseguradora los supuestos de suspensión con reserva de puesto de trabajo, quedarían fuera entre otros los trabajadores en situación de incapacidad temporal o en situación de bajas por maternidad o paternidad. Quizás en estos últimos ejemplos resulta más clara la permanencia del vínculo y la condición de asegurables. Debemos entender que el colectivo asegurable incluye a todos aquellos trabajadores con contrato fijo e indefinido que permanecen vinculados a la

empresa y a su puesto de trabajo, con independencia de que en el momento del hecho causante se encuentren prestando servicios efectivos o en situación legal de suspensión temporal.

Partiendo de la doctrina expuesta procede confirmar la sentencia de instancia pues el supuesto que nos ocupa es un supuesto similar, a los anteriores y reconducible al ámbito de aplicación del seguro en la medida que el trabajador puede terminar incorporándose a su puesto de trabajo; y es, por lo tanto, un trabajador vinculado a la empresa hasta el momento en el que se hace definitiva su incapacidad permanente y se extingue el vínculo momento en el que debe valorarse si concurre el hecho causante asegurado, que en este caso es la declaración de IPA.

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

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

FALLO

ESTIMAMOS el recurso planteado por CENTRO COMERCIAL C.SA y desestimamos el recurso de G.E. SA SEGUROS Y REASEGUROS interpuestos ambos contra la sentencia dictada por el Juzgado número 5 de los de Valencia y en consecuencia revocamos parcialmente la citada sentencia y ABSOLVEMOS CENTRO COMERCIAL C. SA de los pedimentos efectuados en su contra y confirmamos la sentencia en el resto de pronunciamientos efectuados.

Se acuerda la pérdida de las consignaciones, efectuadas por la compañía aseguradora 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 cuyo recurso ha sido desestimado a que abone al Letrado impugnante la cantidad de 600 euros.

1823

Sentencia núm. 2.698, de 10 de diciembre de 2013

Materia: Despido. Trabajadora que presta sus servicios en cadena de alimentación, como cajera/reponedora. La actora causa baja por incapacidad temporal derivada de accidente de trabajo. Se reconoce a la actora un grado de minusvalía. Tras la incapacidad temporal se inicia expediente de incapacidad permanente que es desestimado. La actora se reincorpora a puesto de trabajo. Pasado un tiempo, la empresa le notifica una extinción objetiva de la relación laboral en virtud del art. 52 a) del ET. La demandante alega la improcedencia del despido.

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

Sala: Estima el recurso y declara procedente el despido de la trabajadora. Las patologías que padece la actora impiden el desempeño de su trabajo ordinario, sin que esté acreditada la capacidad de ésta para cubrir otros puestos de similar categoría.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En un solo motivo que se introduce por el cauce del apartado c del art. 193 de la Ley de la Jurisdicción Social (LJS) se fundamenta el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de la empresa demandada contra la sentencia del juzgado que declara improcedente el despido objetivo por ineptitud sobrevenida de la demandante, habiendo sido impugnado el recurso de contrario, como se indicó en los antecedentes de hecho.

En el único motivo se imputa a la resolución recurrida la infracción del art. 52 a) de la Ley del Estatuto de los Trabajadores y se aduce que no es cierto que la empresa demandada no haya tratado de acomodar el puesto de trabajo a las limitaciones que padece la actora, sino que ha velado por la salud de la trabajadora, adaptando su puesto a sus limitaciones o cambiándole de puesto cuando ha sido posible, pero al margen de ello, destaca que son constantes y reiteradas las sentencias que establecen que la ineptitud sobrevenida del trabajador debe valorarse en relación a su “trabajo ordinario”, citando al efecto diversas sentencias de esta Sala de lo Social y de Salas de lo Social de otros Tribunales Superiores de Justicia, según las cuales no le es exigible a la empresa la reubicación obligatoria de la trabajadora en otro puesto de trabajo. Para finalizar, indica que siendo el puesto de trabajo de la demandante el de cajera/reponedora y habiendo resultado NO APTA para el desempeño de esas funciones, la decisión de proceder a su despido objetivo por ineptitud sobrevenida abonando la indemnización correspondiente es una decisión que se ajusta a derecho, lo que debió llevar a la desestimación de la demanda.

La censura jurídica expuesta ha de merecer favorable acogida ya que conforme se desprende de una reiterada doctrina de esta Sala de la que se hacen eco las sentencias de 17-11-2000 , 19-10-2004 , 17-12-2004 o 19 de mayo de 2005, así como la más reciente de 15 de Mayo del 2013 (ROJ: STSJ CV 2659/2013), Recurso: 738/2013 para la interpretación del art. 52 a) del ET hay que partir de que "el concepto de ineptitud se refiere, a una inhabilidad o carencia de facultades profesionales que tiene su origen en la persona del trabajador, bien por falta de preparación o de actualización de sus conocimientos, bien por deterioro o pérdida de sus recursos de trabajo, percepción, destreza, falta de capacidad de concentración, rapidez, etc..." (STS 2 mayo 1990). Se trata, por tanto, de un concepto diferente al de invalidez permanente, situación esta que por sí misma permite la extinción contractual ex art. 49.1 e) (STSJ de Cataluña 31-10-1997). De manera que puede declararse la resolución del contrato por aquélla causa cuando el trabajador no alcanza ningún grado de incapacidad permanente y, sin embargo, resulta incapaz para realizar su trabajo ordinario, siempre que la enfermedad o dolencia sea posterior a la fecha de inicio de la relación laboral. Pero para ello es necesario que esa incapacidad esté debidamente acreditada, de manera que resulte indubitado que el trabajador no puede realizar su trabajo habitual a pesar de habersele denegado la incapacidad permanente.

En el caso que ahora nos ocupa interesa destacar del inalterado relato de hechos probados de la sentencia de instancia que la viene prestando servicios para M., S.A. desde el año 1988, con la categoría profesional de Gerente A, realizando funciones de reponedora hasta el año 1998 en que causa baja e inicia situación de incapacidad temporal derivada de accidente de trabajo, presentando como limitaciones orgánicas y funcionales algias lumbares que desaconsejan la realización de esfuerzos preferentemente intensos que sobrecarguen la columna lumbar. En fecha 25-3-2002 el servicio médico de la demandada recomendó la adaptación de su puesto de trabajo, no debiendo realizar una jornada superior a 8 horas diarias ni más de 40 horas semanales, ni más de cuatro horas seguidas en cajas ni en jornada continuada. Desde 2002 hasta 2005 la actora estuvo prestando servicios en caja, sección de perfumería y atención de clientes. A partir de 2005 prestó servicios como animadora, desapareciendo dicha función en 2009, por lo que volvió a desempeñar tareas de reponedora/cajera. El 29-6-2006 se reconoció a la actora un grado de minusvalía de 34% categoría física y el 18 de julio de 2008 se le reconoció un grado de minusvalía del 42% categoría física. El 23-3-2010 la actora causa baja por lumbago, pasando a situación de incapacidad temporal por accidente de trabajo, agotado el período de 12 meses de baja se inicia expediente de incapacidad permanente en el que recae Resolución de fecha 17-1-2012 por la que se declara extinguida la incapacidad temporal y se declara que la actora no está afectada de incapacidad permanente en grado alguno. Después del reconocimiento médico de retorno tras la baja médica y conforme a la información facilitada por los servicios médicos de vigilancia de la salud, M. S.A. emite certificado individual de aptitud considerando a la trabajadora NO APTA para el puesto de cajas reposición. En fecha 11-4-12 la empresa demandada despidió a la actora por ineptitud sobrevenida para todas las funciones de su Grupo Profesional de Gerente A. La actora presenta discopatía degenerativa L4-L5 y L5-S1, v espondilitis a estudio, sacroileitis, coxartrosis derecha y ansiedad que producen como limitaciones orgánicas y funcionales lumbociatalgia izquierda en fase aguda, coxartrosis derecha,

escoliosis lumbar que limitan para tareas de manejo de cargas, esfuerzos de flexoextensión de tronco en carga y bipedestación y deambulación prolongadas. El grupo profesional Gerente A con permanencia de 3 años comprende los siguientes puestos: cajas, reposición, venta, gerente de parking, repartidor, gerente único de mantenimiento, limpiador, gerente de recepción/expedición, preparador, auxiliar administrativo, ubicador. De los datos que se acaban de exponer se evidencia que la actora no puede desempeñar las funciones de cajera/reponedora que es la que viene desarrollando desde el inicio de su prestación de servicios para la demandada, si bien a partir del año 2002 y atendiendo a las indicaciones del servicio médico de empresa estuvo prestando servicios en caja, sección de perfumería y atención de clientes precisamente para intentar adaptar su puesto de trabajo a las limitaciones orgánicas y funcionales derivadas de sus dolencias, siguiendo las indicaciones del servicio médico de empresa y posteriormente en el año 2005 pasó a prestar servicios como animadora hasta que en el 2009 se suprimió dicho puesto de trabajo, pasando de nuevo a desempeñar funciones de cajera/reponedora para las que según el servicio médico de empresa ya no es apta en la actualidad. Resulta evidente que en el transcurso del tiempo ha habido un empeoramiento del estado de salud de la demandante lo que se pone de relieve tanto por la revisión del grado de discapacidad reconocido a la actora por la Administración autonómica como por los informes del servicio médico de empresa que en el año 2002 consideraba apta a la demandante para su puesto de trabajo si bien recomendaba una adaptación del mismo en los términos ya expuestos, mientras que en el año 2012 considera a la demandante no apta para el puesto de cajas-reposición, que es el trabajo ordinario de la demandante, sin que sea exigible a la empresa la reubicación de la actora en un puesto de trabajo distinto dentro su grupo profesional o de otro grupo, como aduce la defensa de la demandante al impugnar el recurso, ya que no existe norma alguna que establezca dicha obligación, pero es que además no solo es harto discutible que la actora tenga aptitudes para ocupar puestos de trabajo distintos al suyo, dentro de su mismo grupo profesional, pues dicho grupo comprende puestos de trabajo muy diversos con requerimientos profesionales distintos, sin que esté acreditada la capacitación de la actora para su desempeño, sino que tampoco consta que exista vacante de dichos puestos en el centro de trabajo en que presta servicios la actora o en otros centros de trabajo próximos a aquél.

Por último se ha de señalar que si bien es cierto que el empresario está obligado a observar las normas sobre adecuación personal a cada trabajo, habida cuenta de sus características y de la edad, sexo y demás condiciones del trabajador (art. 123.1 de la Ley General de la Seguridad Social), dicha obligación se ha de enmarcar dentro de las condiciones normales de la prestación de servicios y en el presente caso las patologías que presenta la actora alteran esa normalidad, impidiéndole el desempeño de su trabajo ordinario, por lo que el despido objetivo de la misma se encuentra amparado en el apartado a del art. 52 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, tal y como aduce la representación letrada de la parte demandada, lo que conduce a revocar la sentencia de instancia y desestimar la demanda, declarando procedente el despido de la demandante por ineptitud sobrevenida de la misma, con la absolució de la empresa demandada.

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

FALLO

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de la empresa M., S.A. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social n.º Dos de los de Alicante y su provincia, de fecha 12 de noviembre de 2012, en virtud de demanda presentada a instancia de D.ª I.C.R.; y, en consecuencia, revocamos la sentencia recurrida y con desestimación de la demanda, declaramos procedente el despido objetivo de la actora, convalidando la extinción del contrato de trabajo que con aquel se produjo y absolvemos a la recurrente de las pretensiones deducidas contra ella.

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

Sentencia núm. 2.749, de 12 de diciembre de 2013

Materia: Extinción de contrato de trabajo. Trabajadora al servicio de empresa dedicada al sector de la hostelería, con la categoría de encargada de boutiques. Tras permanecer en situación de incapacidad temporal, una vez procede a la reincorporación se le comunica un descenso del 10% en sus retribuciones brutas y la reubicación en puesto de trabajo distinto al que desempeñó con anterioridad. Modificación sustancial de las condiciones del trabajo. Extinción de la relación laboral en virtud del artículo 50 del ET. Procedencia.

Juzgado: Estima la demanda y declara la extinción del contrato de trabajo que unía a las partes, condenando a la parte demandada al abono de determinada indemnización.

Sala: Desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia. La acción ejercitada se debate entre el empleador y la trabajadora, sufriendo ésta un grave perjuicio en su nueva situación laboral, por lo que procede la extinción de su contrato de trabajo, en virtud del art. 50.1 a) del ET al no respetarse lo previsto en el artículo 41 del ET.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Frente a la sentencia de instancia que estimando la pretensión actora declaró la extinción del contrato de trabajo que unía a las partes condenando a la parte demandada al abono de la indemnización que indica, interpone recurso de suplicación la empresa demandada, siendo impugnado el recurso por la parte actora y en el primer motivo del recurso se postula con amparo procesal en el artículo 193, b) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, la modificación de los hechos declarados probados y en concreto del ordinal quinto para que se establezca en el hecho en cuestión en lugar de que la trabajadora fue colocada en puesto de trabajo distinto al que desempeño con anterioridad a la baja, concretamente, como vendedora en la gasolinera del complejo, que fue colocada como dependienta-encargada de sección de la gasolinera del complejo, pero la modificación fáctica no puede alcanzar éxito por cuanto se ampara en copia de la Diligencia del Libro de visitas de la empresa demandada en la que con ocasión de la visita del Inspector de Trabajo y Seguridad Social se indica lo que se pretende introducir, pero el mencionado escrito carece de valor de documento ya que se trata de una propia declaración testifical documentada en la que el Inspector de Trabajo se limita a dejar sentada su visita, y es conocido que la prueba testifical carece de eficacia revisoria, tampoco se trata de un informe ni de un acta de la Inspección de Trabajo por lo que carece de eficacia revisoria.

SEGUNDO.- Respecto del derecho, denuncia el recurso, con amparo procesal en el apartado c) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, que en la sentencia impugnada se ha producido infracción de lo dispuesto en el artículo 59.4 del

Estatuto de los Trabajadores, en relación con el apartado 1.a) del artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores, alegando, en síntesis, que el plazo para el ejercicio de la acción en este supuesto no es el del año que indica la sentencia de instancia, sino el de los veinte días hábiles contados desde la comunicación de la empresa, que tuvo lugar el día 31 de julio de 2012, fecha de la reincorporación de la trabajadora, por lo que a la fecha de presentación de la demanda de conciliación que tuvo lugar el día 19 de septiembre de 2012 habían transcurrido en exceso los veinte días hábiles para plantear la acción.

En el presente supuesto la acción que se ejercita es la recogida en el artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores, extinción por voluntad del trabajador, acción que esta sometida al plazo general de prescripción de un año del artículo 59.1 del Estatuto de los Trabajadores, no siendo de aplicación al presente supuesto el plazo de caducidad de 20 días que alega la parte recurrente, que es aplicable cuando la acción ejercitada sea la del artículo 138 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

TERCERO.- Con adecuado amparo procesal se alega indebida aplicación del apartado 1 a) del artículo 50 del estatuto de los Trabajadores en vigor actualmente y al tiempo en que ocurrieron los hechos a que se refiere la demanda, determinante de la incongruencia omisiva padecida por el fallo dictado, por ausencia de razonamiento acerca del seguimiento o no del procedimiento establecido en el artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores, ya que la reforma legal operada por Decreto-Ley 3/2012 confirmada por Ley 3/2012 exige además de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo que redunden en menoscabo de la dignidad del trabajador, que se trate de modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo llevadas a cabo sin respetar lo previsto en el artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores.

La incongruencia no puede deducirse de la fundamentación de la sentencia, sino de su parte dispositiva, la congruencia ha de darse entre el suplico de la demanda y el fallo, no contra éste y los argumentos utilizados por las partes en sus defensas respectivas, y en este sentido el fallo de la sentencia impugnada es congruente con la petición efectuada en el suplico de la demanda. Sin que el órgano judicial al resolver este obligado al motivar su sentencia a ajustarse de modo estricto a las alegaciones de carácter jurídico efectuadas por las partes.

En el presente supuesto no se ha dejado sin respuesta las cuestiones planteadas por las partes, y el silencio que sostiene la parte recurrente que se ha producido respecto del requisito de que la modificación sustancial de la condición de trabajo se ha llevado a cabo sin respetar lo previsto en el artículo 41 del E.T., ni ha generado indefensión a la parte recurrente porque no ha evitado el debate contradictorio ni ha supuesto un fallo extraño a las respectivas pretensiones, sin olvidar que cabe interpretar razonablemente que el silencio judicial sobre tal cuestión puede ser interpretado como una desestimación tácita de tal alegación, pudiéndose inducir del conjunto de los razonamientos y extremos contenidos en la sentencia de que tal requisito se cumple en el presente supuesto. Así, en el hecho probado cuarto, se establece que el día 31 de julio de 2012, fecha de reincorporación de la trabajadora, le fue comunicado un escrito de la empresa relativo a la disminución de sus

retribuciones brutas sobre las que venía percibiendo hasta ahora, pero nada más se incluye en tal comunicación, ni se hace mención a la colocación en un puesto nuevo de trabajo. Es en el hecho probado quinto donde sin hacer mención a comunicación escrita alguna al trabajador se deja establecido que fue colocada en puesto de trabajo distinto al que desempeñó con anterioridad a la baja y se concreta el puesto y sus funciones, de lo que el Juzgador “a quo” y las partes, pueden extraer fácilmente la conclusión, no desvirtuada en el resto de la sentencia, de que así como la rebaja del salario a la trabajadora le fue comunicado por escrito, aunque no consta que ello se efectuara con una antelación mínima de quince días a la fecha de su efectividad, la modificación operada respecto del puesto de trabajo no consta que le fuera comunicada a la trabajadora por escrito ni en plazo alguno, simplemente se acredita la situación de hecho impuesta por la empresa modificándole su colocación en puesto de trabajo distinto al que tenía con anterioridad a la baja de incapacidad temporal, y por lo tanto no es difícil entender que ello se produjo sin respetar lo previsto en el artículo 41 del E.T., lo que implícitamente ponía de relieve el cumplimiento de la condición exigida por el art. 50 del E.T.

CUARTO.- También con adecuado amparo procesal se alega infracción del principio de prohibición de la indefensión establecido en el artículo 24.1 de la Constitución Española, en relación con el apartado 1.a) del artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores en la redacción dada al mismo primero por el Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero, y confirmada dicha redacción por la Ley 3/2012, al no apreciar el fallo de la sentencia la excepción de litisconsorcio pasivo necesario por no haberse demandado a los representantes de los trabajadores al tratarse de una modificación sustancial de las condiciones de trabajo pactadas y reflejadas en un Convenio Colectivo nuevo.

La figura procesal del litisconsorcio que puede ser facultativo o voluntario o forzoso o necesario, bien porque -en este segundo caso- la propia ley imponga la actuación conjunta y solidaria de las partes, bien porque la situación jurídica debatida sea inescindible de tal modo que no resulte posible trocear lo que por su propia indivisibilidad impida un tratamiento por separado, y que se traduce en un solo proceso, en una sola sentencia, y en ese sentido se viene declarando que en el litisconsorcio pasivo necesario se tiene que partir de que todos los que deben ser demandados estén vinculados por el mismo título o causa de pedir, y que la relación litisconsorcial se basa en la necesidad de evitar sentencias contradictorias, y la petición de que concurren a este proceso los representantes de los trabajadores, solo sería exigible si ellos tuvieran la obligación de reconocer y hacer efectivo el derecho que se reclama, esto es, estuvieran obligados a dar cumplimiento a lo que en la demanda se ejercita y en este caso mal puede concebirse un litisconsorcio pasivo necesario con los representantes de los trabajadores, que nunca podrían ser condenados a dar o hacer en la sentencia que recayera, dado que lo que se pide en la demanda solo beneficia o perjudica a la trabajadora demandante. Nos encontramos ante una acción ejercitada por una trabajadora individual que interesa en su demanda la extinción de su contrato de trabajo por su voluntad y en base a los supuestos contemplados en el artículo 50 del E.T. Y la acción ejercitada se debate entre el empleador y la trabajadora y solo a ellos afecta, y la resolución que se dicte solo puede vincular a estas partes, ya que se

trata de determinar si la decisión adoptada por la empresa redundante en perjuicio de la dignidad del trabajador, sin que se aprecie que resulten concernidos por tal decisión los representantes de los trabajadores y por lo tanto resulta adecuada la relación jurídico procesal establecida en el presente supuesto sin la presencia de tales representantes. Sin olvidar que no constituye el objeto de la presente litis impugnar directamente un convenio colectivo, que además tiene su propio procedimiento especial regulado en el artículo 163 de la LRJS, siendo el objeto de la presente controversia como ya se anticipó el ejercicio de la acción de extinción contractual efectuada por la trabajadora por considerar que se ha producido un incumplimiento grave y culpable de las obligaciones empresariales que han redundado en perjuicio de la dignidad de la trabajadora, lo que no ha desvirtuado la empresa demandada. Razones que llevan a desestimar el recurso y a confirmar la sentencia de instancia.

FALLO

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por H.M.D. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Castellón, de fecha 30.05.2013 y, en consecuencia, confirmamos la sentencia recurrida.

Se decreta la pérdida del depósito efectuado para recurrir al que se dará el destino legal.

Manténgase el aseguramiento prestado hasta que en ejecución de sentencia se resuelva sobre dicho aseguramiento.

La parte recurrente abonará en concepto de honorarios de letrado a la parte recurrida la cantidad de 300 euros.

Sentencia núm. 2.843, de 30 de diciembre de 2013

Materia: Despido. Trabajador al servicio de Corporación Local con sucesivos contratos laborales, habiéndose reconocido como indefinida no fija su relación laboral con la demandada. Extinción de los contratos por amortización de puestos de trabajo. Aplicación del Plan de Ordenación de Recursos Humanos del ayuntamiento demandado. Utilización de la figura de la contratación indefinida no fija por parte de las administraciones públicas: Doctrina jurisprudencial nacional y comunitaria. Criterio aplicación en caso de amortización de puesto: Consideración de la antigüedad en la empresa.

Juzgado: Estima la demanda y declara improcedente el despido del trabajador. La antigüedad del demandante es superior a la de otros trabajadores, por lo que no debería verse afectado por la amortización de puestos llevada a cabo.

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

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se interpone recurso de suplicación por la representación letrada del Ayuntamiento de A., frente a la sentencia que estimando la demanda declara la improcedencia del despido del actor de fecha 30-6-12.

1. El recurso se articula en un único motivo, redactado al amparo de la letra c) del art. 193 de la LRJS, denunciando, en primer lugar, la inaplicación del art. 49.1.b) del ET, y la aplicación indebida del art. 51 y 52.c) del ET. Sostiene el recurrente que el actor es indefinido no fijo, y se ha amortizado su puesto de trabajo conforme al Plan de Ordenación de Recursos Humanos aprobado por Pleno del Ayuntamiento, modificando la plantilla y relación de puestos de trabajo, en virtud del Plan de Ajuste económico, con independencia de que la amortización no venga determinada por la extinción del servicio público, con cita de STS de 27-5-02, y de esta Sala de 23-7-13, rec. 1368/13, alegando no ser de aplicación la DA 20^a del ET al personal indefinido-no fijo.

2. Esta Sala en sentencia nº 2840/13 de fecha 18-12-13, rec. 1895/13, dictada en Pleno, respecto a un despido de la misma fecha de un trabajador indefinido no fijo, acordado por el mismo Ayuntamiento, en lo que aquí interesa, ha dicho, *“Esta Sala en sentencia 1833/13, de 23 de julio, recaída en recurso contra sentencia del Juzgado de lo Social nº 2 de los de Valencia, que había declarado la improcedencia del despido de otro trabajador indefinido no fijo (también Ayudante de Mantenimiento del mismo Ayuntamiento, que había decidido la amortización de su puesto de trabajo con efectos de 30 de junio de 2012), estimó el recurso desestimando la demanda y absolviendo al Ayuntamiento de A., con el siguiente argumento que reproducimos.....*

4. Los elementales principios de igualdad en la aplicación de la ley (artículo 14 de la Constitución) y de seguridad jurídica (artículo 9.3 de la Constitución) deberían llevar aquí a sentar sin más idéntica conclusión. No obstante, la Sala ha constatado, que en la sentencia 2234/13, de 23 de octubre, seguida contra otro Ayuntamiento (el de R.) a instancia de un trabajador “indefinido no fijo”, que había visto también extinguido su contrato por amortización de la plaza que ocupaba con efectos del día 30 de junio de 2012, y ello dentro de un Plan de Ajuste de 28-3-2012, que fue aprobado por el Pleno de Ayuntamiento en sesión de 29-3-2012, aprobándose en el Pleno de 26-4-2012 la modificación puntual de la relación de puestos de trabajo, aprobando el 28-6-2012 el Pleno del Ayuntamiento definitivamente la modificación de la Relación de puestos de trabajo que incluía la amortización del puesto nº 51, y se dictó resolución de la Alcaldía para ejecutar lo acordado por el pleno respecto al puesto de trabajo ocupado por el trabajador allí afectado, de conformidad con el artículo 49. 1 b) del Estatuto de los Trabajadores, sin derecho a indemnización, se estimó el recurso contra la sentencia que había desestimado la demanda de despido del trabajador, declarando la improcedencia del mismo, y ello con fundamento en lo que aquí interesa en lo siguiente:....

5. Constatada que la interpretación efectuada por las sentencias cuya fundamentación quedó parcialmente transcrita en los dos apartados anteriores de este fundamento jurídico, era diversa y contradictoria, sobre todo en lo atinente a la eficacia, aplicación e interpretación de la Disposición Adicional 20ª del T.R. de la Ley del Estatuto de los Trabajadores introducida por el Real Decreto-Ley 3/2012, se acordó, con fundamento en el artículo 197 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y atendiendo también a lo declarado por la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de julio de 2013 que fuera el Pleno de la Sala quien resolviera este recurso.

6. La sentencia del Tribunal Supremo de 22 de julio de 2013, unifica doctrina en relación con un supuesto en el que se dilucidaba un cese acordado en 2009 por una Administración Pública amortizando una plaza por desaparición de un Servicio, indicando en su fundamentación jurídica, en lo que aquí interesa lo siguiente: “...La denominada relación laboral indefinida no fija es una creación jurisprudencial que surgió a finales del año 1996 para salir al paso de la existencia de irregularidades en la contratación de las Administraciones Públicas que, pese a su ilicitud, no podían determinar la adquisición de la fijeza por el trabajador afectado, pues tal efecto pugna con los principios legales y constitucionales que garantizan el acceso al empleo público -tanto funcional, como laboral- en condiciones que se ajusten a los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad. En términos de la sentencia del Pleno de 20 de enero de 1998, “el carácter indefinido del contrato implica desde una perspectiva temporal que éste no está sometido, directa o indirectamente a un término”, pero añade que “esto no supone que el trabajador consolide, sin superar los procedimientos de selección, una condición de fijeza en plantilla que no sería compatible con las normas legales sobre selección de personal fijo en las Administraciones Públicas”. De ahí que, aunque se declare contraria a Derecho la causa de temporalidad pactada, conforme al art. 49.1.c) del ET, y se reconozca la relación como indefinida, ésta queda sometida a una condición -la provisión de la vacante por los procedimientos legales de cobertura-, cuyo cumplimiento determina la extinción del contrato de trabajo mediante

la correspondiente denuncia del empleador público, sin que sea preciso recurrir a las modalidades de despido que contemplan los arts. 51 y 52 del ET. En este sentido se pronunció nuestra sentencia, también del Pleno de la Sala, de 27 de mayo de 2002, reiterada por otras posteriores, entre ellas, la de 26 de junio de 2003. En aquella sentencia se afirma que la cobertura definitiva y "mediante un procedimiento reglamentario de selección, de la plaza desempeñada en virtud del contrato temporalmente indefinido", (pero no fijo) "hace surgir una causa de extinción del contrato"; causa que "tiene que subsumirse en las enunciadas genéricamente por el apartado b) del citado núm. 1 del art. 49 del Estatuto de los Trabajadores", y ello - continúa diciendo la sentencia citada- porque "desde que una sentencia judicial firme aplica a un contrato de trabajo la doctrina de esta Sala contenida en la mencionada sentencia de 20 de enero de 1998, está cumpliendo lo previsto en el artículo 9 del Estatuto de los Trabajadores, a saber, declarar la nulidad parcial del contrato aparentemente temporal (...) por contraria al artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores", pero "sustituye dicha cláusula por otra causa de extinción del contrato, expresamente establecida en nuestra meritada Sentencia, a saber, la ocupación de la plaza por procedimiento reglamentario, que cumpla los preceptos legales y los principios constitucionales". Basta, pues, con la denuncia fundada en esta causa para que el contrato indefinido no fijo se extinga. Pero esta doctrina no se limita a la causa consistente en la cobertura reglamentaria de la vacante. También ha de aplicarse a los supuestos en que el puesto desempeñado desaparece por amortización y ello porque en este caso ya no podrá cumplirse la provisión reglamentaria y habrá desaparecido también el supuesto de hecho que justifica esa modalidad contractual -la existencia de un puesto de trabajo que se desempeña de forma en realidad interina hasta su cobertura reglamentaria-. Estamos claramente en el caso del art. 1117 del Código Civil ("la condición de que ocurra algún suceso en un tiempo determinado extinguirá la obligación desde que (...) fuera ya indudable que el acontecimiento no tendrá lugar") y en el art. 49.1.b) del ET (cumplimiento de la condición a que ha quedado sometido el contrato ope legis). En este sentido ya señaló nuestra sentencia de 27 de mayo de 2002 las indudables analogías entre el contrato indefinido no fijo y el contrato de interinidad por vacante en las Administraciones públicas cuando de forma tajante afirmó que "no puede producir preocupación jurídica equiparar la extinción de estos contratos (los indefinidos no fijos) con la de los interinos por vacante, porque la justificación de la existencia de unos y de otros responde a una misma causa y necesidad", añadiendo que "donde se sitúa la diferenciación de tratamiento legal entre el interino por vacante y el indefinido temporal es durante la vigencia y desarrollo del contrato, al negar cualquier consecuencia negativa que pudiera mermar los derechos laborales, sindicales y de Seguridad Social del trabajador, por una pretendida e inexistente temporalidad". Este criterio se reitera en las sentencias de 20 de julio de 2007 y 19 de febrero de 2009, en las que se afirma que "la posición de aquellos trabajadores al servicio de la Administración, cuyo contrato fue declarado indefinido (no fijo) por sentencia firme, es idéntica a la de aquellos otros que cubren una plaza con contrato de interinidad".

Pues bien, con respecto al contrato de interinidad por vacante suscrito en el ámbito de las Administraciones públicas, la Sala ha establecido con reiteración que la extinción puede acordarse directamente "por la amortización de la plaza cubierta... sin necesidad de acudir a la vía que establece el art. 52.c) del ET", y ello en atención a que

"la situación de interinidad que genera - según las sentencias citadas- el contrato de trabajo con la Administración es muy peculiar, concurriendo en ella algunas circunstancias que la diferencian de la contratación celebrada por los particulares al amparo del artículo 15.1 c) del Estatuto de los Trabajadores" . De ahí que, "aunque las partes hayan pactado que la duración del contrato queda condicionada a la provisión de las vacantes mediante la designación de trabajadores con carácter de fijos, es obvio que la vigencia de la relación está vinculada al mantenimiento de la plaza que ha de cubrirse, por lo que cuando ésta se amortiza el contrato se extingue; efecto que «responde a la propia naturaleza de la relación contractual de interinidad en cuanto referida al desempeño, con carácter de provisionalidad, de un puesto de trabajo" (sentencia de 8 de junio de 2011, que cita las de 2 de abril y 9 de junio de 1997, 27 de marzo de 2000 y 4 de marzo de 2002, en criterio que ha reiterado la más reciente sentencia de 27 de febrero de 2013, recurso 736/12). En la sentencia del Pleno de 27 de febrero de 2012 se dice que "el contrato de interinidad se extingue no solo al ocuparse la plaza por el titular, sino también por la supresión de la misma ocupada por el interino", pues "el pacto de los contratos de interinidad en los que se conviene la prestación de servicios hasta que la plaza sea provista en propiedad, ha de entenderse sujeto a la condición subyacente de la pervivencia del puesto de trabajo", añadiendo que esta "conclusión responde a la propia naturaleza de la relación contractual de interinidad" y que "entenderlo de otro modo llevaría a conclusiones absurdas, ya que supondría la transformación del hecho de la interinidad en una situación propia de un contrato indefinido -pues el cese del interino solo se produce por la incorporación del titular, lo que en principio no procede al suprimirse la plaza-, o bien significaría la vinculación de la Administración a proveer una plaza que estima innecesaria, puesto que la ha suprimido. Por ello ha de entenderse que los contratos de interinidad no limitan ni eliminan las facultades de la Administración sobre modificación y supresión de puestos de trabajo, y que la supresión de la plaza es causa justa de la finalización del contrato temporal de interinidad"...Estas consideraciones son aplicables a los contratos indefinidos no fijos, pues, como ya se ha anticipado, se trata de contratos sometidos también a la condición resolutoria de la provisión reglamentaria de la plaza y, por tanto, cuando por amortización de ésta no puede realizarse tal provisión, el contrato se extingue de conformidad con lo dispuesto en el art. 49.1.b) del ET y del art. 1117 del Código Civil, pues desde el momento en que la plaza desaparece es claro que ya no podrá realizarse su provisión reglamentaria y el contrato indefinido no fijo, que incorpora esa condición, se extingue. Y en orden a esa extinción no opera la vía del art. 52.e) del ET-en el supuesto de que el cese del establecimiento tuviera encaje en este precepto y no en el art. 52.c)-, porque, dada la naturaleza del contrato, el hecho determinante de la amortización no actúa, de forma indirecta configurando la existencia de una causa económica, presupuestaria u organizativa para el despido, sino que opera de manera directa sobre la propia vigencia del vínculo, determinando el cumplimiento anticipado de la condición a la que aquél estaba sometido, al impedir la amortización de la plaza su cobertura reglamentaria. Es lo mismo que ocurre en el caso del contrato de interinidad por vacante. En este sentido hay que tener en cuenta que en muchas ocasiones la causa económica no tiene un efecto directo de eliminación de un puesto de trabajo concreto, sino que opera creando, de una manera difusa, un efecto de reducción de la plantilla, que el empresario tiene que concretar ejercitando sus facultades de selección de los trabajadores afectados. En esta línea se inscriben

actualmente las previsiones de la disposición adicional 20ª del Estatuto de los Trabajadores y del art. 41 del Reglamento de regulación de empleo, aprobado por Real Decreto 1483/2012, no aplicables al presente caso. ...Es cierto que la Sala ha diferenciado en algunas sentencias (sentencias de 16 de septiembre de 2009 y 26 de abril de 2010) el contrato de interinidad por vacante del contrato indefinido no fijo a efectos de aceptar la acción declarativa que pide que una relación de la primera clase se considere como de la segunda. Pero esta diferenciación ya estaba reconocida en la sentencia del Pleno de 27 de mayo de 2002, que de forma inequívoca afirma en su fundamento duodécimo, contestando al argumento sobre la equiparación de los dos tipos contractuales, que "es cierto el razonamiento en cuanto al momento de la extinción; pero nada más", añadiendo que "aunque la condición de temporal de un trabajador cada vez se va aproximando más a la del no temporal, y se les van reconociendo los mismos derechos laborales", cuando esta Sala introdujo la figura "salvaba las limitaciones y cortapisas propias de los trabajadores temporales", pero respetando los principios constitucionales de igualdad de oportunidades, mérito y capacidad" que se vulnerarían si "se hubiera proclamado la absoluta identidad jurídica entre el fijo y el indefinido". Por ello, se concluye, en afirmación ya citada, que "no puede producir preocupación jurídica equiparar la extinción de estos contratos con los de los interinos por vacante" y se añade que "donde se sitúa la diferenciación es durante la vigencia y desarrollo del contrato, al negar cualquier consecuencia negativa que pudiera mermar los derechos laborales, sindicales y de Seguridad Social del trabajador por una pretendida e inexistente temporalidad". En las sentencias de 16 de septiembre de 2009 y 26 de abril de 2010 se reconoce también, reiterando la doctrina de la sentencia de 27 de mayo de 2002, que las diferencias entre las dos fórmulas contractuales no están en la extinción del contrato, sino durante "la vigencia y desarrollo" del mismo. Por lo que se dirá más adelante en el fundamento quinto, no cabe interpretar algunas expresiones de estas sentencias como una especie de reconocimiento de que, tras el Estatuto Básico del Empleo Público, los trabajadores indefinidos no fijos son simplemente trabajadores indefinidos que no cesan por cobertura o amortización de la vacante... Se invocan también los artículos 8 y 11 del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP), que recogen la distinción entre trabajadores fijos e indefinidos en el marco del empleo público. Pero esta distinción no lleva por sí misma a ninguna consecuencia en lo que aquí se debate, pues en el presente caso se trata de una trabajadora que no tiene la condición de indefinida, sino de indefinida no fija con aplicación, por tanto, de las reglas propias de esta figura, sobre la que no incidiría la nueva regulación. Por otra parte, la incorporación de la referencia a los indefinidos en el EBEP no ha tenido por objeto recoger la figura del indefinido no fijo delimitada por la jurisprudencia, ni crear con carácter general un "tercium genus" entre fijos o temporales. La referencia, que no se contenía ni en el proyecto remitido por el Gobierno a las Cortes (BOCG/CD de 27.9.2006), ni en el que el Congreso remitió al Senado (BOCG/S, 20.1.2007), se incorporó durante la tramitación en éste, como consecuencia de las enmiendas 33 y 36 del grupo de senadores nacionalistas vascos, en las que, junto al personal laboral fijo y al temporal, se añadía el indefinido, con la finalidad de que "también el profesorado de religión esté contemplado en este artículo" (BOCG/S 21.2.2007). La razón última de la inclusión está en que estos profesores, según su regulación específica (disposición adicional 3ª de la Ley Orgánica 2/2006 y artículos 3, 4 y 6 del Real Decreto 696/2007), no son

temporales, pero tampoco fijos, ya que la propuesta de la jerarquía eclesiástica excluye la aplicación de los procedimientos de selección del art. 61 del Estatuto Básico del Empleado Público.

De ello se desprende que: 1º) no ha desaparecido la figura de indefinido no fijo para transformarse en indefinido sin más, 2º) el indefinido no fijo sigue caracterizándose por ser consecuencia de una declaración derivada de irregularidades producidas en una previa contratación temporal y sigue cesando por cobertura de la vacante, 3º) las Administraciones Públicas no pueden contratar directamente trabajadores indefinidos, salvo en el caso de los profesores de religión; 4º) los trabajadores contratados a través de los sistemas legales de selección son trabajadores fijos (art. 61.7 EBEP). Algo similar puede decirse de la disposición adicional 15ª del ET, que, en la redacción vigente en el momento del despido, establecía que lo dispuesto en el artículo 15.5 del Estatuto de los Trabajadores sobre el encadenamiento de los contratos, "surtirá efectos en el ámbito de las Administraciones públicas y sus organismos autónomos, sin perjuicio de la aplicación de los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público, por lo que no será obstáculo para la obligación de proceder a la cobertura de los puestos de trabajo de que se trate a través de los procedimientos ordinarios, de acuerdo con lo establecido en la normativa aplicable". De esta forma, lo que está consagrando la norma es la misma solución que se aplica con la doctrina de la Sala sobre el contrato indefinido no fijo, una doctrina que garantiza para el trabajador una estabilidad, impidiendo las contrataciones sucesivas, pero sin que esta garantía opere como obstáculo para "la obligación de proceder a la cobertura de los puestos de trabajo de que se trate a través de los procedimientos ordinarios, de acuerdo con lo establecido en la normativa aplicable"...Especial atención merece la referencia a la Directiva 1999/70 CE, que aplica el Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada. La referencia se concreta en dos cláusulas del Acuerdo: la cuarta y la quinta. Ninguna de estas dos cláusulas se vulnera por la consideración de la amortización de la vacante desempeñada en un contrato indefinido no fijo como una causa de extinción sometida al régimen del art. 49.1.b) del Estatuto de los Trabajadores.

En efecto, la cláusula 4ª establece que "por lo que respecta a las condiciones de trabajo, no podrá tratarse a los trabajadores con un contrato de duración determinada de una manera menos favorable que a los trabajadores fijos comparables por el mero hecho de tener un contrato de duración determinada, a menos que se justifique un trato diferente por razones objetivas". Ahora bien, en primer lugar, esta cláusula se refiere a las condiciones de trabajo, entendiendo por tales las vigentes durante la relación laboral. No se extiende a las condiciones relativas a la extinción del contrato de trabajo (condiciones de empleo), que naturalmente han de ser distintas para los contratos de duración determinada de las que rigen para los contratos fijos. Si no fuera así, sería obvio también que la diferencia a efectos de extinción del contrato de duración determinada y un contrato indefinido responde a razones objetivas.

Por ello, no puede compararse el régimen indemnizatorio aplicable a los despidos económicos con el que se establece para las extinciones por cumplimiento del término o de la condición resolutoria. En segundo lugar y, con carácter general, hay

que señalar que no es la misma, en términos de reparación, la indemnización aplicable en el marco de un contrato fijo, en el que la relación tiene una expectativa de permanencia, que la que ha de serlo en un contrato sometido a una condición resolutoria -la convocatoria y cobertura reglamentaria de la vacante- que debe realizarse lo antes posible. Si en la práctica no se ha hecho así, debe recordarse que el trabajador tiene acción para instar la convocatoria de la plaza que ocupa. En cuanto a la diferencia que podría resultar de los apartados b) y c) del art. 49 del Estatuto de los Trabajadores ya se ha dicho que no se cuestiona en estas actuaciones. Por último, tampoco es válida la comparación entre la extinción de un contrato indefinido no fijo por amortización de la vacante y la extinción de un contrato temporal por vencimiento del término que se extingue por despido económico antes de que venza ese término al que está sometido, pues en un caso en el momento del despido se ha cumplido la condición con la amortización de la vacante y en el otro no ha vencido el término, por lo que la causa extintiva queda fuera de las previsiones del contrato.

En cuanto a la cláusula 5ª del Acuerdo que incorpora la Directiva, hay que comenzar precisando su contenido. La cláusula se refiere a la obligación de los Estados miembros de establecer determinadas medidas "para prevenirlos abusos que pueden producirse "como consecuencia de la utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada" y concreta esta obligación en la necesidad de que esos Estados adopten una o varias de las siguientes medidas:

- 1ª) establecimiento de razones objetivas que justifiquen la renovación de tales contratos o relaciones laborales;*
- 2ª) establecimiento de la duración máxima total de los sucesivos contratos de trabajo o relaciones laborales de duración determinada;*
- 3ª) establecimiento del número de renovaciones de tales contratos o relaciones.*

En primer lugar, hay que aclarar que el contrato indefinido no fijo no puede incluirse en el ámbito de esta cláusula, porque en absoluto se trata de un supuesto de utilización abusiva de vínculos sucesivos de duración determinada. Por el contrario, estamos ante un único vínculo que no tiene carácter temporal, sino que está únicamente sometido a condición resolutoria. No hay, por tanto, ni abusos, ni sucesión de contratos, ya que se está en una situación estable, a la que además el trabajador puede poner fin pidiendo la convocatoria de la vacante. Así, la culpa de la Administración en no convocar puede relacionarse con el aquietamiento del trabajador en no pedir la convocatoria, ponderando quizá la eventual concurrencia de terceros. Es lo mismo que ocurre en el caso del contrato de interinidad por vacante. En este sentido hay que tener en cuenta que en muchas ocasiones la causa económica no tiene un efecto directo de eliminación de un puesto de trabajo concreto, sino que opera creando, de una manera difusa, un efecto de reducción de la plantilla, que el empresario tiene que concretar ejercitando sus facultades de selección de los trabajadores afectados. En esta línea se inscriben actualmente las previsiones de la disposición adicional 20ª del Estatuto de los Trabajadores y del art. 41 del Reglamento de regulación de empleo, aprobado por Real Decreto 1483/2012.

En segundo lugar, el contrato indefinido no fijo constituye precisamente el medio de prevención y de reacción contra la utilización abusiva de los contratos temporales en por las Administraciones Públicas. Lo que sucede es que en esa garantía, por exigencias constitucionales, ha de mantenerse la necesidad de que la plaza sea objeto de convocatoria pública para garantizar su cobertura en términos de igualdad, mérito y publicidad por todos los ciudadanos.

En este sentido hay que tener en cuenta que el indefinido no fijo no queda indefenso frente a la no convocatoria de la plaza por la Administración, pues tiene acción para pedir su convocatoria. Tampoco queda indefenso ante las decisiones de amortización, pues puede impugnarlas.

La cláusula 5ª prevé la obligación por parte de los Estados miembros de adoptar una o varias de las medidas mencionadas. Pues bien, aunque se admitiera que el contrato indefinido no fijo es un caso de utilización sucesiva de contratos de duración determinada, que no lo es, se aplicarían no una, sino las tres garantías de la cláusula, ya que: 1ª) hay una razón objetiva para la aplicación de esta modalidad contractual como de duración determinada: la garantía del acceso al empleo público en condiciones de igualdad, mérito, capacidad y publicidad; 2ª) hay una duración máxima que depende de la convocatoria de la vacante y que el trabajador contratado puede activar y 3ª) se excluye la sucesión, porque no hay renovaciones del contrato.

Si examinamos la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, estas conclusiones se confirman plenamente. Así la STJCE 4.7.2006 (caso Adeneler) declara que el Acuerdo marco se opone a una utilización sucesiva de contratos de trabajo de duración determinada cuya única justificación radique en haber sido establecida por una disposición legal o reglamentaria general de un Estado miembro y también considera que si el ordenamiento jurídico interno del Estado miembro no contiene, en el sector considerado, ninguna medida efectiva para evitar y sancionar la utilización abusiva de contratos de duración determinada sucesivos, la Directiva impide aplicar una normativa nacional que, sólo en el sector público, prohíbe absolutamente transformar en contrato de trabajo por tiempo indefinido una sucesión de contratos de duración determinada que han tenido por objeto, de hecho, hacer frente a «necesidades permanentes y duraderas» del empleador. Es obvio que no es el caso del contrato indefinido no fijo, porque no es un supuesto de utilización sucesiva de contratos temporales sucesivos; tiene una justificación objetiva; cierra el ciclo de contrataciones sucesivas y permite una garantía de estabilidad en función de que la relación solo termina con la cobertura de la vacante o la imposibilidad de tal cobertura, aparte de permitir al trabajador afectado tanto instar la cobertura, como impugnar ésta o la amortización de la vacante. No se trata de un privilegio que excepcione para el sector público la aplicación de las garantías contra la sucesión abusiva de los contratos, sino de una medida que pone fin a esa sucesión garantizando los principios constitucionales de acceso al empleo público. En igual sentido se ha pronunciado más recientemente la sentencia de 23.4.2009 (caso Kiriaki Angelidaki).

Lo mismo sucede con las sentencias de 7.9.1996 (asuntos Vassallo y Marrosu) que establecen que el Acuerdo de referencia no se opone a una normativa nacional

que, en caso de abusos como consecuencia de la utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada por un empleador del sector público, excluye la transformación de éstos en contratos o relaciones laborales por tiempo indefinido,(...), cuando dicha normativa contiene otra medida efectiva para evitar y sancionar, en su caso, el uso abusivo por un empleador del sector público de sucesivos contratos de duración determinada.

Como acaba de razonarse, el contrato indefinido no fijo es precisamente la medida que sanciona el uso abusivo de la contratación temporal en las Administraciones públicas, poniendo fin a la sucesión de contratos temporales mediante la consolidación estable de una situación, que solo terminará con la cobertura o la amortización de la vacante, frente a las que puede reaccionar el trabajador en los términos examinados. Se cumplen así los principios de equivalencia y efectividad, pues la medida se aplica en todas "las situaciones similares" y su única particularidad en las Administraciones públicas tiene la justificación objetiva del respeto a las garantías de acceso al empleo público. Es además una medida efectiva en la medida en que cumple, no una sino todas las exigencias del apartado 5.1 del Acuerdo (razón objetiva, duración máxima y exclusión de las renovaciones).

7. De acuerdo con la doctrina unificada que ha quedado prácticamente transcrita en el apartado anterior el contrato "indefinido no fijo" en las Administraciones Públicas: A) Es un contrato sometido a la condición resolutoria de la provisión reglamentaria de la plaza y, por tanto, cuando por amortización de ésta no puede realizarse tal provisión, el contrato se extingue de conformidad con lo dispuesto en el art. 49.1.b) del ET y del art. 1117 del Código Civil, pues desde el momento en que la plaza desaparece es claro que ya no podrá realizarse su provisión reglamentaria y el contrato indefinido no fijo , que incorpora esa condición, se extingue. B) El hecho determinante de la amortización no actúa, de forma indirecta configurando la existencia de una causa económica, presupuestaria u organizativa para el despido, sino que opera de manera directa sobre la propia vigencia del vínculo, determinando el cumplimiento anticipado de la condición a la que aquél estaba sometido, al impedir la amortización de la plaza su cobertura reglamentaria. C) No puede producir preocupación jurídica equiparar la extinción de estos contratos con los de los interinos por vacante", "donde se sitúa la diferenciación es durante la vigencia y desarrollo del contrato, al negar cualquier consecuencia negativa que pudiera mermar los derechos laborales, sindicales y de Seguridad Social del trabajador por una pretendida e inexistente temporalidad". En las sentencias de 16 de septiembre de 2009 y 26 de abril de 2010 se reconoce también, reiterando la doctrina de la sentencia de 27 de mayo de 2002, que las diferencias entre las dos fórmulas contractuales no están en la extinción del contrato, sino durante "la vigencia y desarrollo" del mismo. C) La normativa contenida en los artículos 8 y 11 del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP), que recogen la distinción entre trabajadores fijos e indefinidos en el marco del empleo público, tampoco lleva por sí misma a ninguna consecuencia, pues se trata de una trabajadora que no tiene la condición de indefinida, sino de indefinida no fija con aplicación, por tanto, de las reglas propias de esta figura, sobre la que no incidiría la nueva regulación.

Por otra parte, la incorporación de la referencia a los indefinidos en el EBEP no ha tenido por objeto recoger la figura del indefinido no fijo delimitada por la jurisprudencia, ni crear con carácter general un "tertium genus" entre fijos o temporales. La referencia, que no se contenía ni en el proyecto remitido por el Gobierno a las Cortes (BOCG/CD de 27.9.2006), ni en el que el Congreso remitió al Senado (BOCG/S, 20.1.2007), se incorporó durante la tramitación en éste, como consecuencia de las enmiendas 33 y 36 del grupo de senadores nacionalistas vascos, en las que, junto al personal laboral fijo y al temporal, se añadía el indefinido, con la finalidad de que "también el profesorado de religión esté contemplado en este artículo" (BOCG/S 21.2.2007). La razón última de la inclusión está en que estos profesores, según su regulación específica (disposición adicional 3ª de la Ley Orgánica 2/2006y artículos 3, 4 y 6 del Real Decreto 696/2007), no son temporales, pero tampoco fijos, ya que la propuesta de la jerarquía eclesiástica excluye la aplicación de los procedimientos de selección del art. 61 del Estatuto Básico del Empleado Público. D) A la misma conclusión se llega desde la Directiva 1999/70 CE, que aplica el Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada, no entendiéndose que las cláusulas cuarta y quinta del Acuerdo se vulneren por la consideración de la amortización de la vacante desempeñada en un contrato indefinido no fijo como una causa de extinción sometida al régimen del art. 49.1.b) del Estatuto de los Trabajadores,, ya que estamos ante un único vínculo que no tiene carácter temporal, sino que está únicamente sometido a condición resolutoria. No hay, por tanto, ni abusos, ni sucesión de contratos, ya que se está en una situación estable, a la que además el trabajador puede poner fin pidiendo la convocatoria de la vacante. Así, la culpa de la Administración en no convocar puede relacionarse con el aquietamiento del trabajador en no pedir la convocatoria, ponderando quizá la eventual concurrencia de terceros. Es lo mismo que ocurre en el caso del contrato de interinidad por vacante. En este sentido hay que tener en cuenta que en muchas ocasiones la causa económica no tiene un efecto directo de eliminación de un puesto de trabajo concreto, sino que opera creando, de una manera difusa, un efecto de reducción de la plantilla, que el empresario tiene que concretar ejercitando sus facultades de selección de los trabajadores afectados. En esta línea se inscriben actualmente las previsiones de la disposición adicional 20ª del Estatuto de los Trabajadores y del art. 41 del Reglamento de regulación de empleo, aprobado por Real Decreto 1483/2012. El contrato indefinido no fijo es precisamente la medida que sanciona el uso abusivo de la contratación temporal en las Administraciones públicas, poniendo fin a la sucesión de contratos temporales mediante la consolidación estable de una situación, que solo terminará con la cobertura o la amortización de la vacante, frente a las que puede reaccionar el trabajador en los términos examinados. Se cumplen así los principios de equivalencia y efectividad, pues la medida se aplica en todas "las situaciones similares" y su única particularidad en las Administraciones públicas tiene la justificación objetiva del respeto a las garantías de acceso al empleo público. Es además una medida efectiva en la medida en que cumple, no una sino todas las exigencias del apartado 5.1 del Acuerdo (razón objetiva, duración máxima y exclusión de las renovaciones).

8. Que el contrato que unía al actor con el Ayuntamiento demandado era el "indefinido no fijo" de referencia, es cuestión que no aparece discutida en el proceso ni en el recurso, y así se deduce directamente no solo del pacto a que se alude en el

inalterado relato histórico de la sentencia de instancia sino también de los contratos temporales que le precedieron donde se observan irregularidades manifiestas (así, se constata que la relación se inicia mediante un contrato de trabajo temporal, eventual por las circunstancias de la producción, a tiempo completo, el 2 de julio de 2004, con una duración hasta 31 de diciembre de 2004, el 1 de enero de 2005 concertaron nuevamente contrato temporal, eventual por las circunstancias de la producción, a tiempo completo, con una duración hasta fin de obra (identificada como “incremento serv.munic.reforma viaria”), que lo fue el hasta 31 de diciembre de 2006),

9. Que la plaza ocupada por el actor fue amortizada se deduce también directamente de lo reseñado en los hechos probados 3, 4, 5, 6 y 7 del relato fáctico cuando se indica: Mediante Acuerdo Plenario de 14 de mayo de 2012 el Ayuntamiento demandado aprobó inicialmente el Plan General del año 2012, con el Anexo del Personal, donde consta la amortización del puesto de trabajo del actor, según el Plan de Ordenación de los Recursos Humanos, que ha sido incorporado a la Relación de Puestos de Trabajo. El 26 de junio de 2012 fue definitivamente aprobado el Presupuesto General para el 2012. Los Presupuestos Generales para el ejercicio 2012, junto con la relación de puestos de trabajo, se publicaron en el BOP de Valencia de 29 de junio de 2012. Respecto del personal laboral, constan 6 plazas de Oficial Oficinas Múltiples y 8 de Ayudante de Mantenimiento. En el BOP de 30 de junio de 2012 se publicó la amortización de 1 puesto de trabajo de Oficial de Oficinas Múltiples y de 2 Ayudantes de Mantenimiento, todos ellos de personal laboral indefinido no fijo. El demandante figura en el Anexo de Personal de 2012 (previo al PORH) como “ayudante de mantenimiento” adscrito a Urbanismo. El 30 de marzo de 2012 el Pleno del Ayuntamiento adoptó entre otros acuerdos el “Plan de Ajuste realizado al amparo de lo previsto en el RDL 4/2012, de 3 de marzo”. En las medidas relativas al gasto corriente se propuso “racionalizar los recursos humanos mediante una correcta distribución de los mismos, detectando los servicios que disponen de personal sobrante” y se indica “asimismo, se ha valorado los puestos existentes en la brigada de obras y tras la reorganización se amortizan 3 puestos más”. El puesto de trabajo de “ayudante de mantenimiento” ocupado por el actor ha sido amortizado en el Plan de Ordenación de los Recursos Humanos del Ayuntamiento de A.. En dicho Plan, además se amortizaron otros puestos de trabajo (1 de Arquitecto Técnico, 1 de Delineante, 1 de Oficial de Oficinas Múltiples, 1 más de Ayudante de Mantenimiento, 1 de Psicólogo y 1 de Pedagogo). El 28 de junio de 2012 se dictó la resolución de Alcaldía nº 2012/01354, disponiendo la “ejecución de lo acordado en el Pleno del Ayuntamiento en sesión de 26 de junio del corriente, en orden a la amortización del puesto de trabajo de naturaleza laboral denominado “Oficial de Oficinas Múltiples”, extinguiendo con efectos de 30 de junio de 2012 la relación laboral “indefinida no fija” que D. A.J.C.F. mantiene con el Ayuntamiento de A., de conformidad con el art. 49.1 b) del ET, sin derecho a percibir ninguna indemnización”. Frente a dicha resolución el actor presentó reclamación previa el 9 de julio de 2012, que fue desestimada por nueva resolución de 2 de agosto siguiente. En la misma se aclara un error de transcripción de la resolución impugnada, referido a la categoría del actor, identificando su puesto como “ayudante de mantenimiento”, en lugar de “oficial de oficinas múltiples”. De todo lo cual la Sala deduce y considera que la amortización se llevó a cabo en legal forma, no constando

que el actor impugnara ninguno de los actos administrativos que precedieron a su definitivo cese por tal causa.

10. Cumplida en legal forma la condición resolutoria como resulta de lo antes dicho, no entendemos que la Disposición Adicional 20ª del T.R. del Estatuto de los Trabajadores, vigente en la fecha del cese, pueda hacer revivir lo ya extinguido en legal forma de acuerdo con la jurisprudencia indicada, por lo que se impone la estimación del único motivo de recurso, aunque por razones no estrictamente coincidentes con las empleadas por el recurrente, al no existir despido sino extinción de la relación laboral de “indefinido no fijo” por cumplimiento de la condición resolutoria a que estaba sometida, pues como se subraya en la doctrina jurisprudencial de referencia y vemos a iterar ahora “el hecho determinante de la amortización no actúa, de forma indirecta configurando la existencia de una causa económica, presupuestaria u organizativa para el despido, sino que opera de manera directa sobre la propia vigencia del vínculo, determinando el cumplimiento anticipado de la condición a la que aquél estaba sometido, al impedir la amortización de la plaza su cobertura reglamentaria.”.

3. Pues bien, aplicando lo expuesto al presente caso, dado que el actor, oficial de oficios múltiples, ostenta la condición de indefinido no fijo, el primer apartado del motivo debe ser estimado.

SEGUNDO.- En segundo lugar, se combate el criterio de la sentencia que considera que el Ayuntamiento ha incumplido el criterio de selección de los trabajadores afectados por las amortizaciones consistente en la “antigüedad del trabajador”, cuando existen varios puestos de las mismas características y no todos van a ser amortizados, con prioridad del más antiguo sobre el más moderno, respecto al codemandado Sr. S., alegando el Ayuntamiento recurrente que ante la misma clasificación profesional el criterio seguido en el PORH es el de preferencia del de mayor antigüedad para conservar el puesto, y el Sr. S. tiene una “antigüedad legal” en la Administración Pública superior a la del actor, pues en resolución de 17-12-12 le fue reconocida antigüedad por servicios en la administración de 27-12-00, conforme a la Ley 70/1978 de Reconocimiento de Servicios Previos en la Administración Pública.

Se declara probado en la sentencia que el actor ha trabajado para el Ayuntamiento demandado desde el 17-10-05, en el puesto de Oficial de oficios múltiples, hasta su cese aquí impugnado de fecha 30-6-12; que en la resolución del Ayuntamiento de 2-8-12, desestimando la reclamación previa, se indica que el criterio seguido por el Plan de Ordenación de Recursos Humanos (PORH) para determinar qué trabajadores están afectados por la extinción de sus contratos cuando existe más de un puesto de trabajo de las mismas características y no todos ellos van a ser amortizados (que es el caso de autos, como se verá más adelante), ha sido el de favorecer la “mayor antigüedad”, de modo y manera que el personal con menor antigüedad es el que cesa en primer lugar; que el actor presentó la demandada rectora de las presentes actuaciones el 14-8-12; que el Pleno del Ayuntamiento acordó el 26-6-12 amortizar siete puestos de trabajo, entre ellos el desempeñado por el actor, ocupados por trabajadores que ostentaban la condición de personal laboral indefinido no fijo o de funcionario interino, y ello en aplicación del Plan de Ordenación de

Recursos Humanos adoptado 14-5-12 y la consiguiente modificación de la Relación de Puestos de Trabajo; que con anterioridad a la amortización del puesto de trabajo del actor existían en el Ayuntamiento ocho puestos de Oficial de Oficios Múltiples, entre ellos, los ocupados por el actor y los dos trabajadores codemandados; que el codemandado Sr. S. viene prestando servicios para el Ayuntamiento de A. desde 17-7-06 en virtud de diversos contratos temporales, el último al objeto de la cobertura temporal de la plaza 08 (OFI/019, denominada Oficial de Oficios Múltiples, durante el tiempo que dure el proceso para su cobertura definitiva, quedando extinguido el contrato cuando se cubra definitivamente la plaza o se amortice la misma. De lo expuesto se deduce que a la fecha del cese del actor, este tenía mayor antigüedad que el Sr. S., quien, con posterioridad a la interposición de la demanda del actor el 14-8-12, solicitó al Ayuntamiento, el 17-12-12 el reconocimiento de servicios previos prestados para otras Administraciones Públicas, dictándose resolución por la Alcaldía el 20-12-12 reconociéndole los servicios prestados a la Administración pública y fecha de antigüedad la de 27-12-00, hechos estos que por ser posteriores al cese aquí impugnado evidencian que la amortización del puesto del actor fue contrario al criterio de preferencia de antigüedad establecido por el propio Ayuntamiento, lo que conlleva la desestimación del motivo, ya que el reconocimiento al Sr. S. de servicios previos “a efectos económicos”, conforme a la Ley 70/1978, de 26 de diciembre, en modo alguno deja sin efecto la preferencia del actor, como más antiguo, en la conservación del puesto de trabajo, según los criterios del propio Plan de Ordenación de Recursos Humanos en base al cual se decide que plaza de oficial de oficios múltiples debe amortizarse.

TERCERO.- De acuerdo con el artículo 235 LRJS, procede la imposición de costas a la parte vencida en el recurso.

FALLO

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de AYUNTAMIENTO DE A., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº. 16 de los de Valencia, de fecha 8-julio-2013, en virtud de demanda presentada a instancia de A.J.A.G.; y, en consecuencia, confirmamos la sentencia recurrida.

Se condena a la parte recurrente a que abone al Letrado impugnante la cantidad de 500 euros.

Sentencia núm. 15, de 14 de enero de 2014

Materia: Despido y vulneración de los derechos fundamentales. Trabajadora al servicio de entidad dedicada a la actividad de rehabilitación y promoción de viviendas de protección oficial y gestión de suelo. Extinción de la relación laboral por causas objetivas: causas económicas, organizativas y productivas. Extinción colectiva de relaciones laborales. El criterio seguido es la desaparición de los departamentos o direcciones en los que prestan sus servicios los trabajadores afectados, así como la experiencia y polivalencia e los trabajadores. La actora solicita la declaración de improcedencia del despido.

Juzgado: Desestima la demanda declarando la procedencia del despido objetivo enjuiciado, declarando convalidada la extinción de la relación laboral que el despido produjo.

Sala: Desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia. Considera adecuada a derecho la decisión extintiva de la relación laboral de la trabajadora demandante.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. Se recurre por la letrada D^a. M.O. la sentencia de instancia que desestimó su demanda en la que se impugnaba la decisión de la empresa de proceder a la extinción de su contrato de trabajo por causas objetivas, en el marco de un despido colectivo acordado con los representantes de los trabajadores.

2. Los tres primeros motivos del recurso están redactados al amparo del apartado b) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS) y se solicita en ellos que se adicionen tres hechos nuevos al relato de hechos probados de la sentencia, en los siguientes términos:

a) El primero, que se da por reproducido, tiene por objeto que se deje constancia de diversos datos que acreditarían su experiencia profesional, como que ha realizado dirección y ejecución de obras de nueva edificación, estudios de seguridad y salud, rehabilitación de inmuebles y tasaciones inmobiliarias y tiene experiencia como técnico de promoción pública. La petición no puede prosperar porque se basa en el folio 203 de las actuaciones, que es el currículum profesional de la demandante confeccionado por ella misma o su instancia, por lo que carece de validez para provocar una modificación de los hechos en sede del presente recurso.

b) Que se diga que A.P.P., técnico medio del IVVSA, fue despedida en base al ERE siendo representante de los trabajadores. Pero aunque este hecho pudiera ser cierto, resulta irrelevante para resolver el recurso, pues se desconocen las circunstancias concretas en que se produjo la extinción de su contrato de trabajo, y sin que el mero hecho de su despido presuponga que no se aplicaron criterios objetivos en la selección de los trabajadores afectados por el despido colectivo.

c) Finalmente se pretende añadir un hecho en el que se diga que en la carta de despido no se indica porqué se prescinde de los servicios de la demandante, no afectándole ninguna de las causas o motivos que se aluden. Tampoco esta modificación puede prosperar, pues la sentencia ya da por reproducida la carta de despido en el hecho probado segundo, por lo que la Sala puede examinarla en su integridad sin que sea necesario incluir ninguna matización al respecto.

SEGUNDO.- 1. Los restantes motivos del recurso, del cuarto al noveno, se dicen redactados al amparo del apartado c) del artículo 193 de la LRJS. A la vista de su contenido hemos de comenzar matizando que lo que se denuncia en el motivo noveno no es la infracción de una norma sustantiva sino procesal, como es el artículo 97 de la LRJS, alegando que la sentencia es incongruente. Es obvio que tal denuncia se debió instrumentar por el cauce previsto en el apartado a) del artículo 193 de la LRJS en cuanto tiene por objeto 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. Ahora bien, esta incorrección en la formulación del motivo, no es obstáculo para que nos pronunciemos sobre él previamente al examen del resto de los motivos, pues su estimación conduciría a la declaración de nulidad de la sentencia.

2. En cualquier caso este motivo noveno debe ser rechazado. Conviene comenzar recordando que de acuerdo con una consolidada doctrina jurisprudencial, de la que es expresión la STS de 19 de abril de 2011, para que una sentencia incurra en el vicio de incongruencia por omisión es preciso que se produzca una falta de respuesta razonada en la resolución judicial al planteamiento de un elemento esencial de la pretensión, cuyo conocimiento y decisión por el Tribunal sean trascendentes para fijar el fallo. Sólo así se daría una denegación tácita de justicia contraria al artículo 24.1 de la Constitución. Así se afirma también por la abundantísima doctrina del Tribunal Constitucional, expuesta en las sentencias 142/1987, 36/1989, 368/93, 87/1994 y 39/1996, y que resumidamente afirma que sólo viola el artículo 24.1 de la Constitución aquella incongruencia en virtud de la cual el órgano judicial deja sin contestación las pretensiones de las partes sometidas a su conocimiento, siempre que el silencio judicial no pueda razonablemente interpretarse como una desestimación tácita. Sigue diciendo la STS de 19 de abril de 2011 que “La exigencia del artículo 218 de la LEC y del artículo 97.2 LPL (hoy de la LRJS) de que las sentencias decidan todos los puntos litigiosos que hayan sido objeto de debate y de que sean congruentes con las demandas y con las demás pretensiones deducidas oportunamente en el pleito, no implica un ajuste literal a las pretensiones, dada la potestad judicial para aplicar la norma correcta, lo que supone el deber judicial de dar respuesta adecuada y congruente con respecto a los hechos que determinen la causa petendi, de tal modo que sólo ellos, junto con la norma que les sea correctamente aplicable, sean los que determinen el fallo (STC 142/87).

3. Pues bien, la sentencia que ahora se recurre en suplicación responde de forma pormenorizada y razonada a todas y cada una de las cuestiones que se plantearon en el acto del juicio y que, sucintamente, se concretan, en la preferencia que se alega sobre otros trabajadores de la empresa para no ser despedida, de acuerdo con los criterios de selección aprobados en el periodo de consultas; y en la

posible vulneración del derecho constitucional a no ser discriminada. Se dice en el motivo, que “la sentencia trata todas las cuestiones como improcedencia cuando son todas causas de nulidad conforme a la legislación aplicable”. Pero ello no viene sino a confirmar la congruencia de la sentencia que, efectivamente, se pronuncia sobre la pretensión ejercitada dando respuesta a todas las cuestiones planteadas. Cosa distinta es que la recurrente entienda que el pronunciamiento que contiene no es ajustado a derecho, pero esto no constituye un vicio de procedimiento, sino la cuestión de fondo que es objeto del proceso.

TERCERO.- 1. El resto de los motivos los podemos agrupar en tres apartados para una mejor sistematización y con el objeto de evitar inútiles reiteraciones. Así, examinaremos en primer lugar el motivo séptimo en el que se alega la vulneración del artículo 14 de la Constitución Española (CE) por discriminación; en segundo lugar, los motivos cuarto a sexto, en los que se incide en el tema del derecho preferente de la demandante para permanecer en la empresa frente al resto de los codemandados; y, finalmente, el motivo octavo, en el que se cuestiona la concurrencia de las causas alegadas por la empresa para proceder al despido de la actora.

2. Como terminamos de señalar, se denuncia en el motivo séptimo del recurso la vulneración del artículo 14 de la CE. Se dice por la recurrente que “no han sido aplicados por la empresa los criterios establecidos en la memoria de la misma manera a mi patrocinada que los técnicos que se han quedado y eso es por alguna razón” que se concreta en la “afinidad”.

3. El motivo, obviamente, no puede prosperar, pues la “afinidad”, sin más, no es ninguna de las causas de discriminación recogidas en el artículo 14 de la CE y en el 17 del Estatuto de los Trabajadores (ET). La decisión de la empresa de extinguir el contrato de la Sra. O. podrá ser ajustada a derecho o no, lo que se examinará seguidamente, pero no hay ningún dato que permita, siquiera presumir, que es discriminatoria. El tema de los despidos discriminatorios ha dado lugar a una copiosa jurisprudencia en la que destacan las sentencias del Tribunal Constitucional. Por lo que respecta a la carga probatoria en los procesos en que se ventilan este tipo de cuestiones, se ha señalado que corresponde al trabajador aportar los indicios necesarios que permitan inducir una relación de correspondencia entre el proceder del empresario y el resultado discriminatorio, de modo que recaer sobre el demandado la carga de probar plenamente el carácter objetivo, razonable y proporcional de la medida adoptada. En palabras del Tribunal Constitucional, el trabajador debe probar o aportar indicios racionales que permitan establecer una cierta presunción sobre la existencia de la alegada discriminación o lesión del derecho fundamental (STCO.55/83, de 21 de julio). Y sólo cuando se hayan conseguido acreditar tales indicios, es cuando el empresario deberá destruir la presunción probando que existe una causa justificadora suficiente (SSTCO.34/84, de 14 de marzo; 94/84, de 16 de octubre y 112/84, de 28 de noviembre). “De modo que pueda estimarse que, aun puesta entre paréntesis la pertenencia o actividad sindical de trabajador, el despido habría tenido lugar verosímelmente, en todo caso, por existir causas suficientes, reales y serias, para entender como razonable... la decisión empresarial” (SSTCO.114/89, 38/1981 y 104/1987).

En el supuesto que ahora examinamos, no se sabe a que “afinidad” se refiere la recurrente, si política, religiosa, racial de género...; ni el hecho de que “la mayoría” –sin concretar el número ni los nombres- de directos de direcciones desaparecidas sigan prestando servicios, es un dato revelador de discriminación alguna; ni tampoco constan las circunstancias que motivaron el cese de la Sra. P., que ni siquiera es parte en este proceso. Se rechaza, por consiguiente, que se haya vulnerado el principio de no discriminación establecido en el artículo 14 de la CE.

CUARTO.- 1. Lo que se plantea en los motivos cuarto a sexto, aunque sea desde diversas perspectivas, es el derecho de la demandante a permanecer en la empresa frente a otros trabajadores que no han visto extinguido sus contratos de trabajo en el marco del despido colectivo acordado entre aquella y los representantes de los trabajadores. Lo que en definitiva se sostiene por la recurrente, es que no se han cumplido los criterios aprobados en el periodo de consultas para la designación de los trabajadores que deberían ser despedidos.

2. A efectos de resolver tales motivos conviene recordar que estos criterios de selección se contienen en la memoria explicativa presentada por el IVVSA y se resumen en lo siguiente:

a) El criterio principal es el de la pertenencia a las distintas direcciones, departamentos o unidades de trabajo que se vean afectadas con su eliminación (que se enumeran en el documento), así como la pertenencia a las órdenes de ejecución (encomienda). Pero este criterio tiene una salvedad que se expresa del siguiente modo: “sin perjuicio de lo anterior, en determinados supuestos excepcionales en los que en principio el trabajador quedaría afecto a la extinción en base a su vinculación a direcciones, departamentos o unidades que se suprimen, podrá hacerse prevalecer criterios de experiencia y polivalencia, a fin de realizar una adecuada reestructuración del IVVSA en su conjunto, primando criterios de experiencia y polivalencia de los trabajadores, en los términos indicados en el siguiente apartado”.

b) También se fija un criterio para “las direcciones, departamentos o unidades de trabajo que se mantienen y que serán objeto de reestructuración dirigido a su adecuado dimensionamiento”. En ellas, “se tendrán en cuenta como criterios: la experiencia profesional de los trabajadores y los años de experiencia en el IVVSA, así como su polivalencia funcional, perfil y capacidades técnicas específicas para las áreas y puestos de trabajo que se quieren conservar tras la adopción de la medida extintiva, pertenencia a una categoría o grupo profesional, adscripción geográfica a los centros de Valencia, Castellón y Alicante, y todo ello vinculado a una estructura de costes sostenible. Se tendrá en cuenta la experiencia y polivalencia de los trabajadores y que haya podido observarse en el IVVSA durante su prestación de servicios en el Instituto.”

3. De lo expuesto se pueden extraer dos conclusiones iniciales: a) que se establecieron y acordaron unos criterios para la selección de los trabajadores afectados por el despido, en los términos exigidos por el artículo 51.2 del ET; y b) que estos criterios permitían un cierto margen de discrecionalidad sobre la base de la valoración de la experiencia profesional, de los años de trabajo en el IVVSA y de la polivalencia funcional y capacidades técnicas específicas de los trabajadores que pudieran resultar afectados.

4. A partir de estos parámetros la sentencia recurrida analiza la preferencia reclamada por la demandante respecto de todos y cada uno de los codemandados para llegar a la conclusión de que se respetaron los criterios pactados. Conclusión que esta Sala comparte al no haber sido desvirtuada en sede del presente recurso. Y así, conviene recordar lo siguiente:

a) Que no es cierto, a tenor de los hechos que se declaran probados, la afirmación de la que parte el motivo cuarto del recurso, pues la Dirección de Edificación en la que prestaban servicios todos los codemandados menos D. J.F. -hecho probado 6- no fue suprimida, sino que se reestructuró pasando a denominarse Dirección de Edificación, Conservación y Mantenimiento -hecho probado 14-. Por tanto, yerra la recurrente cuando entiende que los contratos de los codemandados se deberían haber extinguido aplicando el primer criterio de selección de personal, pues el criterio aplicable a ellos no es el primero -previsto para los departamentos que desaparecen o se eliminan- sino el segundo -referido a los departamentos que se reestructuran-. Todo ello sin perjuicio de señalar que todos esos codemandados, salvo el Sr. F. y la Sra. C. que es representante de los trabajadores, tienen mayor antigüedad en IVVSA que la demandante -hechos probados 8 a 13-, siendo este uno de los criterios de permanencia establecidos para los departamentos que se reestructuran, e incluso constituye una salvedad al criterio general aplicable a los departamentos que desaparecen.

b) Alega también la recurrente que es ella la que tiene mayor experiencia para la actividad que se quiere conservar. Para ello se argumenta que con la nueva reestructuración lo que se quiere potenciar como actividad principal del IVVSA es el alquiler de viviendas. Pero se trata de una afirmación voluntarista que no goza del necesario respaldo en el relato de hechos probados de la sentencia, al que esta Sala queda vinculada en la resolución del recurso. Es verdad que en el hecho probado 2 se dice que la actora era la única técnica que prestaba servicios en la Agencia Valenciana de Alquiler, mientras que el resto de trabajadores codemandados, con la salvedad de D. J.F., estaban adscritos a la Dirección de Edificación -hecho probado 6-. Pero como ya hemos señalado, esa Dirección no desaparece sino que se integra en una nueva junto con la de Conservación y Mantenimiento, sin que haya ninguna evidencia de que la cualificación técnica de la recurrente para realizar las funciones sea superior a la del resto de sus compañeros, pues consta en el hecho probado 18 que en la antigua Dirección de Edificación se realizaban tareas de edificación, rehabilitación integral o parcial de inmuebles y reparación de viviendas. Por el contrario, es indiscutible que la antigüedad de la Sra. O. en el IVVSA, y por consiguiente los años de experiencia en la empresa, es sensiblemente inferior a la de los codemandados, salvo el Sr. F., cuya situación se analizará a continuación. Por tanto, ni se puede sostener que se haya actuado en fraude de ley, ni que la sentencia sea incongruente por no haber declarado la improcedencia del despido, pues el hecho de que las funciones que realizaba la demandante se distribuyan ahora entre otros trabajadores que no se han visto afectados por el despido, no entraña, “per se”, irregularidad alguna, toda vez que como ha venido sosteniendo la jurisprudencia, la amortización del puesto de trabajo como consecuencia de un despido objetivo o colectivo no comporta necesariamente la desaparición de las funciones que realizaba el trabajador despedido, que pueden ser asumidas por otros compañeros de trabajo o incluso por el propio empresario (STS de 15 de octubre de 2003 -rcud.1205/2003-).

c) Queda por analizar la preferencia que se alega respecto a D. J.F.N. que, como hemos venido señalando, tiene menor antigüedad que la recurrente. Pero a pesar de ello, tampoco aquí la pretensión puede prosperar, pues como se razona en la sentencia recurrida al tener ambos trabajadores categorías distintas –arquitecto técnico la demandante e ingeniero técnico de obras públicas el Sr. F.- y realizar sus funciones en diferentes departamentos, las situaciones no son comparables y no se pueden aplicar criterios de preferencia entre ellos.

QUINTO.- 1. Finalmente se denuncia en el motivo octavo del recurso la infracción del artículo 53.1 del ET, en relación con los artículos 122 y 124 de la LRJS. Se sostiene por la recurrente en este motivo, que “ninguna de las causas indicadas en la carta de despido le afecta, por lo que no se justifica en modo alguno la extinción de su contrato”.

2. Es evidente que el motivo no puede prosperar. Esta Sala ya se ha pronunciado en diversas sentencias, como las de 2 de mayo de 2013 (rs.561/2013) y 3 de diciembre de 2013 (rs.2045/2013), sobre la legalidad del despido colectivo acometido por el IVVSA. Por tanto, acreditadas las causas económicas invocadas para producirlo, ningún ámbito de la empresa se puede considerar ajeno a esa situación económica negativa a que se refiere el artículo 51.1 del ET. Al menos desde el año 2002 la jurisprudencia del Tribunal Supremo viene diferenciando las causas económicas del resto, es decir, de las técnicas, organizativas y de producción, entendiendo que si bien estas últimas se pueden circunscribir a un ámbito de la empresa, no ocurre lo mismo con las económicas que afectan a la empresa en su conjunto. Así, en la STS de 21 de junio de 2002 (rcud.1270/1999) se decía lo siguiente: “1) El art. 52.c) ET separa claramente las causas económicas de las causas técnicas, organizativas y de producción, valorando de distinta manera los hechos constitutivos de las mismas, y sin perjuicio de que en determinadas situaciones puedan concurrir varias de ellas a un tiempo (STS 14-6-1996, STS 6-4- 2000). 2) Las causas económicas se refieren a la rentabilidad de la empresa, manifestándose como situación de pérdidas o desequilibrios financieros globales, mientras que las restantes causas tienen su origen en sectores o aspectos limitados de la vida de la empresa, manifestándose como desajuste entre los medios humanos y materiales de que dispone la empresa y las necesidades de la empresa o las conveniencias de “una mejor organización de los recursos” (STS 14-6-1996, STS 13-2-2002, STS 19-3-2002)”. Por tanto, si la situación económica de la empresa es negativa, las medidas empresariales a adoptar, entre ellas la reducción de plantilla, pueden afectar a cualquier ámbito de aquella, siendo facultad del empresario la elección de la medida que considere más oportuna para solventar la situación de crisis. En este mismo sentido se ha pronunciado recientemente el Tribunal Supremo en sentencia de 20 de septiembre de 2013 (rco. 11/2013) al señalar que “el legislador de 2012 ha querido además, y así lo ha hecho constar en la exposición de motivos de la Ley 3/2012 (apartado V), que los órganos jurisdiccionales encargados del enjuiciamiento de los despidos colectivos no sustituyan al empresario en la elección de las medidas concretas a adoptar, limitando su control a verificar que las económicas alegadas existen, que tienen seriedad suficiente para justificar una reestructuración de los objetivos y de os recursos productivos de la empresa, que no son por tanto un pretexto o excusa para despedir, y que la supresión o amortización de puestos de trabajo acordada es una medida apropiada (o una de las medidas apropiadas) para

hacerles frente. En definitiva, en contra de lo que han alegado en el caso las partes demandantes, no corresponde en el derecho vigente a los órganos jurisdiccionales, al valorar las causas de los despido económicos, efectuar un juicio de proporcionalidad en el sentido técnico-jurídico de la expresión, el cual presupone una valoración del carácter indispensable de la decisión adoptada, sino un juicio de adecuación más limitado, que comprueba la existencia de la causa o causas alegadas, su pertenencia al tipo legal descrito en el artículo 51 ET, y la idoneidad de las mismas en términos de gestión empresarial en orden a justificar los ceses acordados”. Por lo demás, tampoco ha quedado acreditada la afirmación que contiene el escrito de recurso de que la Agencia Valenciana de Alquiler era “la única dirección que generaba ingresos a la empresa y no pérdidas”.

3. Así pues y por las razones expuestas, procede desestimar el recurso y confirmar el pronunciamiento de la sentencia de instancia.

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

FALLO

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de DOÑA M.O.G. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº. 17 de los de Valencia de fecha 1 de marzo de 2013; y, en consecuencia, confirmamos la resolución recurrida. Sin costas.

1827

Sentencia núm. 19, de 14 de enero de 2014

Materia: Despido. Trabajadoras al servicio de empresa dedicada a la actividad de industria del metal. Despido objetivo por amortización de puesto de trabajo debido a causas económicas, productivas y técnicas. Procedencia.

Juzgado: Estima la demanda declarando nulo el despido de las actoras, condenando a la inmediata readmisión de las trabajadoras, debiendo éstas reintegrar a la empresa la indemnización que fue abonada en concepto de despido.

Sala: Estima le recurso y revoca la sentencia de instancia. Considera ajustado a derecho el despido objetivo de las trabajadoras.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. Se interpone recurso de suplicación por la representación letrada de la empresa, frente a la sentencia que estimando la demanda declaró la nulidad de los despidos de las actoras. El primer motivo del recurso se redacta al amparo del art. 193-b) de la LRJS, interesando la revisión del hecho probado quinto, a fin de que quede redactado del siguiente modo, “La mercantil B.E., S.A. es unipersonal, siendo su sociedad dominante y socia única B.N. B.V., ostentando la condición de director del centro de trabajo de Sagunto D. B.C.C., que a su vez es Managing Director de B.I.Z.,S.A., en tanto que D. R.G.S. es Managin Director de B.E.,S.A”, en base a pericial, tomo I folio 257, y auditoria, Tomo II folios 126, 154, 186, 213, 246, 274, Tomo I folio 188.

La revisión no se admite, pues el Magistrado de instancia ha obtenido su convicción de los datos obrantes al Registro mercantil y documental, por lo que no se aprecia error en la valoración de la prueba.

2. Solicita el recurrente la revisión del hecho probado octavo, en los siguientes términos, “(...) alcanzándose acuerdo en el mismo, y todo ello en los términos que se determinan en el acuerdo recogido en el acta de 18-5-2012, adoptado entre la empresa y la comisión negociadora del ERE (f. 202 Tomo IV), cuyo contenido aquí se tiene aquí por reproducido (...)”, en base al folio 202 Tomo IV.

El hecho impugnado da por reproducido el acuerdo alcanzado, por lo que la revisión resulta innecesaria.

3. Se solicita la adición de un nuevo hecho probado, decimocuarto, que diga, “La mercantil demandada ha tenido como resultado de explotación desde el ejercicio de 2008 hasta el primer trimestre de 2012 pérdidas continuadas con la excepción del resultado positivo en 2011, según datos concretos que se exponen en el apartado “causas económicas” de las cartas de despido, las cuales se tienen por reproducidas a estos efectos en su integridad. En la anualidad de 2012, el resultado a fecha 30 de

junio ya era de 1.171.767,12 euros de pérdidas (856.249,48 + 315.517,64), y al cierre del ejercicio los resultados de la explotación han sido de -1.862.334,03 euros, arrojando pérdidas por importe de -2.154.283,88 euros, por lo que las pérdidas acumuladas ascienden a -8.026531,46 euros. (f. 88 y 297 tomo II). Desde el ejercicio 2008, las ventas se han ido reduciendo cada anualidad sucesiva hasta alcanzar un porcentaje de reducción en 2.012 de -21,40% según cuadro pormenorizado que obra al folio 3 del informe pericial que está incorporado al ramo de la demandada como documento 6 y se tiene por reproducido (f. 84 tomo I). Siendo el porcentaje de variación trimestral por anualidades el que figura asimismo en el cuadro pormenorizado del folio 4 del informe pericial que igualmente se tiene por reproducido (f. 85 tomo I). Los gastos de la empresa se han ido reduciendo en los términos porcentuales y por anualidades que sientan en el informe pericial tan citado (folio 6 del informe que se tiene por reproducido) siendo la reducción menos la que afecta a los gastos de personal que han variado de 2008 a 2012 en un global de 4,8% (frente al 30,07 de consumos y al 21,58% de otros gastos y amortizaciones (f.87 tomo II)”, en base a auditorias folios 114 y ss, 174 y ss y 234 y ss Tomo II, cuentas anuales folios 295 y ss Tomo II, pericial folio 80 y ss Tomo II.

La prueba documental ha sido valorada por el Magistrado de instancia, tal como se razona en al fundamentación jurídica de la sentencia, no apreciándose error, si bien debe tenerse en cuenta que, con independencia de su valoración, la empresa aporta las denominadas cuentas anuales del año 2012 con rubrica se dice de administrador único y en las que se hace constar: “Resultado explotación (1.862.334,03). Resultado del ejercicio (2.154.283,88)”, por lo que únicamente en estos términos se admite la adición.

4. Se interesa la adición de un nuevo hecho probado, decimoquinto, que diga, "La evolución de la producción y las ventas comparativas entre los ejercicios de 2011 y 2012 (enero/mayo) se ha reducido en los términos que figuran en los documentos 16 a 20 del ramo de la empresa, y concretamente representan en recambio en total -22,68% (folio 403 tomo II) y en equipos originales, y atendidos los pedidos de los principales clientes, el -21,34% en Renault (f. 346 tomo II), el -12,54% o -95,06% (según proyecto) en Nissan (f. 376 tomo II) y el -28,04% en Carrier (f. 373 tomo II). Asimismo, la demanda prevista del cliente Renault se ha reducido en un 17% a 30 de junio 2013 con respecto a 21 de abril 2013 (doc. 21 ramo demandada, f.1 tomo IV). Por último, la evolución de unidades producidas y vendidas en el ejercicio 2012 comparado con el ejercicio 2011 ha sufrido un retroceso de 19% en Renault, -18% y -94% en Nissan según proyecto, y -22% en recambio (doc.22 ramo demandada f. 55 tomo IV).” , en base a los folios 346 a 531 Tomo II, y 59 Tomo III.

La revisión no se admite, ya que para que pueda prosperar es preciso que la adición pretendida resulte directamente de los documentos propuestos sin necesidad de realizar conjeturas, formular hipótesis o acudir a razonamientos suplementarios, lo que no ocurre en el presente caso.

5. Se solicita la adición de un nuevo hecho probado, decimosexto, que diga, "La empresa demandada cuenta con una plantilla total a fecha de la ejecución de los

despedidos a 267 trabajadores (doc. 33 ramo demandada, f. 101 y 102 tomo IV). El 20 de agosto de 2012 la demandada procede a 20 despidos objetivos además de los de las demandantes (doc. 33 ramo demandada, f. 78 y ss. Tomo IV), siendo un total de 22 despidos objetivos, que representan un 8,23% de la plantilla de la misma. Tras los 22 despidos amparados en causas objetivas y entre el 20 de agosto 2012 y el 17 de noviembre de 2012, ha habido otras tres extinciones de otros tantos contratos de trabajo: dos por jubilación ordinaria de trabajadores y una por fallecimiento de un trabajador. No constan otras bajas en el referido periodo, i posteriormente, al menos hasta la fecha de celebración del juicio (docs. 35. 36 y 37 ramo demandada, folios 128 y ss., 153 y ss., 164 y ss. Tomo IV).", en base a los folios 78 y ss Tomo IV, 128 y ss, 153 y ss, 164 y ss Tomo IV.

La revisión no se admite, pues el número de despidos objetivos acordados en la misma fecha, y baja habidas, carece de trascendencia.

6. Se interesa la adición de un nuevo hecho probado, decimosexto, que diga, "En fecha 21 de mayo de 2013 se dicta sentencia 170/2013 por el Juzgado de lo social numero 15 de Valencia, de 2 de los 22 empleados despedidos por B.E. SA el 20 de agosto de 2013 (D. R.M.M.R. y D. J.H.P., por la que se declaran procedentes los despidos objetivos realizados por la citada entidad", en base al folio 5 y ss.

La adición no se admite, pues la citada sentencia, que ha sido confirmada por esta Sala en sentencia nº 2420/13 de fecha 11-11-13 (rec. 1969/13), no es firme.

SEGUNDO.- La parte impugnante, al amparo del art. 197 de la LRJS, solicita la adición de un nuevo hecho probado, decimocuarto, que diga, "por la empresa se había efectuado un plan de acciones, reflejado en el escrito de 14 de noviembre de 2011, que comprendían la realización de despidos objetivos, y la supresión de los becarios por estar estos realizando actividades habituales de la empresa", en base a los folios 220 y 221.

Asimismo interesa la adición de un nuevo hecho probado, decimoquinto, que diga, "la empresa demandada tiene concertada con otra empresa la realización de determinados componentes de los productos que fabrica, dando esta ocupación por tal causa en torno a tres trabajadores distribuidos en distintos turnos, y a su vez la demandada ha venido realizando la fabricación de productos para ser suministrados a su matriz B.I.Z. SA existiendo transacciones comerciales entre ambas mercantiles, así como con otras pertenecientes al mismo grupo empresarial. En concreto el codo brida, la producción se llevo a B.I.Z. SA", en base a los folios 113 a 162 Tomo I, folios 286 a 326.

Las adiciones no se admiten, pues la prueba documental citada ya ha sido valorada por el Magistrado de instancia, no pudiendo la Sala realizar en el presente recurso de naturaleza extraordinaria, una nueva valoración de la misma, no apreciándose que el texto propuesto resulte directamente de la prueba documental citada.

TERCERO.- 1. En cuanto al examen del derecho aplicado, al amparo del art. 193-c) de la LRJS, denuncia el recurrente la infracción por la sentencia del art. 52 y 53 del ET, art. 122 de la LRJS. Sostiene que la situación económica de la empresa era negativa, que al primer semestre de 2012 las pérdidas eran de -1.171,767,12€, y al cierre del ejercicio eran de -2.154.283,88€ y las acumuladas eran de -8.026.531,46€, con disminución del nivel de ventas en tres trimestres consecutivos respecto a los mismos trimestres del año anterior, que concurren causas productivas, siendo razonable la medida adoptada, que el ERE se fundamentó en causas técnicas, organizativas y productivas y el despido objetivo en causas económicas reveladas en el primer semestre de 2012, que la sentencia no concluye que exista grupo de empresas a efectos laborales; que el hecho de que la empresa no haya depositado en el registro mercantil las cuentas anuales no implica falta de veracidad de dichas cuentas, aprobadas y auditadas por entidad ajena e independiente, y las formuladas respecto al año 2012, que el plazo para presentar el impuesto de sociedades de 2012 se extiende hasta el 25-7-13, habiéndose alebrado el juicio el 6-6-13; que la situación de guarda legal de las actora únicamente conlleva la nulidad del despido cuando no se aprecie la procedencia del mismo.

2. Esta Sala en sentencia nº 2420/13 de fecha 11-11-2013, recurso 1969/13, que no es firme, confirmó la sentencia del Juzgado nº 15 que declaró la procedencia del mismo despido objetivo de dos trabajadores de la demandada, de la misma fecha y por las mismas causas, por lo que por elementales razones de seguridad jurídica e igualdad ante la ley, procederá resolver en el mismo sentido, y así, en la citada sentencia esta Sala dijo, “Desde un punto de vista formal, el planteamiento de la sentencia recurrida es claro y concreto, los artículos 47 y 51 del ET, no impiden que acordada la medida de suspensión el empleador pueda hacer uso de otras medidas más drásticas como sería en este caso la extinción de contratos, siempre y cuando concurren los requisitos formales y sustantivos legalmente establecidos. Esta afirmación sin embargo debe ser matizada, tal y como resulta de los fundamentos de las sentencias citadas por la recurrente, entre las que se encuentra la sentencia dictada por esta Sala en el recurso de suplicación 2575/2012. Así cuando en el marco de la negociación previa que precede a la adopción de cualquier medida de esta naturaleza, se condiciona el acuerdo al compromiso empresarial de no proceder a efectuar despidos en el periodo de vigencia de la medida, resulta claro que cualquier decisión en este sentido contravendría lo acordado y resultaría improcedente o nula en su caso. Esta sala en su sentencia de 28 de noviembre de 2012, considera además que no es necesario que el compromiso se recoja de forma expresa en el acuerdo alcanzado y que puede desprenderse de forma implícita de la negociación. Por otro lado, aunque resulta cierto que las causas invocadas para adoptar una medida de esta naturaleza no pueden ser utilizadas para justificar los despidos posteriores, si que admite esta posibilidad cuando exista un cambio sustancial de las circunstancias iniciales de suficiente entidad. En el presente caso resulta claro que no se pactó de forma expresa la exclusión de despidos durante la vigencia de la medida de suspensión, a diferencia de acuerdos posteriores a los despidos donde si que consta expresamente este compromiso, tampoco resulta acreditado que existiera negociación alguna en torno a esta posibilidad que permita sostener la existencia de un acuerdo implícito, tal como se recoge en el párrafo tercero del fundamento séptimo en el que se subraya el hecho

de que en la negociación y posterior acuerdo de suspensión se emplearon términos ambiguos como reducir los despidos y favorecer el empleo, eludiendo cualquier compromiso a no despedir. Ahora bien lo anterior no implica que debamos desvincular de forma absoluta la aceptación por parte de los trabajadores de una medida tendente a garantizar la estabilidad en el empleo frente a una situación de crisis, cuya aplicación y alcance no ha sido totalmente constatado, de los despidos objetivos por causas técnicas organizativas o de producción que se produzcan durante su vigencia. Efectivamente, el control Judicial sobre estos últimos debe verificar que las causas económicas alegadas concurren, que tiene la entidad suficiente para justificar los despidos acordados y además que dichas causas son distintas a las que fundaron la suspensión o atienden a circunstancias sustancialmente diferentes a las allí tratadas y por lo tanto que son compatibles. De los hechos declarados probados en la sentencia resulta que la suspensión de contratos se adoptó por necesidades de control de la producción atendida la disminución acusada y continuada de la demanda de producto, mientras que los despidos objetivos se acordaron por causas económicas técnicas y de producción vinculadas a la evolución económica y comercial de los meses posteriores a la adopción del acuerdo de suspensión. En términos generales existe una clara conexión entre la causa económica alegada y la causa productiva en cuanto que el descenso de ventas repercute de forma directa en la facturación y esta se proyecta sobre los resultados económicos de la empresa. Sin embargo retomando las concretas circunstancias del caso que nos ocupa, resulta acreditado que cuando las partes acordaron la medida de suspensión en febrero de 2012, esta medida se adoptó sobre el resultado económico positivo del ejercicio 2011, y que es a partir de los resultados obtenidos en el primer semestre del 2012 cuando se produce una grave situación de perdidas económicas que acumuladas a las previsiones del segundo semestre se concretaron en el resultado negativo de 8.026.531,46€ (hecho probado quinto) cuando se toma la decisión de amortizar los puestos de trabajo de 22 trabajadores, entre los que se encuentran los de los actores. Existe un cambio sustancial de las circunstancias que determinaron en su momento la suspensión de los contratos. Tal y como se desprende de lo expuesto, las medidas adoptadas con carácter previo a los despidos, tenían como fin adecuar la producción a la demanda y se adoptaron al inicio del año 2012, precedidas en aquel momento por una aparente recuperación económica, atendidos los resultados del año 2011 que fueron positivos. Las cifras de caída de ventas y las perdidas registradas en el primer semestre del año 2012, superaron las previsiones iniciales sobre las que se había negociado y constituyen por su alcance una circunstancia sobrevenida con entidad suficiente en este caso para justificar los despidos objetivos acordados tras el acuerdo suspensivo y dentro del periodo de vigencia del mismo. Por todo lo cual entendemos que la resolución de instancia no infringe la legalidad vigente y debe ser confirmada”. Y aplicando lo expuesto al presente procedimiento, dado que se trata del mismo despido, el recurso deberá ser estimado.

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

FALLO

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de B.E. SA, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº.2 de los de Valencia, de fecha 25-junio-2013, en virtud de demanda presentada a instancia de M.T.G. y Y.C.R.; y, en consecuencia, revocamos la sentencia recurrida y con desestimación de la demanda iniciadora de las presentes actuaciones absolvemos a la empresa demandada de la reclamación deducida frente a ella.

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

Sentencia núm. 47, de 17 de enero de 2014

Materia: Trabajadora afiliada en el RETA que presta sus servicios en empresas codemandadas. Tutela de los derechos fundamentales y despido. Extinción de la relación laboral por trasgresión de la buena fe contractual: La trabajadora prestaba servicios en empresas en las que ostentaba el 38% del capital a título ganancial junto a su exmarido y propietario de la empresa a título privativo en el 62% del capital. Administración mancomunada de bienes gananciales. La trabajadora se apropia indebidamente de determinada cantidad y además mantiene discusión acalorada con insultos contra su exmarido. Existen cámaras de vigilancia en la empresa enfocadas al puesto de trabajo de la actora, habiendo ésta intentado desconectarlas o taparlas, causando desperfectos. Las cámaras se colocaron con posterioridad a la demanda de divorcio entre los cónyuges: La actora solicita declaración de despido discriminatorio.

Juzgado: Desestima la demanda absolviendo a los demandados de las pretensiones formuladas de contrario. Declara procedente el despido de la trabajadora.

Sala: Estima en parte el recurso declarando improcedente la extinción de la relación laboral. A la vista de las circunstancias personales de las partes, no queda justificativamente probado que exista trasgresión de la buena fe contractual.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-Frente a la sentencia de la instancia, que considera laboral la relación entre las partes y entiende que los hechos imputados justifican la calificación de procedente del despido de la actora, recurre ésta en suplicación, a través de diversos motivos y por el amparo procesal de los apartados a), b) y c) del artículo 193 de la LRJS.

En el primero de ellos, se solicita la nulidad de la sentencia, que no ha resuelto sobre las alegaciones de su parte sobre la insuficiencia de poder, por parte del Sr. S. para proceder a su despido, pues las dos empresas demandadas constituyen un grupo de empresas que, desde la sentencia ejecutiva de divorcio entre el Sr. S. y la Sra G., tienen ambos la administración mancomunada. En su apoyo cita la STC nº 472006 de 16 de enero (r.a. 6196/2001). Para resolver dicho motivo previamente debemos señalar que la nulidad que se pretende, según reiterada doctrina constitucional constituye un remedio extraordinario de muy estricta y excepcional aplicación dada la notoria conmoción procedimental que supone tanto para las partes como para el principio de celeridad y economía procesal, por lo que su estimación queda condicionada al cumplimiento de unos estrictos condicionamientos que han de ser analizados en el caso concreto y no de forma general, sin que la no concurrencia de

alguno de ellos, de carácter formal en todo caso, sea constitutivo de indefensión, por cuanto la indefensión constitucionalmente prohibida es la material y no la formal, y partiendo de este presupuesto debe incidirse en que *“no basta cualquier infracción o irregularidad procesal cometida por los órganos judiciales sino que de las mismas ha de derivarse un perjuicio material para el interesado, esto es, ha de tener una repercusión real sobre sus posibilidades efectivas de defensa y contradicción, pues no toda infracción o irregularidad procesal cometida por los órganos judiciales provoca, en todos los casos la eliminación o discriminación sustancial de derecho que corresponde a las partes en el proceso»* .(STC 158/1989 de 5 de octubre, y las que reiteran dicha doctrina). En el caso analizado la sentencia no ha omitido valorar la relación entre la actora y la sociedad, que es lo que realmente interesa al caso, lo que efectúa en el FºDº segundo, en sus párrafos 9º y siguientes, donde se analiza con todo detalle la participación minoritaria de la actora en el grupo de empresas, lo que ha propiciado la posibilidad de su despido, la naturaleza laboral de dicha relación, basada en la existencia de dependencia, retribución y ajeneidad. El hecho de que por sentencia del orden civil tenga atribuida de forma mancomunada la administración de los bienes gananciales, que en el presente supuesto se limitan a los beneficios derivados de la explotación de las mercantiles, no implica que el real empresario de dichas entidades mercantiles carezca de facultades para realizar actos derivados de dicha condición. Por ello, estimada la relación entre partes como laboral, deben aplicarse a la misma las consecuencias ligadas a dicha condición, entre las que se encuentra la posibilidad de ser despedida.

SEGUNDO.- Como revisiones fácticas incide la parte recurrente en determinadas omisiones de los hechos probados que considera de gran relevancia para caracterizar los hechos y calificar el despido. Se trata del hecho de haber precedido al matrimonio, en 1996, una situación de convivencia marital previa desde 1987 hasta la presentación por el Sr. S. de la demanda de divorcio, el 13 de enero del 2012, que conllevó la sentencia de fecha 12 de septiembre del 2012, que ordena la administración mancomunada de los gananciales, y la fecha del 30 de octubre como de despido. Ello en base a la documental obrante a los folios 117 y 118 de autos. Lo que la recurrente considera indicios de un despido discriminatorio. Tales hechos, no aparecen como controvertidos, son recogidos parcialmente por la sentencia de la instancia y no discutidos por el impugnante del recurso, por lo que no obstante estimarse poco trascendentes al fondo de la cuestión, procede su estimación.

Del mismo modo debe estimarse la revisión fáctica, contenida en el motivo cuarto, si bien solo en parte, que pretende modificar en parte el hecho séptimo en sus últimas líneas, para decir, respecto a los 500 euros cuya apropiación se imputa, en lugar de que se negó a devolverla que: *“...entregando dicha cantidad, por dos veces y tomándola a cuenta de las facturas y gastos pagados por la actora por cuenta de la empresa por importe de 714,60 euros, cantidad que ha sido contabilizada como pago, siendo la práctica habitual, además de por tener Doña I. suficientes facultades al ser administradora mancomunada por sentencia ejecutiva”*. Es obvio que tal revisión solo es admisible en parte y en relación con el hecho de tratarse de una práctica habitual de la que era apoderada de la empresa, y después administradora suplente y, por tanto, aportaba facturas para liquidar sus gastos, al igual que lo hacía el Sr. S., lo que

hace suponer, al menos hasta la fecha en que la empresa deja de permitírsele, que podía imputar dichos gastos al cobro de otras cantidades.

Por último, en relación con los hechos, se solicita la adición de un párrafo al numerado como noveno, en relación con la imputación sobre la acusación relativa a la manipulación de la cámara de vigilancia, para que se añada: “continuando la cámara siempre su grabación en otra dirección y sin dejar de funcionar”, por constar en el reportaje fotográfico obrante en autos a los folios 87 al 95, en donde efectivamente se constata el funcionamiento continuado de la cámara, dato que no ha sido tampoco cuestionado de contrario.

TERCERO.- Entrando en el examen de las cuestiones jurídicas, y con el amparo del apartado c) del precepto procesal ya citado se alegan diversos motivos, todos ellos sobre la base de la infracción de los arts. 14 y 24 de la CE en relación con el art. 54.2 d) del ET y los arts. 997.2 y 108.2 de la LRJS, así como la doctrina del TS expuesta en la sentencia de 22 de diciembre de 1997, así como las posteriores, en relación con la alegada vulneración, por parte del Sr. S., de los DDFE, por indicios de despido discriminatorio. Pero respecto de ésta alegación, la sala se encuentra conforme con el contenido del pronunciamiento de la instancia que rechaza la existencia de discriminación, pues es evidente que los hechos que se mencionan como datos o indicios no se fundamentan en causas discriminatorias, aunque pudieran entenderse como motivados por las dificultades de índole personal entre quienes ven degradada su relación afectiva, manteniendo las relaciones profesionales preexistentes. Tales datos y circunstancias, que la sentencia y el propio Ministerio Fiscal, estiman no caracterizadores de discriminación, pueden servir, no obstante, para analizar los hechos imputados.

Entrando ya en las infracciones alegadas sobre la calificación del despido, se cita la indebida aplicación del art. 54.2 d) del ET, con cita de los mismos preceptos procesales del motivo anterior y jurisprudencia en relación con las imputaciones relaciones con la apropiación indebida de 500 euros, las ofensas y la manipulación de la cámara de vigilancia, cuya recolocación costó a la empresa la cantidad 43,80 euros. Analizando de forma separada cada imputación, su valoración es la que sigue:

1.- Respecto a los insultos al Sr. S., producidos, según señala la sentencia de instancia en su hecho 7º, durante los enfrentamientos que la actora y su ex esposo mantuvieron los días 16 y 17 de octubre del 2012 en el centro de trabajo, no se puede olvidar que ya fueron objeto de análisis y resolución en la vía penal, por sentencia del Juzgado de Instrucción nº 15 de Valencia, en donde se hace constar como causa del citado enfrentamiento personal la sentencia de divorcio recientemente dictada, lo que resulta ajeno a la relación laboral existente entre ambos, la existencia de versiones contradictorias, las relaciones familiares entre el testigo del Sr. S. y éste, así como la dependencia económica del mismo respecto del denunciante, lo que lleva a dictar fallo absolutorio por dudas sobre la existencia de tales insultos. Tal declaración judicial, dictada antes del propio juicio laboral, debió conllevar que el Juzgado de lo Social dejara de valorar tal imputación. Ello conduce a esta Sala a estimar que tal imputación

no puede ser tomada en consideración a los efectos de calificar el despido, ya que se trata de una cuestión ya juzgada.

2.- En relación con la imputación de apropiación dineraria, la propia sentencia de instancia señala que la actora imputó los 500 euros que se señalan, al pago de gastos asumidos en el desarrollo de su trabajo: combustible, estacionamiento, reparaciones e ITV del vehículo de los meses de junio a agosto de 2012, si bien y tras mencionar la doctrina aplicable en materia de trasgresión de la buena fe contractual, entiende como causa de la gravedad, la circunstancia de no haber puesto en conocimiento de la empresa tal hecho. Sin embargo, dicha omisión, en un clima de desconfianza y tensión, no puede considerarse como integrante de trasgresión de la buena fe, dado que la ahora recurrente no puede equipararse, a la hora de valorar su conducta a un trabajador ordinario. La recurrente, socia de la empresa, y hasta el divorcio cónyuge del empresario, había mantenido la condición de apoderada de la empresa, hasta la fecha en que su esposo interpuso demanda de divorcio, siendo hasta la fecha de su despido la administradora suplente de la empresa. Consta que al igual que el Sr. S. justificaba los gastos con sus propias facturas, que le eran abonadas o compensadas, y que la Sra. G. señaló tanto al Sr. S. como a la Sra. C. la existencia de gastos previos no abonados y mencionó que imputaba tales gastos a la cantidad de los 500 euros cobrados como anticipo por unos trabajos. Por tanto, en éste clima y con las facultades de control que como jefe tenía la actora, no cabe entender que existió una verdadera apropiación dineraria, o al menos que esa fuera la intención de la actora, pues no constando una prohibición expresa al respecto, y con el clima de enfrentamiento personal existente, no cabe considerar dicha conducta con el carácter que se le ha atribuido.

3.- Por último, y en cuanto a la conducta de haber descolgado y posteriormente girado una cámara de vigilancia, que enfocaba el puesto de trabajo de la actora, causando gastos a la empresa de 43,80 euros, debemos igualmente poner en relación dicha conducta con las circunstancias parejas a la misma como son: a) que dicha cámara, fue colocada, en el mes de abril del 2012, una vez presentada por el Sr. S. una demanda de divorcio frente a la actora; b) la misma vigilaba el puesto de trabajo de la trabajadora y permitía al Sr. S. controlar lo que allí sucedía, incluso cuando se encontraba fuera de la empresa, pues estaba conectada a su IPAD, c) la conducta de la actora se limitó a descolgarla en una ocasión o a girarla para que enfocase otra zona del local, por lo que los gastos para su recolocación deben considerarse innecesarios, y la conducta de la Sra. G. la respuesta, incorrecta pero no trasgresora, a una postura de injerencia personal, a la vista de las circunstancias personales de ambos cónyuges, pendientes a esa fecha de la sentencia de divorcio.

En conclusión, procede calificar las imputaciones carentes de la gravedad con las que han sido consideradas en la instancia, a la vista de las circunstancias concurrentes. La consecuencia de todo ello conduce a la estimación parcial del recurso y a la declaración de improcedencia del despido de la parte actora, con condena a la empresa, a su opción, bien a readmitirla, en las mismas condiciones anteriores al despido, lo que conlleva el abono de los salarios de tramitación desde la fecha del despido hasta la de su efectiva readmisión, a razón de 104 euros/día, lo que ésta Sala

hubiera considerado no realizable al amparo de lo previsto en el artículo 110 de la LRJS, si se le hubiera solicitado; o bien a indemnizarla en la cuantía de

CUARTO.- No procede imponer condena en costas.

FALLO

Estimamos en parte el recurso de suplicación interpuesto en nombre de DOÑA I.G.R., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº. CINCO de los de VALENCIA, de fecha 7 de Junio del 2013; y, en consecuencia, revocamos la sentencia recurrida y declaramos la improcedencia del despido de la trabajadora, condenando a la, a su opción, a que la readmita, en las condiciones previas al despido, con abono en este caso de los salarios de tramitación en cuantía de 104 euros/ día, o bien a que la indemnice en cuantía deeuros

Sin costas.

Sentencia núm. 63, de 21 de enero de 2014

Materia: Despido: Extinción relación laboral por causas objetivas. Trabajador que viene prestando sus servicios en mercantil demandada con relación laboral indefinida a tiempo completo. Extinción de relación laboral como resultado de aplicación de un ERE pactado: Despido colectivo. El actor ha sido representante de los trabajadores hasta determinada fecha. El actor solicita la improcedencia del despido y abono de distinta cantidad en concepto de indemnización al no haberse incluido el plus de transporte.

Juzgado: Desestima la demanda declarando la procedencia del despido, absolviendo a los demandados de la demanda en su contra formulada.

Sala: Estima en parte el recurso condenando a la empresa demandada a abonar al trabajador determinada cantidad en concepto de indemnización por falta de preaviso, manteniendo el resto de los pronunciamientos de la resolución recurrida.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. Se recurre por el letrado de D. M.C.M. la sentencia de instancia que declaró la procedencia de la extinción de su contrato de trabajo producida con efectos de 17 de mayo de 2012, en ejecución del acuerdo alcanzado el 4 de mayo de 2012 con el Comité de empresa en procedimiento de despido colectivo.

2. El recurso está dividido en dos grandes motivos. Previamente al examen de ellos, conviene recordar que esta Sala de lo Social ya se ha pronunciado sobre cuestiones semejantes a las que aquí se plantean en sentencias anteriores que resolvieron recursos de otros trabajadores que también prestaron servicios para el IVVSA, por lo que elementales razones de seguridad jurídica y de igualdad en la aplicación de la ley aconsejan seguir el mismo criterio.

3. 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) una amplia revisión del relato de hechos probados que contiene la sentencia recurrida, en los términos que pasamos a examinar:

a) Que se adicione al hecho primero una frase en la que se diga que el plus transporte “se abonaba incluso en los períodos en los que no ha existido desplazamiento desde el respectivo domicilio al centro de trabajo por encontrarse de vacaciones”. Petición a la que se accede pues así resulta de las nóminas del demandante correspondientes al último año de trabajo.

b) Que se revise el hecho probado sexto para que se diga que no consta que de la carta de despido del actor se diera traslado al Comité de Empresa. Esta petición no puede ser acogida al tratarse de un hecho negativo; y es que el relato fáctico de la

sentencia tan solo puede recoger las afirmaciones de hechos evidenciadas de los medios de prueba practicados. Esta misma razón sirve para rechazar la modificación que se solicita en los apartados D) y E) de este motivo.

c) Que en el cuarto párrafo del hecho probado décimo se añada la frase “según el IVVSA” tras la calificación como forzosa de la excedencia de la Sra. L.S. Petición que se rechaza por ser una simple valoración de parte.

d) Finalmente, se interesa que se modifique el hecho probado vigésimo cuarto, para que se diga que el actor fue representante de los trabajadores hasta el 5 de mayo de 2011, en lugar de hasta el 24 de abril de ese mismo año, como se dice en la sentencia. Se rechaza esta petición, no solo porque es irrelevante como seguidamente se razonará, sino además porque no se cita el documento en el que se apoya.

SEGUNDO.- 1. En el segundo y último motivo del recurso se denuncian al amparo del apartado c) del artículo 193 de la LRJS hasta cinco infracciones sustantivas. En primer lugar, se alega la vulneración por la sentencia de instancia de lo dispuesto en los artículos 51.5 y 68 b) del Estatuto de los Trabajadores (ET), en relación con el artículo 124.13 de la LRJS, en cuanto a la prioridad del actor para permanecer en la empresa por haber sido representante de los trabajadores hasta el 24 de abril de 2011 (sic, en contradicción con la revisión de hechos que postulaba en el apartado F) del motivo anterior). Se argumenta por el recurrente, que tratándose de una prioridad de permanencia no se debe considerar cuestiones como la antigüedad o la responsabilidad de otros trabajadores.

2. Para resolver este motivo del recurso es imprescindible recordar que el despido del demandante se produjo con efectos del día 17 de mayo de 2012 y que su cese como representante de los trabajadores tuvo lugar en el mes de abril de 2011, o en el mejor de los casos el 5 de mayo de ese mismo año. Esto es, un año antes de que se produjera su despido. Siendo ello así, hay que recordar la garantía de prioridad de permanencia en la empresa que contempla el artículo 68 b) del ET en los supuestos de suspensión o extinción del contrato por causas tecnológicas o económicas no cabe extenderla al año siguiente a la expiración del mandato representativo, pues esta extensión únicamente está prevista en el apartado c) del citado precepto para los supuestos de sanciones disciplinarias, ya sean estas de despido u otras de menor intensidad, como lo acredita la remisión expresa al artículo 54 del ET. Este criterio ha sido mantenido por esta Sala de lo Social en sentencias anteriores como las 11 de septiembre de 2012 (rs.1787/2012) y 10 de septiembre de 2013 (rs.1458/2013), recogiendo la doctrina de la STS de 13 de septiembre de 1990 en la que se decía que “una exigencia inexcusable para que esa prioridad de permanencia pueda actuar es que la condición de representante de los trabajadores concorra en quien la invoca o pretenda acogerse a la misma, pues la preferencia únicamente opera respecto a quien está en la situación garantizada en el momento de acordarse la medida”. Pero es que además esta doctrina que ha sido ratificada en la reciente STS de 16 de septiembre de 2013 (rcud.1636/2012) en la que se razona lo que sigue: “el precepto citado distingue entre la garantía de prioridad de permanencia en la empresa en los casos de extinción del contrato por causas tecnológicas o económicas (apartado b) y la de no ser

despedido ni sancionado por actos realizados en el ejercicio de su representación durante el desempeño de sus funciones representativas o dentro del año siguiente a la finalización de esa labor (apartado c). Como se puede observar, las diferencias entre las garantías estudiadas son evidentes, pues la primera da la prioridad de permanencia mientras el representante está en activo, como tal, mientras que la segunda extiende sus efectos a las decisiones empresariales tomadas, incluso, durante el año posterior a su cese en las funciones representativas. Aunque ambas tratan de garantizar la independencia del representante de los trabajadores en el desempeño de sus funciones, la primera se concede frente a los despidos o extinciones contractuales fundadas en causas objetivas, mientras que la segunda se da frente a los despidos por causas subjetivas, frente a los despidos y sanciones disciplinarias motivadas por actos del despido. La primera persigue que el representante negocie lo mejor para él y sus representados que quedarían privados de representante en caso de su cese (...) Las diferencias señaladas impiden estimar que la garantía de permanencia en los despidos objetivos se extienda al año posterior al cese del representante de los trabajadores, cual pretende el recurso, por cuanto la garantía de permanencia del art. 64-b) del E.T. tiene distinta naturaleza y regulación que la de interdicción de sanciones disciplinarias del apartado c) del citado artículo, que protege al representante frente a las represalias que el patrono tome contra él por actos realizados en el desempeño de sus funciones representativas y sin que concurra causa fundada”.

3. La aplicación de esta doctrina al presente supuesto nos conduce a rechazar la primera de las infracciones denunciadas en este segundo motivo, pues como hemos señalado al inicio de este fundamento jurídico, el demandante había cesado en su condición de representante de los trabajadores un año antes de su despido, por lo que no le era de aplicación la garantía de prioridad de permanencia en la empresa regulada en el apartado b) del artículo 68 del ET.

Por último, señalar que tampoco el artículo 34 del convenio colectivo, que se cita por el recurrente, altera esta conclusión, pues la garantía que se regula en él extendiéndola a los dos años siguientes a la cesación en el cargo, es la contemplada en el apartado c) del citado artículo 68 del ET y no la del apartado b).

TERCERO.- Las cuestiones que se plantean en los cuatro apartados restantes de este motivo segundo, son idénticas a las resueltas por esta Sala de lo Social en la sentencia de 3 de diciembre de 2013 (rs.2045/2013), seguida por otras posteriores, por lo que procede reproducir los argumentos expresado en ellas.

2. La segunda de las denuncias se centra en la infracción del artículo 124.13 c) de la LRJS, en relación con lo dispuesto en el artículo 51.2 del Estatuto de los Trabajadores (ET) y con la Directiva 98/59/CE del Consejo de 20 de julio de 1998. La infracción de los indicados preceptos se habría producido al no haber aportado el IVVSA en el período de consultas la cuentas, siquiera provisionales, del ejercicio 2012 pese a que había transcurrido al menos un trimestre de dicho ejercicio. El art. 6 del Real Decreto 801/2011, que era el aplicable en la fecha en que se tramitó el despido colectivo del que deriva la extinción de los contratos de trabajo, establece la obligación del empresario de aportar las cuentas anuales de los dos últimos ejercicios económicos

completos. Como quiera que el periodo de consultas se inició en fecha 2 de abril de 2012, difícilmente se podían aportar por el IVVSA las cuentas anuales del ejercicio 2012. Así pues, la obligación de aportar las indicadas cuentas se ha de entender referida a los ejercicios 2010 y 2011, respecto de los que nada se opone. Lo que conduce a considerar suficiente la documentación contable aportada por la indicada empresa, respecto de la que no consta además que se le requiriese la aportación de documentación distinta a la facilitada por la misma, lo que determina la desestimación de la denuncia examinada. Además de lo expuesto, no está de más recordar que conforme señala entre otras, la STS de 27 de mayo del 2013 (rec.78/2012) “no todo incumplimiento de las previsiones contenidas en aquel precepto (se refiere al art. 6 del RD 801/2011) puede alcanzar la consecuencia de nulidad que se pueda desprender del art. 124 LRJS, sino tan sólo aquella que sea trascendente a los efectos de una negociación adecuadamente informada.” Y así, continúa diciendo la meritada sentencia, “la enumeración de documentos que hace la norma reglamentaria no tiene valor «ad solemnitatem», y no toda ausencia documental por fuerza ha de llevar a la referida declaración de nulidad, sino que de tan drástica consecuencia han de excluirse -razonablemente- aquellos documentos que se revelen «intrascendentes» a los efectos que la norma persigue [proporcionar información que consienta una adecuada negociación en orden a la consecución de un posible acuerdo sobre los despidos y/o medidas paliativas: art. 51.2 ET]; con lo que no hacemos sino seguir el criterio que el legislador expresamente adopta en materia de procedimiento administrativo [art. 63.2 LRJ y PAC] e incluso en la normativa procesal [art. 207.c) LRJS].”

CUARTO.- 1. Se denuncia, en tercer lugar, la infracción del artículo 122.1 de la LRJS, en relación con el artículo 51.1 del ET, alegando, de nuevo, la falta de aportación de las cuentas correspondientes al ejercicio 2012, así como la inexistencia de una relación de puestos de trabajo o plantilla, pese a que se debía de haber elaborado la misma de conformidad con lo establecido en el art. 18 del Decreto Ley 1/2011.

2. Respecto a la falta de aportación de las cuentas del ejercicio 2012, ya se ha contestado al examinar el anterior apartado por lo que se ha de tener aquí por reproducido lo que antes se ha manifestado a fin de evitar inútiles reiteraciones. Y en cuanto a la inexistencia de una relación de puestos de trabajo, se ha de indicar que entre la documentación que ha de aportar la empresa en el período de consultas no se encuentra la indicada relación de puestos de trabajo, como se deduce de la simple lectura de lo establecido en los art. 6, 7, 8 y 9 del Reglamento de los procedimientos de regulación de empleo y de actuación administrativa en materia de traslados colectivos, aprobado por el Real Decreto Ley 801/2011, por lo que con independencia de que la inexistencia de la confección de la correspondiente plantilla pueda constituir una irregularidad merecedora, en su caso, de la correspondiente sanción administrativa, carece de incidencia a efectos de invalidar la decisión extintiva ahora impugnada, lo que determina el fracaso de la censura jurídica expuesta.

QUINTO.- 1. En cuarto lugar se denuncia la infracción del art. 124. 13. c) de la LRJS, en relación con lo dispuesto en el art. 51.2 del ET respecto de la exigencia de buena fe en el período de consultas. A su vez este apartado contiene otras tres censuras jurídicas.

2. En la primera de ellas se imputa a la resolución recurrida la infracción de la Disposición Adicional Vigésima del Estatuto de los Trabajadores introducida por la Disposición Adicional Segunda del RDL 3/2012, de 10 de febrero de 2012, en relación con el Decreto Ley 1/2011, de 30 de septiembre y el Decreto Ley 1/2012, de 5 de enero, ambos de la Generalitat Valenciana. Razona la defensa de los recurrentes que la normativa autonómica vigente en la fecha en que se produce el despido colectivo, no contemplaba la destrucción de empleo público y, por el contrario, disponía la elaboración de un Plan de Saneario (art. 7 del Decreto Ley 1/2011) que debió de haberse realizado con carácter previo a la adopción de cualquier decisión en materia de empleo, sin que conste la aprobación de dicho documento ni su elevación a la Conselleria competente como preveía el referido precepto. Vuelve a incidir el recurrente en la inexistencia de una relación de puestos de trabajo o plantilla por parte del IVVSA pese al carácter preceptivo de su aprobación y publicación anual en el Diario Oficial de la Comunidad Valenciana (art. 18 del Decreto Ley 1/2011) y reseña que las principales medidas para facilitar el cumplimiento de los compromisos en materia de estabilidad contempladas en el Decreto Ley 1/2012, de medidas urgentes para la Reducción del Déficit en la Comunitat Valenciana, incluían la reducción de jornada del personal temporal con la correspondiente disminución proporcional en las retribuciones, sin que hubiesen de verse afectados los niveles de prestación de servicios públicos ni las tasas de ocupación en la Comunidad Valenciana; y respecto al personal fijo o de carrera, a modo de opción, la posibilidad de que este personal accediese a una reducción de jornada con la disminución proporcional de retribuciones de carácter voluntario, denunciando el recurrente la inexistencia de un proceso negociador de carácter global para la concreción de las indicadas medidas.

Tampoco esta censura jurídica merece favorable acogida ya que con independencia de que la normativa autonómica reseñada por el actor no previera la posibilidad del despido colectivo en el sector público, lo que es lógico pues no fue sino hasta la entrada en vigor del RDL 3/2012, de 10 de febrero de 2012, cuando se introduce dicha posibilidad, el acogimiento de la misma por parte de IVVSA se fundamenta precisamente en el nuevo cambio normativo. Y aun cuando pudieran haberse adoptado otra serie de medidas no está de más recordar, conforme indica la STS de 20 de septiembre de 2013 (rec. 11/2013) que “el legislador del 2012 ha querido además y así lo ha hecho constar en la exposición de motivos de la Ley 3/2012 (apartado V) – al igual que en la exposición de motivos del RD Ley 3/2012 (apartado V)-, que los órganos jurisdiccionales encargados del enjuiciamiento de los despidos colectivos no sustituyan al empresario en la elección de las medidas concretas a adoptar, limitando su control a verificar que las causas económicas alegadas existen, que tienen entidad suficiente para justificar una restructuración de los objetivos y de los recursos productivos de la empresa, que no son por tanto un pretexto o excusa para despedir y que la supresión o amortización de puestos de trabajo acordada es una medida apropiada (o una de las medidas apropiadas) para hacerles frente.”

Por consiguiente, si con independencia de la posibilidad de adoptar otras medidas distintas al despido colectivo, éste responde a las causas económicas, organizativas, técnicas o productivas en las que se ampara, no cabe sino declararlo

ajustado a derecho, ya que según la meritada sentencia “no corresponde en el derecho vigente a los órganos jurisdiccionales, al valorar las causas de los despidos económicos, efectuar un juicio de proporcionalidad en el sentido técnico-jurídico de la expresión, el cual presupone una valoración del carácter indispensable de la decisión adoptada, sino un juicio de adecuación más limitado, que compruebe la existencia de la causa o causas alegadas, su pertenencia al tipo legal descrito en el artículo 51 ET, y la idoneidad de las mismas en términos de gestión empresarial en orden a justificar los ceses acordados.”

3. En la segunda censura jurídica que comprende el apartado ahora examinado, se imputa a la sentencia de instancia la infracción del art. 41 del ET por la forma en que la empresa demandada llevó a cabo la modificación de las condiciones de trabajo de veintiocho trabajadores con anterioridad a la publicación de la lista de afectados por el expediente de despido colectivo.

Respecto a la cuestión ahora planteada se ha de indicar que la Sala no alcanza a comprender la infracción jurídica denunciada, ya que las posibles irregularidades en que haya podido incurrir la empresa demandada al modificar las condiciones de trabajo de veintiocho de los trabajadores no afectados por la medida de despido colectivo, no pueden sino carecer de incidencia en la validez del indicado despido al ser ajenas al mismo, por más que la parte actora intenta vincularlas, lo que resulta a todas luces inviable y determina el rechazo de la infracción jurídica denunciada.

SEXTO.- 1. A continuación denuncia la defensa de la parte actora la infracción del art. 51.4 del ET en su redacción dada por el RD Ley 3/2012, en relación con el art. 53.1 de la misma norma, el art. 124.11 (en su redacción dada por el RD Ley 3/2012) y el art. 122.3 ambos de la LRJS. Razona la parte recurrente que la falta de notificación a los representantes de los trabajadores del despido del demandante determina la nulidad de dicho despido al no reunir el mismo los requisitos de forma exigidos legalmente.

2. De la remisión que efectúa el artículo 51.4 ET al artículo 53.1 del mismo texto legal, se desprende la obligación de notificar individualmente por escrito a todos los trabajadores afectados por el despido y dicha notificación se ha de llevar a cabo cumpliendo los requisitos establecidos para el despido objetivo por causas económicas, técnicas organizativas o de producción. Dicho lo anterior, las consecuencias derivadas del incumplimiento de alguno de los requisitos establecidos en el art. 53.1 ET no puede ser la misma con independencia del requisito omitido, sino que dependerá del concreto requisito que no se haya observado, al igual que sucede con el incumplimiento de los requisitos formales del despido objetivo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción. Ahora bien en el caso de despido individual derivado del colectivo, solo si se omite la comunicación escrita al trabajador afectado con expresión de la causa, o no se pone a su disposición la indemnización devengada (salvo que exista causa económica y no haya liquidez) habrá que declarar la improcedencia del despido. No así en el caso de que no se haya entregado copia de la carta de despido a los representantes de los trabajadores ya que la doctrina jurisprudencial que anuda la declaración de nulidad –o de improcedencia tras la

reforma introducida por R.D.-ley 10/2010 de 16 de junio- al incumplimiento de la entrega de la carta de despido objetivo por las causas del artículo 52 c ET a los representantes de los trabajadores, se fundamenta en que la omisión de dicha exigencia no es un mero incumplimiento de un deber de información cuya represión se agote en una sanción administrativa, sino que la información a los representantes de los trabajadores sobre los despidos objetivos económicos es una pieza esencial del sistema legal de control de la distinción institucional entre el despido colectivo y el objetivo, pero en el despido individual derivado del despido colectivo carece de sentido el establecimiento del referido control. Por otra parte los representantes de los trabajadores son, en principio, concededores de los despidos individuales que se van a realizar tras el despido colectivo, habida cuenta del proceso previo de negociación mantenido con la empresa, y que, a falta de acuerdo, la empresa les ha de notificar la decisión adoptada sobre el despido colectivo. Por lo que parece desproporcionado anudar la calificación de improcedencia del despido al incumplimiento de la entrega de la carta de despido individual a los representantes de los trabajadores, sobre todo si se tiene en cuenta que los mismos ya cuentan con la información facilitada por la empresa sobre las causas del despido, la documentación aportada referente a dichas causas, los trabajadores afectados, el período en que se llevarán a cabo los despidos individuales derivados del colectivo y los criterios de selección de los trabajadores afectados. De modo que el trabajador despedido puede obtener de dichos representantes la información sobre el despido colectivo del que deriva el suyo para comprobar si se ajusta, o no, a lo acordado o decidido en aquél.

3. También en este apartado se reclama que la indemnización se cifre en la cuantía de 13.982,80 € resultado de computar como salario el plus transporte que percibía el trabajador. Como se razona en nuestra sentencia de 3 de diciembre de 2013, la escasa fundamentación acerca de la pertinencia de la infracción jurisprudencial denunciada así como el hecho de que tan solo constituye jurisprudencia la doctrina emanada de las sentencias del Tribunal Supremo dictadas en recursos de casación para la unificación de doctrina, bastaría para su desestimación, pero es que además el abono del indicado plus durante el mes de vacaciones resulta insuficiente para rebatir el carácter extrasalarial del mismo ya que se apoya en un aspecto meramente formal como es la forma de pago del indicado plus y de acuerdo con lo manifestado por nuestro Alto Tribunal en sentencia de 15.3.1999, rec. 2175/1998 no cabe deducir de forma automática la pretendida naturaleza salarial del plus transporte por la forma de abonarlo todos los meses, incluso el de vacaciones, pues ello, no denota sin más la inexistencia de los gastos que conceptualmente remuneran tales complementos, y máxime cuando la propia norma convencional considera que tales pluses solo se devengarán durante los días de trabajo. La jurisprudencia expuesta (sentencias del TS de 15.3.99 y de 16.4.10, dictadas en recursos de casación, con criterio reiterado) mantiene pues el carácter de indemnizaciones o suplidos de conceptos como el ahora discutido, por lo que debe ser excluido del cómputo del salario a efectos de calcular la indemnización devengada por el despido del demandante tal y como ha efectuado la sentencia del juzgado que no ha incurrido en la vulneración jurídica denunciada.

4. También se reclama la indemnización por falta de preaviso. En este extremo

el recurso debe ser estimado, si bien hay que tener en cuenta que el incumplimiento de dicho plazo no puede llevar aparejada la declaración de improcedencia del despido del demandante sino que la consecuencia de dicho incumplimiento ha de ser al igual que sucede cuando se incumple el plazo de preaviso en el despido objetivo por causas económicas, la condena de la empresa demandada al abono de los salarios correspondientes a los días de preaviso incumplidos que en el presente caso son quince, por lo que la indicada condena se ha de cifrar en 1372,53 €. (91,50 x 15 días)

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

FALLO

Estimamos parcialmente el recurso de suplicación interpuesto en nombre de DON M.C.M. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social n.º 11 de los de Valencia y su provincia de fecha 2 de julio de 2013; y en consecuencia, revocamos la sentencia impugnada en el sentido de condenar al INSTITUTO VALENCIANO DE VIVIENDA, S.A. a abonar al demandante la cantidad de 1372,53 euros en concepto de indemnización por falta de preaviso, manteniendo el resto de los pronunciamientos de la resolución recurrida.

Sin costas.

Sentencia núm. 108, de 23 de enero de 2014

Materia: Conflicto colectivo. Trabajadores miembros del comité de empresa. Tras el despido de tres encargados por causas productivas en la empresa, se procede a un nuevo organigrama y a nuevas denominaciones de los puestos. Modificación de las condiciones de trabajo entre trabajadores y empresa: consideración modificación de carácter colectivo.

Juzgado: Desestima la demanda planteada absolviendo a la demandada de la misma.

Sala: Desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia. No cabe considerar que se esté ante una modificación de carácter colectivo.

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 desestimó su demanda instada en materia de conflicto colectivo. El primer motivo del recurso se formula al amparo del art. 193-b) de la LRJS, interesando, en primer lugar, la revisión del hecho probado cuarto, en el siguiente sentido: “la frase contenida en relación a los 8 trabajadores pasados a la categoría de encargado de sección, “ocupando la posición correspondiente en función de su antigüedad en la relación de trabajadores fijos discontinuos - añadiendo- en la categoría de peón”, deberán también referirse y por tanto contenerse en relación con los 14 trabadores que pasan a la categoría de peón”, en base a los folios 182 a 195.

La revisión de hecho –de singular importancia en cuanto la resultancia fáctica constituye la base indispensable para el examen del derecho aplicable- exige 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”. Pues bien, en el presente caso el recurrente no propone de manera clara y taxativa la redacción alternativa, sino que realiza una serie de conclusiones que no se desprenden directamente del documento citado, pues conforme a reiterada doctrina para que pueda prosperar la revisión de los hechos declarados probados por la sentencia de instancia es preciso que la modificación pretendida resulte directamente de los documentos propuestos sin necesidad de realizar conjeturas, formular hipótesis o acudir a razonamientos suplementarios, lo que lleva a la desestimación de la revisión.

2. En segundo lugar, interesa la adición de un nuevo hecho probado, de ordinal noveno, pasando el noveno a ser el décimo, que diga, “El pase de los 14 trabajadores a la categoría de peón y su inclusión en la relación de trabajadores fijos discontinuos de la categoría de peón modifica el orden de la lista de llamamientos al incluir en la misma según su antigüedad a los nuevos peones, afectando a todos los peones con

una antigüedad inferior al 21 de octubre de 1986 (fecha de antigüedad de Dña. J.P.P. – folio 123) y que según el listado del censo actual afecta a muchos más de 30 trabajadores”, en base a los folios 124 a 128 y 151 a 185.

Los documentos en que se apoya el recurrente consisten en nóminas, listado de 341 trabajadores, cartas de despido, sentencia del juzgado, y acuerdos individuales entre la empresa y trabajadores, siendo evidente que el contenido del texto propuesto por el recurrente implica una conclusión que no se desprende directamente de la extensa documental en que apoya su revisión, por lo que no se admite la adición.

SEGUNDO.- En el segundo motivo, redactado al amparo del art. 193-c) del art. 193 de la LRJS, se denuncia la infracción del art. 41 del ET. Sostiene el recurrente que la medida empresarial afecta a más de 30 trabajadores, “pues el orden de llamamiento del listado de peones (fijos discontinuos) se ha alterado” y “se ha “colado” en el listado de personal que hasta la fecha de la modificación ostentaba otra categoría y no se hallaba en el listado de peones fijos discontinuos ni desde luego competía con ellos en ninguna posición”, que el orden de llamamiento depende de las necesidades productiva pero debe respetar la antigüedad, y las antigüedades de los nuevo peones desplaza a la mayoría de los existentes en el listado del censo electoral, que se vulnera el art. 10 del Convenio Colectivo de actividades agropecuarias de la provincia de Alicante y los Acuerdos de la empresa obrantes en autos, que los trabajadores que pasan a las categorías deberían ingresar en los listados con una antigüedad coincidente con el día de la modificación y no con la que tenían desde su ingreso en la empresa, que se ha acudido a acuerdos individuales para debilitar cualquier posibilidad de reacción.

En el suplico de la demanda se interesa se declare el derecho a la negociación colectiva en relación con las materias de clasificación profesional y salarios de los trabajadores afectados por las modificaciones sustanciales de los contratos de trabajo, y la declaración de procedencia de la restitución de las categorías pactadas en el acuerdo de marzo de 2010, así como la restitución de las antigüedades modificadas. Pues bien, del relato de hechos probados se desprende que las modificaciones de contrato de trabajo individuales acordadas entre la empresa y varios trabajadores no afectaron a treinta trabajadores, por lo que conforme al art. 41 del ET, no cabe considerar que estemos ante una modificación de carácter colectivo, y los acuerdos alcanzados con veintidós trabajadores, especificados en el hecho probado cuarto, no implican una modificación sustancial de las condiciones de trabajo del resto de los trabajadores fijos discontinuos de la empresa, lo que conlleva la desestimación del recurso.

FALLO

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de D^a A.M.S. y D. J.J.C.R., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº. 1 de los de Alicante, de fecha 8-junio-2013; y, en consecuencia, confirmamos la resolución recurrida.

1831

Sentencia núm. 113, de 24 de enero de 2014

Materia: Extinción de contrato y reclamación de cantidad. Trabajadores al servicio de empresa dedicada a la actividad de manipulado y recolección de cítricos. Los actores ostentan la condición de fijos discontinuos. Falta de llamamiento para la campaña al carecer de recursos financieros como consecuencia de intervención concursal. La empresa codemandada ofrece puestos de trabajo en otra localidad. Ante la negativa de los trabajadores a desplazarse al nuevo centro, la empresa inicia la campaña con tres meses de retraso. Consideración de extinción de la relación laboral por incumplimiento grave empresarial.

Juzgado: Desestima las excepciones alegadas por los demandados y estima la demanda declarando extinguida la relación laboral por incumplimiento empresarial, condenando a las mercantiles con carácter solidario a abonar a los actores determinadas cantidades en concepto de indemnización y condenando a la administración concursal a estar y pasar por esta declaración en las competencias que en el procedimiento concursal le correspondan.

Sala: Estima el recurso y revoca la sentencia de instancia. Las circunstancias financieras de la empresa, la existencia de un procedimiento concursal, la falta de volumen de trabajo, la propuesta de trabajo en otro centro y el compromiso para trabajar en la próxima campaña ponen de manifiesto que no existe despido. Además, el retraso por las dificultades económicas alegadas no constituye un incumplimiento lo suficientemente grave para acordar la extinción laboral.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Contra la sentencia de instancia dictada en el presente procedimiento de extinción, se interponen dos recursos. El primero lo formula la empresa M.G. e H. SA y el segundo M. SA. Ambos recursos son objeto de impugnación por las dos representaciones de los trabajadores que interpusieron la demanda inicial.

La letrada A.V.C., solicita en sus escritos de impugnación, al amparo de lo dispuesto en el artículo 197 de la LRJS la adición al hecho probado cuarto de un nuevo texto en el que conforme a lo dispuesto en los documentos 5 y 6 del ramo de prueba de la parte actora se haga constar en los términos que se desprenden del texto propuesto que aquí se da por reproducido que los documento remitidos por M. a los trabajadores en fechas 31/08/2012 y 27/09/2012 llevan la misma firma de M.G. e hijos.

Admitida la posibilidad de que a través del escrito de impugnación la parte recurrida pueda modificar el relato fáctico, en los términos y con el alcance que ha establecido la reciente sentencia de TS 15/10/2013, recurso 1195/2013, la adición

solicitada solo puede admitirse en los términos formales que constan en los citados documentos cuyo contenido se da por reproducido a efectos de aclaración de lo dispuesto en el hecho cuarto de la sentencia.

SEGUNDO.- 1. Entrando ya a conocer de los recursos interpuestos contra la sentencia, procedemos en primer lugar a resolver el recurso formulado por la empresa M.G. e Hijos SA. Este recurso plantea dos motivos de suplicación redactados con amparo procesal en el artículo 193 apartados b y c de la LRJS.

En el primer motivo se solicita una amplia revisión del relato de hechos probados. Se propone la modificación del hecho probado primero para sustituir los salarios fijados en sentencia por los que la parte entiende debieron constar, acompaña su propuesta de una serie de alegaciones referidas a la prueba documental y a los criterios de cálculo empleados por la Magistrada de Instancia para la fijación de los mismos, por lo que entendemos que su propuesta no puede prosperar en la medida que excede del ámbito de aplicación de la norma procesal invocada, y ello tanto porque no parte del error manifiesto sino de la discrepancia de valoración como porque se extiende a la argumentación jurídica recogida en el fundamento quinto de la sentencia, lo que como hemos dicho no puede ser objeto de revisión en los términos solicitados.

En segundo lugar, la parte propone la adición de un nuevo párrafo al hecho probado tercero en el que se deje constancia de la situación de concurso voluntario en el que se encuentran incursas ambas empresas (documento obrante en el folio 219 y 286) no siendo cuestión controvertida y siendo un hecho admitido en la sentencia no procede acceder a dicha modificación.

En tercer lugar, se postula la eliminación del hecho octavo por entender que su redacción actual le causa indefensión. Tampoco esta petición puede prosperar pues la revisión fáctica debe apoyarse en el error de valoración de la prueba documental, por lo que de nuevo la parte excede en su pretensión del motivo procesal invocado.

En cuarto lugar, y a tenor de lo dispuesto en los folios 103 y 104, se solicita que se incorpore al hecho probado noveno, las fechas de prestación de servicios para la codemandada M. de las trabajadoras, S.C. y O.B. La redacción propuesta no parte del error de la juzgadora que funda la redacción actual en los informes de vida laboral emitidos por la TGSS (folios 97 a 121), por lo que no procede acceder a la aclaración solicitada.

TERCERO- 1. En el segundo motivo del recurso la empresa recurrente denuncia al amparo de lo dispuesto en el artículo 193.c de la LRJS la infracción de los artículos 49.1 K y 50 del ET. Sostiene en definitiva que la acción que debieron ejercitar los actores era la de despido y que en ningún caso concurren los presupuestos legales de extinción del artículo 50 del ET.

La primera de las cuestiones planteadas es resuelta de forma correcta por la sentencia de instancia pues tal como se infiere de la comunicación entregada al inicio

de la campaña no existe ánimo de extinción o ruptura del vínculo, y en este sentido su no llamamiento por falta de recursos financieros a causa de la intervención concursal y la falta de volumen de trabajo y el compromiso de contratación en la siguiente campaña, ponen de manifiesto que no existió un despido, pues la relación laboral se mantuvo viva, si bien con las peculiaridades de una contratación de carácter fijo-discontinuo. (STS 24/04/2012, recurso 5020/2012).

Nos queda pues analizar si de acuerdo con las previsiones del artículo 50 del ET las demandadas incurrieron en un incumplimiento grave por falta de ocupación efectiva determinante de la extinción indemnizada de los contratos a instancia de los trabajadores afectados.

2. El artículo 50c del ET prevé la extinción del contrato por cualquier incumplimiento grave del empleador. La sentencia de instancia argumenta que la empresa no justificó en este caso el retraso en el llamamiento que finalmente se produjo en enero de 2013 y aplicando la doctrina sostenida por esta Sala en ST de 11/11/2008, recurso 3172/2008 acuerda la extinción por incumplimiento.

La valoración de las circunstancias concurrentes se mueve en estos casos en la frontera que delimita por un lado el derecho de la empleadora a concretar la fecha de inicio de la campaña dada la flexibilidad de acotamiento temporal que caracteriza este tipo de contratación y que en el caso que nos ocupa se materializa en el artículo 31 del convenio colectivo aplicable, y el rechazo de la imposición unilateral de condiciones de trabajo al margen de los mecanismos legales establecidos.

3. En el caso que nos ocupa la empresa comunicó a sus trabajadores la suspensión de la campaña 2012-2013, en el centro de Sagunto por motivos económicos y de producción, en esas mismas fechas los trabajadores afectados recibieron oferta de trabajo de la codemandada M. SA en la que se les proponía su incorporación a la campaña 2012-2013 en un centro de trabajo situado en la localidad de Amposta. Ante la negativa de los trabajadores a desplazarse fuera de su localidad, y la interposición por parte de éstos de distintas reclamaciones, la empresa finalmente inició la campaña en el centro de Sagunto, con un retraso de casi tres meses durante los cuales los trabajadores no pudieron desempeñar su actividad.

La demandada acredita que se encontraba en situación de concurso de acreedores, pues así consta en el relato fáctico de la sentencia, y por lo tanto que atravesaba una situación de crisis económica con falta de liquidez e intervención de sus facultades de dirección. En este contexto puede inferirse que con su actuación lo que trató de llevar a cabo fue un traslado de la producción del centro de Sagunto al de Amposta y que tras la negativa de los trabajadores decidió iniciar la campaña en el centro de Sagunto. La cuestión pues es determinar si el retraso generado por las dificultades económicas alegadas constituye un incumplimiento suficientemente grave para acordar la extinción.

En primer lugar, tal y como hemos relatado, consta en el relato fáctico de la sentencia que el mismo día que la empresa M.G. e Hijos comunicó a sus trabajadores

que no iba a iniciar su campaña (27/09/2012) la codemandada M. comunicó a los trabajadores una oferta de trabajo en el centro de Amposta, en condiciones laborales similares a las que tenían como trabajadores de M.G. e Hijos, oferta que reiteró el 23/11/2012 y que los trabajadores rechazaron por considerar que se trataba de un traslado encubierto. Con independencia de que pueda cuestionarse su actuación lo cierto es que la empresa ofreció ocupación a los trabajadores y que finalmente los empleó en la campaña de 2013 (3 de enero), por lo que su incumplimiento no puede ser analizado más allá de la existencia de un retraso en el inicio de la campaña de 3 meses. La gravedad de la conducta en este caso debe graduarse en relación con las concretas circunstancias, concretamente la existencia de un procedimiento Concursal, la trayectoria profesional de los actores en la empresa, la especial naturaleza del contrato analizado y el cumplimiento final por parte de las demandadas del llamamiento cíclico a los trabajadores. Las circunstancias enumeradas nos llevan a considerar en este caso concreto que no nos encontramos ante un supuesto grave de falta de ocupación efectiva de los trabajadores y por lo tanto a estimar este segundo motivo de suplicación.

CUARTO—1. La estimación de este motivo hace innecesario analizar el recurso interpuesto por la codemandada M. SA.

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

FALLO

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de M.G. E HIJOS, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº4 de los de VALENCIA de fecha 2/07/2013, en virtud de demanda presentada a instancia de X.; y, en consecuencia, revocamos la sentencia recurrida y con desestimación de la demanda iniciadora de las presentes actuaciones absolvemos a las empresas demandadas de la reclamación deducida frente a ella.

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

Sentencia núm. 166, de 28 de enero de 2014

Materia: Despido: Extinción de la relación laboral por causas objetivas. Trabajadora social al servicio de organización no gubernamental con diferentes contratos de trabajo. Extinción de la relación laboral por causas económicas. Aplicación art. 52 e) ET en lugar del art. 52 c) el ET. Declaración de situación de indefensión de la trabajadora y error inexcusable en el cálculo de la indemnización.

Juzgado: Desestima la demanda declarando procedente el despido de la trabajadora. Quedan justificadas las razones objetivas del despido.

Sala: Desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia. Ni se ha producido una situación de indefensión en la figura de la demandante, ni el error en el cálculo de la indemnización por parte de la parte demandada puede ser considerado como una circunstancia inexcusable.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Frente a la sentencia de la instancia, que desestima la demanda de la trabajadora despedida y declara que la decisión de la empresa fue procedente, recurre ésta, con el amparo procesal de los apartados a) y c) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social- LRJS-.

En el primero de los motivos se solicita la reposición de actuaciones ya que la sentencia de instancia ha tomado en consideración, al aplicarlo, el supuesto previsto en la letra e) del artículo 52 del ET, en lugar del apartado c) manifestado en la carta de despido. Y que ello vulnera lo previsto en el apartado 2 del artículo 105 de la citada LRJS. Señala que si bien en el acto del juicio la empresa mencionó que el apartado aplicable era el e), entiende la parte recurrente que ello le causó indefensión, pues la carta de despido no señalaba que sus funciones y puesto de trabajo se encontraba ligado al proyecto conocido como La Llar, ni su contrato indefinido mencionaba tal situación, que tampoco menciona la sentencia de la instancia.

Para resolver ésta pretensión de nulidad de la sentencia de instancia, es necesario recordar que constituye doctrina jurisprudencial consolidada (por todas, sentencia de 21 de noviembre de 2.005) que para que prospere el motivo de impugnación previsto en el apartado a) del artículo 193 de la LRJS deben concurrir tres requisitos: 1º identificarse el precepto procesal que se estime infringido; 2º que se acredite la existencia de indefensión; 3º que la parte que se considera perjudicada por la decisión judicial, haya efectuado la oportuna protesta en el acto del juicio oral, para que no se le pueda reprochar haber contribuido a la indefensión que luego denuncia, salvo que la infracción de la norma procesal se produzca en la sentencia. Cumplidos el primer y tercero de los requisitos, procede analizar si efectivamente se ha producido la indefensión alegada. Pero para que ésta pueda afirmarse, no basta el mero incumplimiento formal de normas procesales sino que éste debe tener una

repercusión real sobre los derechos de defensa y contradicción, privando de la posibilidad de justificar el reconocimiento del derecho que se reclama o de la de replicar las posiciones contrarias a esa reclamación (por todas, sentencia del Tribunal Constitucional 168/2.002). Y a la vista de la situación concreta, esta Sala no aprecia la existencia de indefensión, alegada por el recurrente en el primero de los motivos de su recurso, por cuanto la cita errónea de una causa no es relevante si del conjunto de la comunicación de la empresa se desprende, sin ninguna duda, cual es el apartado del artículo 52 del ET que resulta aplicable. En dicha comunicación se señala el proyecto La Llar donde la actora desempeñaba su trabajo, la existencia del convenio con el Ayuntamiento, así como la reducción cuantitativa de la subvención de 183.151 euros a 140.000, y los gastos que implica el funcionamiento de dicho proyecto. Además se concreta la necesidad de cerrar el centro para el curso próximo, se adjuntan tablas de todos los gastos por mensualidades y se comunica la decisión de amortizar su puesto de trabajo y el de la limpiadora, ambas comprendidas en el taller Joven, así como la necesidad de proceder, además, a una rebaja de salarios del resto del personal.

Expresada así la causa de la amortización de su puesto de trabajo, es evidente que la misma y los hechos que la acreditan se encuentran suficientemente concretados, por lo que no existe atisbo alguno de indefensión para la trabajadora. La concreción formal de la misma, con base en otro apartado del art 52 que la empresa planteó en el propio acto oral del juicio no impidió la correcta defensa de la actora ni hubiera podido ésta efectuar otra clase de acción o de alegaciones.

SEGUNDO.- Con amparo en el apartado c) del ya citado precepto procesal se cita la infracción del artículo 53 en relación con el 52 del ET, que exige “poner a disposición del trabajador simultáneamente a la entrega de la comunicación escrita, la indemnización de veinte días por año de servicio”. La sentencia de instancia señala que la empresa, que efectivamente procedió a poner a disposición de la trabajadora una indemnización inferior, debido a haber computado indebidamente la antigüedad de la trabajadora, teniendo en cuenta la que constaba en las nóminas y la vida laboral, sin computar la contratación temporal previa, razona que se trata de un error excusable.

Tal razonamiento obliga a señalar que la jurisprudencia ha venido admitiendo, la posibilidad de que, sin afectar ello a la buena fe, se pueda producir un error en el cómputo de la indemnización, cuya consideración invalide las consecuencias previstas en la norma. Significativa es la STS de 11 de octubre de 2006, que determina el alcance del significado que corresponde a ese concepto jurídico indeterminado que es el “error excusable”. Así, señala literalmente: “Las normas que regulan la cuestión controvertida se reducen al mandato del art. 53.4 ET, expresivo de que «Cuando el empresario no cumpliera los requisitos establecidos en el apartado 1, [...] la decisión extintiva será nula, debiendo la autoridad judicial hacer tal declaración de oficio»; y a la previsión que hace el art. 122.3 LPL, respecto de que «No procederá la declaración de nulidad [ahora sería improcedencia...] por haber existido error excusable en el cálculo de la indemnización puesta disposición del trabajador». Con lo que es claro que el tema sometido a debate se limita a determinar -como hemos adelantado- si supone «error excusable» el haber calculado la indemnización tomando como base de su cómputo una antigüedad incorrecta, al haber procedido a computarla en base a los datos

obrantes en las nóminas y en la vida laboral y no la real que hubiera obligado al cómputo de una previa contratación temporal.

En la distinción entre la diferencia en la indemnización por «error excusable» y la insuficiente por negligencia o «error inexcusable», no cabe efectuar una interpretación excesivamente rigorista y cerrada del precepto, en el sentido de que sólo sería efectiva una consignación de total equivalencia con el importe de la indemnización, pues ello supondría la inaplicación de la norma en la mayoría de las ocasiones, de forma que el criterio de la buena fe debe presidir el entendimiento y la aplicación del precepto. También se ha señalado que ese error excusable no puede identificarse con el «simple error de cuenta» que «sólo dará lugar a su corrección», conforme al art. 1266 CC; si así fuese sería palmariamente innecesaria toda referencia a la excusabilidad del error, pues el de cuenta ya lo es por propia naturaleza.

Dentro del análisis particularizado al caso concreto, en éste supuesto, como ya se ha señalado, la conclusión a la que el juzgador de la instancia ha llegado es discutible, pero no puede decirse que sea incorrecta pues se basa en el error de quien efectúa la liquidación en base a los datos objetivos que constan en las nóminas y en la vida laboral de la trabajadora, y al percatarse apenas unos días después de tal error, procede a su subsanación mediante la transferencia del resto de lo debido. Tal entendimiento por parte de quien dicta la sentencia de instancia es perfectamente aceptable dentro de la Teoría del error excusable, por lo que debe esta Sala mantener tal convicción, lo que implica el rechazo del motivo, y en consecuencia del recurso interpuesto contra la sentencia de la instancia.

Por todo lo cual procede, con desestimación del recurso y de las diversas pretensiones principal y subsidiarias planteadas en el mismo, la íntegra confirmación de la sentencia de la instancia.

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

FALLO

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de DOÑA R.A.G.G., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº. UNO de los de CASTELLON, de fecha 8 de Octubre del 2013; y, en consecuencia, confirmamos la resolución recurrida.

Sin costas.

Sentencia núm. 252, de 5 de febrero de 2014

Materia: Conflicto colectivo. Modificación sustancial de las condiciones de trabajo. El conflicto afecta a la totalidad de los trabajadores de las empresas que figuran en la demanda, dedicadas a la fabricación de azulejos y baldosas cerámicas. Reducción salarial por la grave situación financiera de las empresas en las que prestan sus servicios.

Juzgado: Estima la excepción de falta de legitimación pasiva y desestima la demanda de conflicto colectivo, absolviendo a las demandadas de las pretensiones deducidas en su contra.

Sala: Desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia. La rebaja proporcional del coste salarial para los trabajadores no supone una medida injustificada ante los resultados económicos negativos de los dos últimos años en las empresas afectadas.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. Contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social interpone recurso la representación de los trabajadores afectados por la modificación sustancial de condiciones de trabajo acordada por las empresas demandadas.

En el primer motivo del recurso se solicita la revisión de hechos probados (artículo 193.b de la LRJS) y se propone hasta un total de 7 adiciones que afectan a los hechos décimo, undécimo y decimocuarto, en los cuales la parte recurrente pretende hacer constar las relaciones societarias entre las empresas demandadas y el resto del grupo de empresas y otros elementos societarios comunes, así como la situación financiera positiva de la empresa N. SL y la evolución de la cifra de negocios correspondientes a los años 2010, 2011 y 2012 de la empresa N.I. SL.

La modificación propuesta no puede prosperar, dado que la misma no parte del error de valoración de la concreta prueba documental o pericial en los términos previstos para esta vía de suplicación en el artículo 196.5 de la LRJS sino de la valoración conjunta y parcial de los documentos referenciados por la recurrente. En cualquier caso carece de trascendencia la relación societaria entre las empresas demandadas, que por otro lado es reconocida por la sentencia de instancia que recoge este dato en los hechos probados décimo a decimocuarto, dado que la decisión judicial parte de la inexistencia de un elemento adicional que justifique el tratamiento conjunto de todas las demandadas frente a las demandas de los trabajadores de dos de ellas. Por lo tanto entendemos que la propuesta de la parte excede del ámbito de aplicación de la norma procesal invocada y debe ser rechazada.

SEGUNDO.- En segundo lugar y con amparo procesal en el artículo 193.c de la LRJS se denuncia la infracción de lo dispuesto en el artículo 217 de la LEC y en el artículo 41 del ET.

La parte recurrente plantea dos cuestiones jurídicas. En primer lugar, invoca los principios procesales de carga de la prueba para volver a discrepar del relato de hechos probados afirmando la existencia de grupo patológico entre las empresa demandadas y la necesidad de hacer una valoración conjunta tanto a efectos de control de la formalidad en el proceso de adopción de la medida como en la procedencia de la misma.

Esta primer censura no puede prosperar pues partiendo del actual relato de hechos probados que resulta inalterado y vinculante para este Tribunal, no resulta acreditada la existencia de un elemento adicional que conforme a los criterios Jurisprudenciales recogidos entre otras en la reciente STS 27/05/2013, recurso 78/2012, justifique el levantamiento del velo societario y permita el tratamiento conjunto de las empresas demandadas a efectos de valorar la medida laboral acordada por dos de ellas y la responsabilidad solidaria de todas las empresas. En este sentido, tal y como argumenta la sentencia de instancia haciéndose eco de la doctrina tradicional en esta materia, la pertenencia al Grupo se consideraba un dato irrelevante desde la perspectiva laboral, porque se acepta la independencia jurídica y la responsabilidad separada de las sociedades del grupo, sin perjuicio de que se aceptasen desviaciones en excepcionales supuestos en virtud del principio de la realidad en la atribución de la condición de empresario, “doctrina del empresario aparente y la del fraude de ley]” o de la trascendencia laboral del referido Grupo en ciertas circunstancias o cuando tal dato va acompañado de elementos adicionales”. En ambos casos se exige un componente adicional que esta Sala ha residenciado de forma constante y en aplicación de la doctrina expuesta en la conjunción de alguno de los siguientes elementos: a) Funcionamiento unitario de las organizaciones de trabajo de las empresas del grupo ; b) Prestación de trabajo común, simultánea o sucesiva, en favor de varias de las empresas del grupo ; c) Creación de empresas aparentes sin sustento real, con las que se pretende la dispersión o elusión de responsabilidades laborales; y d) Confusión de plantillas, confusión de patrimonios, apariencia externa de unidad empresarial y unidad de dirección.

En el presente caso nada se acreditado en torno a ninguno de los elementos adicionales mencionados por lo que debemos rechazar la censura efectuada.

TERCERO.- Por último la recurrente impugna la legalidad de la medida acordada porque entiende que esta no es razonable dada la situación económica de las empresas demandadas que tiene una situación financiera solvente, y haciendo una valoración razonada de la distribución de costes mantenida por las empresas demandadas, y con referencia a los resultados positivos de explotación de N.I. SL durante los años 2011 y 2012.

Tampoco esta censura puede prosperar, pues parte de la misma se apoya en hechos que no han sido declarados probados en sentencia, lo que limita el conocimiento de esta Sala. Por otro lado, tal y como sostiene la sentencia de instancia, acreditadas las causas económicas alegadas para la adopción de la medida y de

acuerdo con los actuales mecanismos de control judicial aplicados en materia de delimitación de la concurrencia de causas económicas previstas en la actual redacción del artículo 51 del ET, aplicable a la presente por remisión de lo dispuesto en el artículo 41.1 del citado texto legal, debemos recordar tal como ha sostenido la Sala IV en la STS 20/09/2013, recurso11/2013, que no corresponde en el derecho vigente a los órganos judiciales efectuar un juicio de proporcionalidad en el sentido técnico-jurídico sino un juicio de adecuación mas limitado que se limita a comprobar la existencia de la causa alegada, su pertenencia al tipo legal y la idoneidad de la misma en términos de gestión empresarial. De manera que acreditados los resultados negativos de los dos últimos años, no puede considerarse que la rebaja proporcional del coste salarial acordada por ambas empresas suponga una medida injustificada.

FALLO

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de D. F.S.E., D. J.A.B.M., D. J.M.S., D. A.F.V. y D. F.D.M. (miembros del Comité de empresa de N. SL), y Dña. E.M.M. y D. J.G.G. delegados de personal de la empresa C. SL, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social 3 de los de CASTELLÓN de fecha 15/07/2013, y, en consecuencia, confirmamos la sentencia recurrida.

Sin costas.

Sentencia núm. 285, de 11 de febrero de 2014

Materia: Pensión de viudedad. **Distribución:** Concurrencia de beneficiarias. El causante de la pensión ha estado casado dos veces. Divorciado de la primera esposa, con separación judicial de mutuo acuerdo, se establece una pensión compensatoria. El causante contrae nuevas nupcias y tras seis años de matrimonio fallece. Se concede a la segunda esposa una pensión de viudedad. Revisión de esta pensión tras la solicitud por parte de la primera esposa de la pensión de viudedad. El importe de la pensión de viudedad para la primera esposa no puede superar el importe de la pensión compensatoria. **Doctrina jurisprudencial.**

Juzgado: Desestima la demanda de la actora, absolviendo a los demandados de las pretensiones formuladas en su contra. Considera adecuada a derecho la distribución efectuada por los organismos codemandados.

Sala: Estima en parte el recurso, distribuyendo la pensión de viudedad entre las dos beneficiarias, correspondiendo a la exmujer un importe equivalente a la pensión compensatoria que venía recibiendo, adjudicándose el resto de la pensión al cónyuge superviviente a la muerte del causante.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.1.En el escrito de impugnación del recurso formulado en nombre de doña A.M.O.B., se interesa la introducción de un nuevo ordinal al relato histórico (el quinto), que diga: “Dña A.M.O.B., fue ingresada en el Hospital General de Alicante el 30 de septiembre de 1993 con el diagnóstico de desprendimiento de retina, siendo intervenida el 11 de octubre de 1993. Tras su alta médica acudió en 1993 al Centro Asesor de Alicante del Instituto Valenciano de la Mujer, planteando a la asesora, Dña M.T.C.P., una situación de vejaciones, abandono económico y maltrato continuado por parte de su marido, D. J.M.F.T., interponiendo demanda de separación matrimonial en el mes de diciembre de 1993 es decir; antes de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género”.

2. La adición fáctica propuesta no debe prosperar, al basarse “en los documentos obrantes en autos a los folios 117 a 121, consistentes en informe emitido por la asesora del Centro Asesor de Alicante del Instituto de la Mujer (no impugnado de contrario), así como en informes Médicos del Servicio Valenciano de Salud”, y es de ver que los informes carecen de eficacia revisoria al tener valor testifical y no documental (véanse por ejemplo las sentencias del Tribunal Supremo de 15 de enero, 12 de febrero, 23 de julio y 5 de octubre de 1.990, y 10 de julio de 1995) y los informes médicos que refiere no los identifica, tal y como exige el artículo 196.3 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LJS) al que en este aspecto se remite el artículo 197.1 de la misma ley, ni de los informes clínicos obrantes a los folios 120 y 121 de los

autos se deduce que la atención hospitalaria que refieren tuviera su origen en lesión alguna producida por el entonces consorte.

3. También se aduce en el escrito de impugnación del recurso la aplicación del artículo 174.2 de la Ley General de la Seguridad Social, que se habría infringido al no considerarse la adición fáctica interesada y que determinaría, a su juicio, el derecho de la impugnante a la pensión de viudedad sin hallarse limitada al importe de la pensión compensatoria, así como infracción de la “Disposición Transitoria Decimoctava de la Ley 26/2009, de 23 de diciembre sobre régimen transitorio de la pensión de viudedad en supuestos de separación judicial o divorcio”, pues al reunir la impugnante los requisitos relativos a la existencia de hijos comunes y edad superior a 50 años en la fecha del fallecimiento del causante, el importe de la pensión de viudedad tampoco vendría reducido por el de la pensión compensatoria reconocida, invocando en apoyo de su tesis la sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Asturias de 28 de septiembre de 2012. Desde ahora se adelanta que las infracciones jurídicas denunciadas no se han cometido por la sentencia de instancia, por la elemental razón que dimana de los propios preceptos legales invocados que se refieren al derecho a la pensión de viudedad en los casos de separación o divorcio, pero sin concurrencia de beneficiarios, que es el supuesto de autos y que tiene el régimen jurídico indicado en el párrafo segundo del apartado 2 del artículo 174 de la Ley General de la Seguridad Social, teniendo en cuenta además que como se dijo en el apartado anterior de los informes clínicos allí referidos no se deduce que la atención hospitalaria que refieren tuviera su origen en lesión alguna producida por el entonces consorte, y que, en cualquier caso, al haber tenido derecho a pensión compensatoria no operaría el derecho a la pensión por ser víctima de violencia de género que desde luego no ha resultado acreditado, además de que entre la fecha de la separación judicial (23-3-1994, ex hecho probado segundo) y el fallecimiento del causante (28-4-2011, ex hecho probado primero) habían transcurrido más de diez años.

SEGUNDO.1. El recurso interpuesto, que como se deduce de lo ya indicado en el fundamento jurídico anterior ha sido impugnado por la representación de doña A.M.O.B., se estructura en tres motivos. El primero y el tercero se formulan al amparo del artículo 193.b) de la LJS, a los fines respectivos siguientes: A) En el hecho probado cuarto para que en lugar de indicar que los períodos de convivencia para la distribución de la pensión de viudedad con Dña. M^a O. fue de 16-06-79 hasta el cese de la convivencia por separación judicial el 13-12-93, correspondiéndole 5.295 días, y con J.L., desde su matrimonio el 15-07-05, al fallecimiento el 28-04-11, correspondiéndole 2.114 días, estableciéndose una prorrata del 60% a la exmujer y el 40% a su viuda, al no haberse constituido formalmente como pareja de hecho con el fallecido al menos dos años antes del fallecimiento, diga: “los periodos de convivencia para la distribución de la pensión de viudedad con Dña. M. O. fue de 16-06-79 hasta el cese de la convivencia por separación judicial el 13-12-93, correspondiéndole 5.295 días, y con J.L. desde el 11-07-1995 hasta la fecha de fallecimiento acaecida el 28-04-11, con un periodo de convivencia de 5.766 días, por lo que la prorrata debería establecerse en el 52% para la actora y el 48% para la exmujer”. B) Para que se otorgue una nueva redacción al hecho probado cuarto (completo) que diga: “los períodos de

convivencia para la distribución de la pensión de viudedad con Dña. M.O. fue del 16-06-79 hasta el cese de la convivencia por separación judicial el 13-12-93, correspondiéndole 5.295 días, y con J.L. desde el 11-07-1995 hasta la fecha del fallecimiento acaecida el 28 de abril de 2011, con un período de convivencia de 5.766 días, por lo que la prorrata debería establecerse en el 52% para la actora y el 48% para la exmujer, si bien dada que la nueva regulación operada por la Ley 26/2009 se ha establecido un tope para la cuantía de la pensión de viudedad de la que resulte ser beneficiaria la persona separada o divorciada judicialmente, pues la cuantía de la pensión de viudedad no puede ser superior a la cuantía de la pensión compensatoria de la que resultaban ser acreedora (208.- euros), y existiendo una obligación legal de disminuir la cuantía de la pensión de viudedad hasta alcanzar la de la pensión compensatoria, procede considerar que tal porción de pensión haya de incrementar entonces la del cónyuge superviviente al fallecimiento del causante doña J.L.G., resultando la pensión de viudedad correspondiente a la actora de 1.064,21 Euros”.

2. La primera de las revisiones propuestas debe prosperar en parte y a efectos meramente aclaratorios, como se verá, pues de la documental a que se remite se deducen los períodos de convivencia que postula, si bien como veremos al examinar el motivo dedicado al examen del derecho, esos periodos de convivencia no sean determinantes de la cuantía de la pensión de viudedad que corresponde a la actora. En lo demás (incluyendo la segunda de las modificaciones) deberá rechazarse, al no basarse –tal y como indica el artículo 196.3 de la LJS- en documentos o pericias sino en la interpretación que efectúa de preceptos legales y doctrina jurisprudencial y judicial, contraviniendo la reiterada doctrina jurisprudencial acerca de que la revisión debe resultar de los solos documentos o pericias invocados sin efectuar interpretaciones (véase por ejemplo la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de julio de 2003), llegando incluso a indicar la normativa aplicable como apoyo de la revisión, con lo que además se pretende introducir en el relato histórico, elementos jurídicos por completo extraños al mismo, todo ello sin perjuicio de lo que se dirá al examinar a continuación el último motivo de recurso (el segundo).

TERCERO.1. El segundo motivo de recurso (último que se examina), se formula al amparo del artículo 193.c) de la LJS, denunciando vulneración del artículo 174.2 de la Ley General de la Seguridad Social. Argumenta en síntesis, dirigiéndose contra la fundamentación jurídica de la sentencia impugnada, que no aclara la cuantía de la pensión a cobrar por ambos beneficiarios, incidiendo en la resolución del INSS obrante al folio 44 de los autos, cuando indica que “la otra beneficiaria de la pensión de viudedad está percibiendo la cuantía correspondiente al importe de la pensión compensatoria que percibía en el momento del fallecimiento del causante”, y que de admitirse la postura del INSS, nos encontraríamos con que el mismo sería beneficiario del resto del importe, resultante de los datos obrantes en su resolución revisando la pensión de la actora, ahora recurrente, citando en apoyo de su tesis la sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Asturias 1460/2012, de 11 de mayo.

2. A tenor de lo dispuesto en el artículo 174.2, párrafos primero y segundo, de la Ley General de la Seguridad Social, en su actual redacción, vigente en la fecha del fallecimiento del causante en 28 de abril de 2011 (hecho probado primero), “En los casos de separación o divorcio, el derecho a la pensión de viudedad corresponderá a

quien, reuniendo los requisitos en cada caso exigidos en el apartado anterior, sea o haya sido cónyuge legítimo, en este último caso siempre que no hubiera contraído nuevas nupcias o hubiera constituido una pareja de hecho en los términos a que se refiere el apartado siguiente. Asimismo, se requerirá que las personas divorciadas o separadas judicialmente sean acreedoras de la pensión compensatoria a que se refiere el artículo 97 del Código Civil y ésta quedara extinguida a la muerte del causante. En el supuesto de que la cuantía de la pensión de viudedad fuera superior a la pensión compensatoria, aquélla se disminuirá hasta alcanzar la cuantía de esta última. En todo caso, tendrán derecho a la pensión de viudedad las mujeres que, aun no siendo acreedoras de pensión compensatoria, pudieran acreditar que eran víctimas de violencia de género en el momento de la separación judicial o el divorcio mediante sentencia firme, o archivo de la causa por extinción de la responsabilidad penal por fallecimiento; en defecto de sentencia, a través de la orden de protección dictada a su favor o informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios de violencia de género, así como por cualquier otro medio de prueba admitido en Derecho.

Si, habiendo mediado divorcio, se produjera una concurrencia de beneficiarios con derecho a pensión, ésta será reconocida en cuantía proporcional al tiempo vivido por cada uno de ellos con el causante, garantizándose, en todo caso, el 40 por 100 a favor del cónyuge superviviente o, en su caso, del que, sin ser cónyuge, conviviera con el causante en el momento del fallecimiento y resultara beneficiario de la pensión de viudedad en los términos a que se refiere el apartado siguiente”.

3. De la regulación indicada, cuya complejidad es patente, se puede deducir a la luz de doctrina jurisprudencial precedente, que veremos, y de la doctrina dimanante de sentencias de Salas de lo Social de TSJ, que asumiremos, que A) La pensión de viudedad es única y corresponde en general en su integridad al cónyuge o persona que conviviera con el causante en el momento del fallecimiento, siempre que en este último caso se cumplan los requisitos del apartado 3 del artículo 174 de la Ley General de la Seguridad Social. B) Por ello cuando el montante de la pensión del divorciado se reduzca de conformidad con lo previsto en la ley, el importe de la reducción deberá acrecer a la persona titular de la pensión de viudedad.

4. La sentencia Tribunal Supremo de 21 de marzo de 1995, referida obviamente a legalidad muy anterior a la vigente (disposición adicional décima de la Ley 30/1981), pero que en lo que aquí interesa puede entenderse muy clarificadora y útil ya indicó la cuantía de la pensión que corresponde al divorciado, consistía en la parte proporcional al tiempo de su convivencia matrimonial con el causante, “actuando como módulo temporal de referencia el periodo que inicia el matrimonio que después quedó disuelto por divorcio y que termina con el fallecimiento del causante” y que “el derecho a la pensión de viudedad que corresponde al cónyuge supérstite, aun concurriendo con el divorciado, sigue siendo pleno, bien que restando de la cuantía de su pensión la porción que ha de asignarse a este último” sin que importe, a los fines de determinar la parte de pensión que corresponde al cónyuge supérstite, “que hubiera o no precedido a su matrimonio una convivencia de hecho” circunstancia “ajena a la previsión legal, siendo, por tanto, inoperativa al respecto”. Este criterio jurisprudencial, se reitera en sentencias posteriores, como la citada por la Sala de lo Social del TSJ de Cataluña de 7 de abril de 2010, subrayando que “..., el derecho de dos personas que convivieron y estuvieron vinculadas por matrimonio al causante; en

cuanto a la cuantía de la pensión que corresponde al divorciado, será la parte proporcional al tiempo de su convivencia matrimonial con el causante, actuando como módulo temporal de referencia el periodo que inicia el matrimonio que después quedó disuelto por divorcio y que termina con el fallecimiento del causante; por su parte, el derecho a la pensión de viudedad que corresponde al cónyuge superviviente, aun concurriendo con el divorciado, sigue siendo pleno, bien que restando de la cuantía de la pensión la porción que ha de asignarse a este último”.

5. La sentencia de la Sala Social del TSJ de Asturias de 5 de abril de 2013, iterando doctrina precedente, señala, en lo que aquí importa que “...habiendo mediado divorcio, se produce una concurrencia de beneficiarios, tal pensión única se ha de distribuir entonces entre los distintos beneficiarios, siendo reconocida a los mismos en cuantía proporcional al tiempo vivido por cada uno de ellos con el causante, si bien estableciendo la ley, en todo caso, una garantía mínima del 40% a favor del cónyuge superviviente o el conviviente de hecho al tiempo del fallecimiento, de tal modo que el importe de la pensión única queda distribuida entre todos los beneficiarios, que pasarán a cobrar una porción de la misma. Y teniendo en cuenta precisamente que tal pensión que se distribuye es única y que la propia ley establece una garantía a favor del cónyuge superviviente, al que precisamente de no haber beneficiarios concurrentes les correspondería íntegramente el importe de la pensión, con lo que el plano de igualdad en principio establecido entre todos los beneficiarios queda matizado, y dado que en la nueva regulación operada por la Ley 26/2009 se ha establecido un tope para la cuantía de la pensión de viudedad de la que resulte ser beneficiaria la persona divorciada o separada judicialmente pues la cuantía de la pensión de viudedad no puede ser superior a la cuantía de la pensión compensatoria de la que resultaban ser acreedoras, existiendo una obligación legal de disminuir la cuantía de la pensión de viudedad hasta alcanzar la de la pensión compensatoria, procede considerar que tal porción de pensión haya de incrementar entonces la del cónyuge superviviente al fallecimiento del causante, quien precisamente accedería a la pensión íntegra de no concurrir ese otro beneficiario que por disposición legal ve reducida la cuantía de su pensión, no viniendo a quedar de esta forma exenta de pago por la Seguridad Social ninguna parte de la pensión única de viudedad que se origina con el fallecimiento del causante y que es la que ha de ser repartida entre todos los que resulten ser beneficiarios, lo que lleva, en definitiva, a estimar la pretensión del recurso”.

6. Por su parte, la sentencia de la Sala Social de Andalucía/Granada de 8 de noviembre de 2012, con apoyo en la doctrina jurisprudencial que reseña, llega a la misma conclusión que la de Asturias antes mencionada deduciendo que “nos encontramos ante una sola pensión que su importe íntegro debe ser distribuido entre los beneficiarios, es decir, el hecho de que existan distintos beneficiarios no quiere decir que el INSS pueda participar en dicha distribución como un beneficiario más, en cuanto no habría distribución completa de la pensión, cuando una de las esposas, tiene limitada su participación al montante de la pensión compensatoria o cuando esta ya ha fallecido y ese parecer ser el criterio del Tribunal Supremo recogido en sentencia de 24 de enero de 2000 al decir que "En la sentencia de la Sala General que se cita en la traída a comparación, el problema a resolver era la determinación del porcentaje de la pensión que corresponde a la viuda cuyo causante había disuelto un anterior

matrimonio por sentencia de divorcio, y en ella se adoptó el criterio que la pensión es la que resulta de descontar, del importe total de la prestación íntegra, la proporción asignable a la divorciada, calculada en relación al periodo que alcanzó la convivencia matrimonial de ésta, con lo que se computa a favor de la viuda los periodos de tiempo intermedio entre ambos matrimonios", y tal criterio es mantenido, entre otras, por la sentencia del TSJ de Asturias de 11 de mayo de 2012 , al decir que "habiendo mediado divorcio, se produce una concurrencia de beneficiarios, tal pensión única se ha de distribuir entonces entre los distintos beneficiarios, siendo reconocida a los mismos en cuantía proporcional al tiempo vivido por cada uno de ellos con el causante, si bien estableciendo la ley, en todo caso, una garantía mínima del 40% a favor del cónyuge superviviente o el conviviente de hecho al tiempo del fallecimiento, de tal modo que el importe de la pensión única queda distribuida entre todos los beneficiarios, que pasarán a cobrar una porción de la misma. Y teniendo en cuenta precisamente que tal pensión que se distribuye es única y que la propia ley establece una garantía a favor del cónyuge superviviente, al que precisamente de no haber beneficiarios concurrentes les correspondería íntegramente el importe de la pensión, con lo que el plano de igualdad en principio establecido entre todos los beneficiarios queda matizado, y dado que en la nueva regulación operada por la Ley 26/2009 se ha establecido un tope para la cuantía de la pensión de viudedad de la que resulte ser beneficiaria la persona divorciada o separada judicialmente pues la cuantía de la pensión de viudedad no puede ser superior a la cuantía de la pensión compensatoria de la que resultaban ser acreedoras, existiendo una obligación legal de disminuir la cuantía de la pensión de viudedad hasta alcanzar la de la pensión compensatoria, procede considerar que tal porción de pensión haya de incrementar entonces la del cónyuge superviviente al fallecimiento del causante, quien precisamente accedería a la pensión íntegra de no concurrir ese otro beneficiario que por disposición legal ve reducida la cuantía de su pensión, no viniendo a quedar de esta forma exenta de pago por la Seguridad Social ninguna parte de la pensión única de viudedad que se origina con el fallecimiento del causante y que es la que ha de ser repartida entre todos los que resulten ser beneficiarios, lo que lleva, en definitiva, a estimar la pretensión del recurso". En definitiva no debe olvidarse que el art. 174 LGSS, requiere que existan dos beneficiarios, lo que requiere la subsistencia de ambos, pero cuando uno de ellos fallece no hay razón para su reducción. Estableciendo igualmente dicho precepto que debe garantizarse "en todo caso, el 40 por ciento a favor del cónyuge superviviente", es decir existe un límite mínimo de su participación de la pensión, pero no un máximo, lo que debe hacer entender que una vez garantizados los derechos de la primera esposa, la segunda alcance el resto de la prestación a la que debe tener derecho".

7. Como ya adelantamos en el apartado 3 de este fundamento jurídico, esta Sala asume la doctrina resumida en los apartados anteriores de lo que se infiere: A) Que el periodo de convivencia a considerar es exclusivamente en relación con la pensión correspondiente a la persona divorciada, actuando como módulo temporal de referencia el período que inicia el matrimonio que después quedó disuelto por divorcio y que termina con el fallecimiento del causante, y el derecho a la pensión de viudedad que corresponde al cónyuge supérstite, aun concurriendo con el divorciado, sigue siendo pleno, bien que restando de la cuantía de la pensión la porción que ha de asignarse a este último, sin que importe, a los fines de determinar la parte de pensión que corresponde al cónyuge supérstite, "que hubiera o no precedido a su matrimonio

una convivencia de hecho” circunstancia “ajena a la previsión legal, siendo, por tanto, inoperativa al respecto” (de ahí que estimáramos a efectos meramente aclaratorios parte de la primera de las revisiones fácticas). B) Como en la nueva regulación operada por la Ley 26/2009 se ha establecido un tope para la cuantía de la pensión de viudedad de la que resulte ser beneficiaria la persona divorciada o separada judicialmente pues la cuantía de la pensión de viudedad no puede ser superior a la cuantía de la pensión compensatoria de la que resultaban ser acreedoras, existiendo una obligación legal de disminuir la cuantía de la pensión de viudedad hasta alcanzar la de la pensión compensatoria, procede considerar que tal porción de pensión haya de incrementar entonces la del cónyuge superviviente al fallecimiento del causante, quien precisamente accedería a la pensión íntegra de no concurrir ese otro beneficiario que por disposición legal ve reducida la cuantía de su pensión, no viniendo a quedar de esta forma exenta de pago por la Seguridad Social ninguna parte de la pensión única de viudedad que se origina con el fallecimiento del causante y que es la que ha de ser repartida entre todos los que resulten ser beneficiarios.

8. En consecuencia, la pensión de viudedad de la actora debió calcularse atendiendo al tiempo de convivencia del causante con la codemandada divorciada (5.295 días que respecto de los 11.433 días transcurridos (salvo error u omisión) desde la fecha de su matrimonio -16-6-1979- hasta la de fallecimiento del causante -28-4-2011- daría lugar a un porcentaje del 46,31%, con lo que en principio la pensión de la actora debió tener un porcentaje del 53,69%. Ahora bien, constituyendo hecho admitido que la codemandada vio reducida su pensión al importe de la compensatoria -208 euros- que se extinguió por el fallecimiento del causante, como se deduce no solo de las resoluciones obrantes en el expediente administrativo, sino también de lo indicado en el hecho tercero, párrafo último de la demanda inicial, que no consta fuera contradicho en el juicio, y de las propias manifestaciones contenidas en el escrito de impugnación del recurso, procederá declararlo así, indicando que del importe inicial de la pensión de la actora de 1.272,21 euros solo cabe detraer los 208 euros reconocidos a la codemandada como importe de su pensión, acogiendo de este modo en parte el motivo.

CUARTO. Corolario de todo lo razonado será la estimación parcial del recurso interpuesto, y consiguiente revocación de la sentencia impugnada para acoger en parte la pretensión ejercitada declarando que el importe inicial de la pensión de la actora de 1.272,21 euros, debe reducirse exclusivamente en los 208 euros mensuales reconocidos a la codemandada como importe de su pensión. Sin costas, dado el signo revocatorio del fallo y lo dispuesto en el artículo 235.1 de la LJS en relación con el artículo 2º.b) y d) de la Ley 1/1996, de 10 de enero.

FALLO

Estimamos en parte el recurso de suplicación interpuesto en nombre de doña J.L.G. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número Cuatro de los de Alicante el día 15 de Febrero de 2013 en proceso sobre pensión de viudedad seguido a

su instancia contra INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y D^a A.M.O.B., y con revocación de la expresada sentencia y estimación parcial de la pretensión ejercitada debemos declarar como declaramos que el importe inicial de la pensión de viudedad de la actora de 1.272,21 euros mensuales, debe reducirse exclusivamente en los 208 euros mensuales reconocidos a D^a A.M.O.B. como importe de su pensión, condenando a los demandados a estar y pasar por tal declaración y al INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL a que haga pago a la actora de la pensión indicada practicando la liquidación que proceda.

Sin costas.