

Sentencia núm. 408, de 23 de febrero de 2016

Materia: Declaración de invalidez. Trabajador afiliado al RGSS al que le es reconocida una incapacidad permanente total para ejercer su profesión habitual derivada de enfermedad común. Deterioro cognitivo. Dolencias crónicas e irreversibles. Revisión grado de incapacidad. Solicitud declaración invalidez permanente absoluta.

Juzgado: Estima la demanda declarando al actor afecto de invalidez permanente absoluta, con derecho a una pensión mensual equivalente al 100% de su base reguladora mensual, con los incrementos, revalorizaciones y compensaciones que procedan.

Sala: Estima el recurso y revoca la sentencia de instancia. Las limitaciones que padece el actor no le incapacitan para realizar todo tipo de tareas. Existen actividades livianas o sedentarias que no requieren destreza manual.

Ponente: Antonio Vicente Cots Díaz.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- Frente a la sentencia de instancia que estimó la demanda y declaró al actor afecto de invalidez permanente en el grado de absoluta para toda profesión u oficio, interpone recurso de suplicación la parte demandada INSS, siendo impugnado el recurso por la parte actora y en el único motivo del recurso con amparo procesal en el artículo 193 c) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, respecto del derecho, se denuncia infracción del artículo 137.1 a) y c) y art. 137 párrafo 3 y 5 vigentes con carácter transitorio de la vigente Ley General de la Seguridad Social, en relación con el artículo 143 de la citada norma, alegando, en síntesis, que las dolencias y limitaciones que padece el actor no le hacen tributario de una invalidez permanente en el grado de absoluta, por lo que con estimación del recurso debe revocarse la sentencia de instancia y absolverse al Instituto demandado.

Atendidos los inalterados hechos declarados probados, tanto los debidamente asentados en la premisa histórica, como los impropriadamente establecidos en la fundamentación jurídica de la sentencia impugnada con valor factico, resulta que al actor se le reconoció por resolución de fecha 20-03-2012 afecto de invalidez permanente en el grado de total para su profesión habitual, en base a las dolencias que se relatan en el hecho probado segundo de la sentencia impugnada, y habiéndose tramitado expediente de revisión de grado a instancia del interesado se dictó resolución en 8-04-2013 por la que se confirma al actor en el grado invalidante que tenía reconocido.

En el hecho probado tercero se contienen las dolencias y limitaciones que presenta actualmente el actor, consistentes en afectación severa de la visión, así como

limitación para actividades que requieran de visión discriminativa, exposición a fuentes de calor o frío intenso, tareas de esfuerzo físico o moderado, deambulación o bipedestación mantenida, actividades que requieran destreza manual o manejo de herramientas que requiera asir con fuerza o función de garra completa, así como actividades que le sometan a estrés intenso o requiera concentración mantenida y aunque se estime que se ha producido una agravación respecto de las dolencias y limitaciones que presentaba el actor al tiempo de reconocerle la invalidez permanente total para su profesión habitual, la situación actual no alcanza la entidad necesaria para impedirle al trabajador todo tipo de actividad, ya que puede efectuar tareas sedentarias o livianas, no estando impedido para la sedestación. Y si bien es cierto que presenta limitación en la visión no consta en los hechos probados la agudeza visual que le queda en cada ojo, sino simplemente se indica que se halla limitado para actividades que requieran de visión discriminativa, respecto de la limitación para tareas de esfuerzo físico o moderado, no se indica que lo sea para el mínimo esfuerzo, existiendo actividades livianas o sedentarias que no requieren destreza manual o manejo de herramientas que requiera asir con fuerza o función de garra completa, ni que sometan al trabajador a estrés intenso o requiera concentración mantenida, y respecto a que a nivel neurológico ha comenzado un deterioro cognitivo este ha sido calificado como leve, por lo que se considera contraria a derecho la sentencia de instancia que acogió la pretensión actora ya que sus limitaciones no le incapacitan para realizar todo tipo de tareas, pudiendo efectuar las antes citadas, por lo que no se encuentra encuadrado en el supuesto establecido en el artículo 137.5 de la Ley General de la Seguridad Social, que reconoce el grado de absoluta a quien se encuentra inhabilitado para toda profesión u oficio y no lo está quien puede ejecutar las tareas antes referidas. Razones que llevan a estimar el recurso y a revocar la sentencia de instancia, absolviendo al Instituto demandado.

FALLO

Que estimando el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada del INSS, frente a la sentencia del Juzgado de lo Social número 2 de los de Alicante, de fecha 11 de febrero de 2015, a que se contrae el presente rollo, la revocamos y en su consecuencia debemos desestimar y desestimamos la demanda interpuesta por el actor D. J.V.R.S., absolviendo al Instituto demandado.

2073

Sentencia núm. 416, de 23 de febrero de 2016

Materia: Modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Trabajador con puesto de confianza en la empresa (técnico de calidad), que por decisión de ésta deja de desempeñarlo. El actor deja de percibir determinada cantidad con motivo de la modificación de su puesto. Justificación modificación empresarial. Procedencia.

Juzgado: Desestima la demanda, absolviendo a la empresa demandada de las pretensiones deducidas de contrario al declararse justificada la modificación empresarial impugnada.

Sala: Desestima el recurso en su integridad y confirma la sentencia de instancia en todos sus extremos. No puede estimarse la pretendida falta de acreditación de causas organizativas que fundamentaron la medida.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Frente a la sentencia dictada el 17 de marzo de 2015 por el Juzgado de lo Social número 14 de Valencia, por la que se desestimaba la demanda interpuesta por D. J.M.F. frente a la empresa B.P.G. S.L, recurre el trabajador en suplicación, impugnando el recurso la empresa demandada.

SEGUNDO.- El primer motivo de recurso, redactado al amparo del apartado a) del art. 193 LRJS, se dirige a reponer los autos al momento anterior al dictado de la sentencia de instancia, por entender conculcados los arts. 97.2 LRJS, art. 248.3 LOPJ y arts. 120.3 y 24.1 CE. Se denuncia que la resolución incurre en incongruencia omisiva por no contener la sentencia solución alguna relativa a la cuestión debatida en juicio atinente a la calificación del complemento cuyo importe se minora al trabajador, sin que conste en hechos probados, ninguna circunstancia sobre la misma. Ello provoca indefensión al recurrente, por ser extremo esencial para la resolución del pleito.

Sobre la incongruencia la STS de 27 de septiembre de 2008 (Rec. 1/37/2006), recordando a su vez a la de la Sala de 8 de noviembre de 2006 (Rec. 1/135/2005) con cita de la doctrina constitucional, señala que: ".....se ha afirmado que la incongruencia omisiva o ex silentio se produce cuando «el órgano judicial deja sin respuesta a alguna de las cuestiones planteadas 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» (SSTC 16/1998, de 26 Enero, FJ 4; 215/1999, de 29 Noviembre, FJ 3; 86/2000, de 27 Marzo, FJ 4; 124/2000, de 16 Mayo; 156/2000, de 12 Junio, FJ 4; 33/2002, de 11 Febrero, FJ 4; 186/2002 de 14 Octubre; 6/2003, de 20 Enero; 91/2003, de 19 Mayo; 92/2003, de 19 Mayo; 218/2003, de 15 Diciembre; 250/05, de 10 Octubre; 264/05, de 24 Octubre; SSTS 28/09/04 y 05/05/05). De forma que presupone la existencia de un

pronunciamiento judicial que resulta incompleto, por no darse respuesta a la pretensión o a alguna de las pretensiones formuladas por la parte, dejándola imprejuzgada (SSTC 83/2004, de 10 Mayo, FJ 3; 146/2004, de 13 Septiembre, FJ 3; y 106/2005, de 9 Mayo, FJ 3). Y que son notas esenciales que identifican la infracción: de un lado, que conste el planteamiento de un elemento esencial de la pretensión cuyo conocimiento y decisión por el Tribunal sean trascendentes a los efectos de fijar el fallo; por otra parte, que el órgano judicial en su resolución no dé respuesta a la misma; y como tercera nota identificadora, consecuencia lógica de la obligación de motivar las resoluciones judiciales, ha de señalarse la necesidad de que razonablemente no pueda deducirse del conjunto de la resolución la existencia de, al menos, una desestimación tácita de la cuestión planteada»”.

Analizada la sentencia de instancia, así como las pretensiones ejercitadas en demanda, se ha de rechazar el primero de los motivos de recurso. Ello es así, por cuanto que se solicitaba en el escrito rector la declaración de nulidad o improcedencia de la medida adoptada por la empresa consistente en remover al actor de un puesto de confianza como era el de Técnico de Calidad y dejar de cobrar el complemento que por el desempeño de dicha posición se venía percibiendo. Ciertamente es que en demanda, también se invoca que dicho complemento era de carácter personal y no vinculado a un puesto de trabajo, pero la sentencia de instancia no produce indefensión alguna al recurrente por los defectos que ahora se denuncian.

Los hechos probados de toda resolución deben contener únicamente aquellas circunstancias fácticas que se tienen por acreditadas, sin que en el relato pueda darse cabida a razonamientos, conclusiones o deducciones que puedan derivarse de la evaluación y examen de la prueba practicada. No sería posible introducir en dicha exposición ninguna calificación jurídica sobre la naturaleza del complemento, que excedería claramente de su objeto, y que debería encontrar cabida en la fundamentación jurídica de la resolución. Y es precisamente esto lo que lleva a cabo la Juez a quo: consigna en el hecho probado tercero los puestos y categorías que ha ostentado el trabajador; y en el cuarto y quinto qué concepto se ha percibido en nómina, bajo qué denominación y cuál ha sido su importe. A continuación en fundamentos de derecho, califica de “puesto de trabajo” el complemento que se minoró y lo excluye de los complementos personales, que se mantienen, vinculando aquél al puesto que venía desempeñando y que por decisión empresarial y pérdida de confianza, se ha eliminado.

No es posible entender entonces que no se ha dado respuesta a la cuestión relativa a la naturaleza de dicho complemento, y ni mucho menos, que se ha causado indefensión. Por ello, el primer motivo de recurso debe ser desestimado.

TERCERO.- Al amparo del apartado c) del art. 193 LRJS, se dice infringido el art. 41 ET, en relación con lo dispuesto en los arts. 216, 217 y 218 LEC. Y ello por entender que no han resultado acreditadas por la empresa las causas organizativas que invocó para aplicar el relevo del actor de su puesto de técnico de calidad y la reducción del complemento citado de puesto de trabajo. Y que por ello, solo cabe declarar la

improcedencia de la medida acordada, con inmediata reposición del actor en sus anteriores condiciones de trabajo.

La simple lectura del motivo debe conducir a su desestimación. Si efectivamente la sentencia objeto de autos ha resultado finalmente ser susceptible de recurso de suplicación, fue por cuanto esta Sala estimó que la modificación adoptada, en consonancia con lo expuesto por la Juzgadora de Instancia, no resolvía sobre una modificación sustancial de condiciones de trabajo, pues se discutía la revocación del demandante de su puesto de técnico de calidad en virtud de una “pérdida de confianza de la empresa” manteniéndose categoría profesional, antigüedad, jornada y retribución. En caso contrario, hubiera sido de aplicación, lo dispuesto en el art. 191.2.e) LRJS, que veta el acceso al recurso de suplicación a los procesos de modificación sustancial de condiciones de trabajo, salvo cuando ostenten el carácter de colectivos.

Si ello es así, no puede aducirse ahora la infracción del art. 41 ET que regula precisamente el régimen de aplicación de dichas modificaciones sustanciales, que de ningún modo pudieran tener cabida en el recurso que ahora examinamos, por lo que la pretendida falta de acreditación de causas organizativas que fundamentaron la medida no puede ser estimada, al no resultar aplicable.

Por todo ello, el recurso de suplicación debe ser desestimado en su integridad, confirmándose en todos sus extremos la resolución de instancia.

CUARTO.- De conformidad con lo dispuesto en el art. 235.1 LRJS, no ha lugar a la imposición de costas al recurrente, por gozar del beneficio de justicia gratuita.

En virtud de lo expuesto,

FALLAMOS

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de D. J.M.F. frente a la Sentencia dictada el 17 de marzo de 2015 por el Juzgado de lo Social número 14 de Valencia, autos número 810/2014, seguidos a instancia del precitado recurrente frente a la empresa B.P.G.S.L; y en consecuencia, confirmamos íntegramente la resolución recurrida. Sin imposición de costas.

Sentencia núm. 455, de 23 de febrero de 2016

Materia: Declaración de Invalidez. Trabajador que ostenta como profesión habitual la de albañil autónomo. El actor ha sido dado de baja en el RETA. El actor se encuentra en situación de incapacidad temporal por accidente no laboral. Solicitud de prestación por incapacidad permanente total para el ejercicio de su profesión habitual.

Juzgado: Desestima la demanda absolviendo al instituto demandado de las pretensiones en ella contenidas.

Sala: Estima el recurso declarando al actor afecto de una incapacidad permanente total para el ejercicio de su profesión habitual. Concorre en el actor las condiciones exigidas de cuadro clínico degenerativo y crónico, y en el que las opciones rehabilitadoras o terapéuticas se encuentran agotadas.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Frente a la sentencia de instancia que desestimó la demanda presentada en materia de incapacidad permanente total, interpone la parte actora recurso de suplicación. En un primer motivo redactado al amparo de la letra b) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social –en adelante, LRJS-, solicita la recurrente la revisión del hecho probado segundo a fin de que se adicione un apartado en el segundo párrafo, del siguiente tenor literal: “A su vez, en el mismo informe de valoración médica de 21 de mayo de 2014 se determina que la evolución es crónica y las posibilidades terapéuticas y rehabilitadoras están agotadas (Documento 1-folio 3-4 de la prueba documental de la parte actora y expediente administrativo del INSS).”

Admitimos la adición interesada por tener respaldo documental suficiente al desprenderse directamente de lo recogido en el informe de valoración médica y contener un dato trascendente a efectos de resolver el presente litigio, quedando de este modo el hecho probado debidamente completado.

SEGUNDO.- En el segundo motivo del recurso y al amparo de la letra c) del artículo 193 LRJS, se entiende vulnerado el art. 136 de la LGSS, e igualmente el artículo 137.3 y 4 de la Ley General de la Seguridad Social, –en adelante, LGSS- y en relación asimismo con el art. 128.1 del mismo texto legal. Se sostiene en síntesis por la recurrente que las posibilidades terapéuticas y rehabilitadoras están agotadas, que nunca va a ir a mejor por mucho que esté en incapacidad temporal sino a igual o a peor, y que dolencias que padece la parte actora y las secuelas que de ellas derivan le incapacitan para el ejercicio de su profesión habitual de albañil, mereciendo el reconocimiento de una invalidez permanente total.

Dispone el artículo 136 de la LGSS en la redacción dada por Real Decreto-

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

Pues bien, de la declaración de hechos probados de la sentencia de instancia tal y como ha quedado, se desprende que en la parte recurrente concurren las condiciones exigidas por los mencionados preceptos para ser acreedora de una incapacidad permanente total para su profesión habitual. Partimos de una situación en la que el cuadro clínico, de naturaleza osteoarticular y degenerativa, está cronificado y estabilizado y en el que las opciones terapéuticas y rehabilitadoras están agotadas, por lo que el encuadre del supuesto debe hacerse por vía de la incapacidad permanente y no temporal. A ello hay que sumar que la profesión del actor es la de albañil, entre cuyas funciones, que son de conocimiento general, se encuentra la realización de esfuerzos físicos, como levantar tabiquería, desescombrar, subir y bajar andamios, cargar peso, manipular herramientas potencialmente peligrosas y/o cortantes, exigiendo ello una buena movilidad del raquis a todos los niveles, pues se requiere mantenimiento de bipedestación continua y de posturas forzadas en flexión o extensión de raquis cervical, dorsal y lumbar.

Según el hecho probado 2º en el dictamen propuesta emitido por el EVI el 2 de junio de 2014 se establece que el demandante presenta el siguiente cuadro clínico residual: “Espondiloartrosis y protusiones discales cervicales y lumbares, hernias discales C4-C5, C5-C6”. Y las limitaciones orgánicas y funcionales siguientes: “Tareas de carga mantenida, flexión vertebral”. En dicho dictamen se establece que procede mantener la situación de incapacidad temporal, obviamente por la falta de aptitud para el trabajo.

En el informe de valoración médica de 21 de mayo de 2014, se establecen las siguientes conclusiones: “Hombre 38 años, protusiones discales y estenosis foraminales múltiples con dolor de larga evolución, persistencia de dolor en raquis, con moderados signos de afectación neurológica en la actualidad”.

A su vez, en el mismo informe de valoración médica de 21 de mayo de 2014 se determina que la evolución es crónica y las posibilidades terapéuticas y rehabilitadoras están agotadas”

De este modo y poniendo en relación las tareas fundamentales de la profesión habitual de la parte demandante con su estado clínico, estando objetivadas las lesiones y apreciándose que las posibilidades terapéuticas y rehabilitadoras están agotadas, hemos de concluir que la misma se halla incapacitada para el ejercicio de su profesión habitual, la cual sobrecarga de modo notable el segmento cervical, pues

conlleva esfuerzos y tareas de carga mantenida de forma continuada y exige una buena movilidad de toda la columna vertebral, estando el actor limitado para la flexión vertebral. Finalmente, es de destacar que a nadie le es exigible el soportar continuos sufrimientos en el ejercicio de su profesión, que además se ven agravados por la realización de las tareas inherentes a la misma.

Por todo lo expuesto procede la revocación de la sentencia de instancia para declarar al actor en situación de incapacidad permanente total para su profesión habitual.

FALLO

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de Don D. F.L.S.T., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 15 de los de Valencia, de fecha 11 de mayo de 2015; y, en consecuencia, declaramos al actor afecto de Incapacidad Permanente Total para su profesión habitual de albañil, condenando a la entidad gestora a estar y pasar por esta declaración y a abonarle la correspondiente pensión consistente en el porcentaje del 55% sobre la base reguladora mensual de 737,81 € euros, con fecha de efectos 30-06-2014.

Sin costas.

2075

Sentencia núm. 479, de 26 de febrero de 2016

Materia: Recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad. Trabajador que sufre accidente laboral en empresa codemandada. Se condena a la empresa a un recargo de las prestaciones en un 40%. Solicitud nulidad de recargo por utilización indebida e incorrecta de los equipos de trabajo.

Juzgado: Desestima la demanda absolviendo a los demandados de las pretensiones deducidas en su contra. Procede aplicar el recargo a la empresa demandada.

Sala: Desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia. Han quedado constatados los incumplimientos empresariales en materia de seguridad de los equipos de trabajo utilizados, así como en materia de prevención de riesgos. El deber de protección del empresario es incondicionado y prácticamente ilimitado, dispensándose esta protección en los supuestos de imprudencia no temeraria del trabajador.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Son cuatro los motivos de los que consta el recurso de suplicación entablado por la representación letrada de la empresa R., S.L. contra la sentencia del juzgado que desestima la demanda y confirma el recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad e higiene en el trabajo impuesta a la indicada empresa, habiendo sido impugnado el recurso de contrario, por el trabajador demandado, D. M.C.T., conforme se expuso en los antecedentes de hecho.

Los tres primeros motivos se formulan al amparo del apartado b del art. 193 de la Ley de la Jurisdicción Social (LJS) y tienen como objeto la revisión de los hechos declarados probados en la sentencia de instancia, mientras que el cuarto se destina al examen del derecho aplicado en la resolución impugnada y se incardina en el apartado c del indicado precepto.

SEGUNDO.- Antes de entrar a analizar las concretas revisiones fácticas postuladas por la defensa de la recurrente no está de más recordar la doctrina jurisprudencial recogida en la sentencia del TS de 22 de julio de 2015 (ROJ: STS 3433/2015 - ECLI:ES:TS:2015:3433), Recurso: 130/2014, y según la cual “En SSTs 13 julio 2010 (Rec. 17/2009), 21 octubre 2010 (Rec. 198/2009), 5 de junio de 2011 (Rec 158/2010), 23 septiembre 2014 (rec. 66/2014) y otras muchas, hemos advertido que "el proceso laboral está concebido como un proceso de instancia única (que no grado), lo que significa que la valoración de la prueba se atribuye en toda su amplitud (art. 97.2 LRJS) únicamente al juzgador de instancia (en este caso a la Sala "a quo") por ser quien ha tenido plena intermediación en su práctica y la revisión de sus conclusiones únicamente puede ser realizada cuando un posible error aparezca de manera evidente

y sin lugar a dudas de documentos idóneos para ese fin que obren en autos, por lo que se rechaza que el Tribunal pueda realizar una nueva valoración de la prueba, como si el presente recurso no fuera el extraordinario de casación sino el ordinario de apelación. En concordancia, se rechaza la existencia de error si ello implica negar las facultades de valoración que corresponden primordialmente al Tribunal de Instancia, siempre que las mismas se hayan ejercido conforme a las reglas de la sana crítica, pues lo contrario comportaría la sustitución del criterio objetivo de aquél por el subjetivo de las partes".

La suerte de las revisiones solicitadas será la que resulte de la aplicación de la doctrina jurisprudencial expuesta, conforme veremos seguidamente.

En el primer motivo del recurso se solicita la adición al segundo párrafo del hecho probado cuarto del siguiente contenido: "Que la carretilla marca Linde modelo H30D tiene, entre otras, según su ficha técnica las siguientes características: Que en dicho modelo la carga máxima a transportar 3.000 kilos, siendo la longitud de las horquillas de transporte de 1000 mm. (1metro). Que la carretilla de la que derivó el accidente es de la marca Linde modelo H30D, con las características técnicas referenciadas. A las horquillas de dicha carretilla se le añadió un brazo grúa, con una longitud que sumada a las de las horquillas hacia un total de 2000 mm. (2 metros)"

El nuevo tenor se extrae del Acta de la Inspección de Trabajo (folios 17 a 20), de los datos técnicos de la carretilla (folios 77 a 81), y del informe pericial (folios 82 a 89), sin que pueda prosperar su adición por cuanto no añade nada novedoso respecto al relato fáctico en el que ya se recoge el peso máximo que la carretilla elevadora podía soportar, siendo por lo demás irrelevante para modificar el sentido del fallo tanto la referencia a la longitud de las horquillas como a la longitud del brazo grúa que se le sumó.

En el siguiente motivo se insta la adición de un nuevo hecho probado que sería el octavo con este tenor: "Que en presencia notarial a una carretilla Linde modelo H30D a cuyas horquillas de carga se le ha añadido un brazo grúa con una longitud de 350 centímetros, y cargado sobre el mismo un peso de 621,9 kilos, ha podido el mismo ser levantado manteniendo la carga en varias posiciones, sin que haya volcado la carretilla ni haya sufrido rotura por sitio alguno."

Dicha adición se sustenta en el acta notarial de presencia (folios 95 a 130) y tampoco puede prosperar por cuanto que dicho documento solo da fe de la operación llevada a cabo por la empresa a la que se hace referencia en el acta, pero no de la operación que se llevó a cabo en su día en la carretilla elevadora para desmontar la máquina automática para lavar recles en la que se produjo el accidente de trabajo que ha dado lugar al recargo de prestaciones ahora impugnado, siendo este el motivo por el que la Magistrada de instancia no otorga valor a dicha Acta, tal y como se recoge en el fundamento de derecho primero en el que se dice que se descarta su eficacia por cuanto que la reconstrucción hecha ante Notario se ha realizado sobre los datos suministrados unilateralmente por la empresa demandante.

En el tercero de los motivos se pide la inclusión de otro nuevo hecho probado que sería el noveno y que de prosperar tendría esta redacción: "Que la carretilla de manutención Linde modelo H30, con un accesorio brazo grúa sobre horquillas con separación de 3470 mm., utilizado con TODA LA CARGA EN PUNTA, permite una carga máxima de 657,7 (efecto sobre la carretilla puesto que la carga en punta está limitada a 600 kg. Con utilización de una eslinga a una separación de 2,4 m entre los grilletes (el más alejado de la posición 1), la carga máxima será de 944,78 kg, por lo que una carga de 520 kg (declarada por R. S.L.) está dentro del rango de la utilización de la carretilla. Esta carga representa un 55% de la carga máxima nominal sobre la carretilla, por lo que está dentro de las condiciones que garantiza el fabricante del vehículo tanto la estabilidad como la resistencia estructural. Como complemento al anterior razonamiento, en las pruebas realizadas para el mercado CE, se ha exigido al fabricante la realización de pruebas con cargas 1,5 veces las nominales, muy superiores a las condiciones de carga aplicadas por R."

Esta adición se extrae del informe pericial aportado por la empresa (folios 82 a 89) y tampoco puede ser acogida por cuanto que dicho informe ha sido descartado por la Magistrada de instancia por las mismas razones que el acta notarial de presencia, esto es, que se ha elaborado con los datos suministrados unilateralmente por la empresa demandante. Asimismo obsta al éxito de la indicada adición que la misma implique una premisa jurídica que es contraria a la mantenida por la Magistrada de instancia, porque resulta inadmisibles la nueva valoración de la prueba y con ello buscar una manera de articular la pretensión revisoria como si el presente recurso no fuera el extraordinario de suplicación sino el ordinario de apelación, y olvidando también que en el proceso laboral la valoración de la prueba en toda su amplitud únicamente viene atribuida por la Ley al juzgador de instancia (en este caso a la Magistrada a quo), por ser quien ha tenido plena inmediatez en su práctica (SSTS 21/10/10 -recurso 198/09 - ; 14/04/11 -recurso 164/10 - 07 / 10/11 -recurso 190/10 -; 25/01/12 -recurso 30/11 -; y 06/03/12 - recurso 11/11 -).

TERCERO.- En el motivo destinado a la censura jurídica se denuncia la infracción del art. 123 de la LGSS por aplicación indebida, en relación con el art. 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), el art.24 de la Constitución Española en cuanto al extremo relativo a la infracción del derecho fundamental de presunción de inocencia y los artículos 1216 y 1218 del Código Civil, y 317 de la referenciada LEC, en concordancia con los artículos 143, 144 y 199 del Reglamento Notarial.

Dichas infracciones se han producido, a juicio de la defensa de la recurrente, porque de los hechos que se declaran probados no se desprende la relación de causalidad entre la modificación de la carretilla elevadora y la rotura del carro de sostén de las horquillas de la misma con la consiguiente caída de los molones que desestabilizó la plataforma en la que se encontraba el demandante que cayó al suelo. Al no existir dicha relación de causalidad no cabe imponer el recargo de prestaciones, pues la modificación de la carretilla aunque contraviniera las instrucciones del fabricante no tiene relevancia al no ser la causa eficiente del accidente de trabajo sufrido por D. M.C.T. y por consiguiente no debió de desestimarse la demanda sobre impugnación del recargo de prestaciones derivado de dicho accidente.

Como señala nuestro Alto Tribunal en sentencia de 12 de Julio del 2007 (ROJ: STS 5606/2007), Recurso: 938/2006:

“1) El artículo 123.1 de la Ley General de Seguridad Social preceptúa que procederá la responsabilidad empresarial en el recargo de prestaciones de seguridad social "cuando la lesión se produzca por máquinas, artefactos e instalaciones, centros o lugares de trabajo que carezcan de los dispositivos de precaución reglamentarios, los tengan inutilizados o en malas condiciones o cuando no se hayan observado las medidas generales o particulares de seguridad e higiene en el trabajo o las elementales de salubridad o las de adecuación personal a cada trabajo, habida cuenta de sus características y de la edad, sexo y demás condiciones del trabajador".

Este mismo concepto de responsabilidad por "el incumplimiento de los empresarios de sus obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales" se reafirma en el artículo 42 de la ley 31/1995, de 8 de noviembre de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL), cuyo ordinal 3 se refiere específicamente al recargo de prestaciones. Especifica también la misma ley en su artículo 14.2, que "en cumplimiento del deber de protección, el empresario deberá garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores a su servicio en todos los aspectos relacionados con el trabajo...". En el apartado 4 del artículo 15 señala "que la efectividad de las medidas preventivas deberá prever (incluso) las distracciones o imprudencias no temerarias que pudiera cometer el trabajador". Finalmente, el artículo 17.1 establece "que el empresario adoptará las medidas necesarias con el fin de que los equipos de trabajo sean adecuados para el trabajo que debe realizarse y convenientemente adaptados a tal efecto, de forma que garanticen la seguridad y salud de los trabajadores".

Semejantes prescripciones en esta materia de seguridad aparecen recogidas en el artículo 16 del Convenio 155 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) de 22 de junio de 1981, que impone a los empleadores, en la medida que sea razonable y factible, la obligación de garantizar que "los lugares de trabajo, la maquinaria, el equipo y las operaciones que estén bajo su control sean seguros y no entrañen riesgo alguno para la salud y seguridad de los trabajadores".

Además es de significar, que el mandato constitucional, contenido en el artículo 40.2 de la Constitución, obliga a los poderes públicos a velar por la seguridad e higiene en el trabajo; y que las Directivas europeas relativas a la aplicación de las medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores, entre las que se encuentra, como más significativa la 89/391 CEE, así como los compromisos internacionales del Estado Español, figuran en el preámbulo de la repetida ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales como factores determinantes para la publicación de dicha ley cuyo objeto (art. 5) es "la promoción de la mejora de las condiciones de trabajo dirigido a elevar el nivel de protección de la seguridad y salud de los trabajadores en el trabajo".

A la luz de estos preceptos reiterada doctrina jurisprudencial (por todas STS de 2 de octubre de 2000) viene exigiendo como requisito determinante de la

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

En el presente caso y al no haber prosperado las revisiones fácticas solicitadas se habrá de estar al inalterado relato de hechos probados para dilucidar la procedencia del recargo de prestaciones controvertido y de dicho relato que se recoge de forma literal en los antecedentes de hecho de la presente resolución, interesa destacar que el accidente de trabajo del Sr. C. se produjo cuando el mismo se encontraba prestando servicios para la empresa demandante y cayó desde una plataforma que se encontraba a tres metros del suelo que se desestabilizó al chocar contra la misma los molones que estaban siendo desmontados de una máquina automática para lavar racles de estampación adquirida por la empresa demandante, habiendo sido cargados dichos molones en una carretilla elevadora a la que se le había adicionado un complemento para alargar las horquillas, rompiéndose el carro de soporte de las mismas y cayéndose los molones lo que desestabilizó la plataforma en la que se encontraba el actor. En el manual de instrucciones de la carretilla elevadora se establecía que si se modificaba la misma se tenía que consultar previamente al concesionario y que no se podía realizar ningún cambio sin previa autorización del fabricante.

De los anteriores datos se constata que sí existe relación de causalidad entre la caída del demandante y la desestabilización de la plataforma en la que el mismo se encontraba, pero es que además dicha desestabilización se produjo por la caída de los molones de la máquina automática para lavar racles que había adquirido la empresa demandante y que se estaba desmontando valiéndose de una carretilla elevadora que había sido modificada sin autorización del fabricante y cuyo carro de soporte de las horquillas que es donde se había llevado la modificación, no aguantó el peso de los molones, siendo evidente la relación de causa efecto entre la manipulación de las horquillas de la carretilla y la rotura del carro de soporte de las mismas, ya que no se ha acreditado ninguna otra causa que explique dicha rotura del carro, suponiendo la referida modificación de la carretilla elevadora un incumplimiento de lo establecido en Anexo II, apartado 3 del RD 1215/1997, de 18 de julio sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud para equipos de trabajo, tal y como aprecia la Magistrada de instancia.

Es más, aun admitiendo que la indicada rotura del carro de soporte de las horquillas de la carretilla elevadora no se debiera a la manipulación efectuada en la misma, la conclusión sería la misma ya que el demandante se encontraba en una plataforma situada a tres metros del suelo, realizando trabajos en altura, sin ningún tipo de protección, ni individual ni colectiva, infringiéndose así lo establecido en el

apartado 1.6 del anexo I del Real Decreto 1215/1997, de 18 de julio, sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud para la utilización por los trabajadores de los equipos de trabajo, según el cual: "6. Si fuera necesario para la seguridad o salud de los trabajadores, los equipos de trabajo y sus elementos deberán estar estabilizados por fijación o por otros medios. Los equipos de trabajo cuya utilización prevista requiera que los trabajadores se sitúen sobre ellos deberán disponer de los medios adecuados para garantizar que el acceso y permanencia en esos equipos no suponga un riesgo para su seguridad y salud. En particular, salvo en el caso de las escaleras de mano y de los sistemas utilizados en las técnicas de acceso y posicionamiento mediante cuerdas, cuando exista un riesgo de caída de altura de más de dos metros, los equipos de trabajo deberán disponer de barandillas o de cualquier otro sistema de protección colectiva que proporcione una seguridad equivalente. Las barandillas deberán ser resistentes, de una altura mínima de 90 centímetros y, cuando sea necesario para impedir el paso o deslizamiento de los trabajadores o para evitar la caída de objetos, dispondrán, respectivamente, de una protección intermedia y de un rodapiés."

Por otra parte, también se ha de destacar que en la evaluación de riesgos elaborada por U.P., SOCIEDAD DE PREVENCIÓN S.L.U el 24 de febrero de 2010, no se incluyen los trabajos que se estaban realizando por el demandante cuando sufre el accidente de trabajo del que deriva el recargo, lo que asimismo supone un incumplimiento de lo establecido en el Artículo 16. 2, a) de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, según el cual "a) El empresario deberá realizar una evaluación inicial de los riesgos para la seguridad y salud de los trabajadores, teniendo en cuenta, con carácter general, la naturaleza de la actividad, las características de los puestos de trabajo existentes y de los trabajadores que deban desempeñarlos. Igual evaluación deberá hacerse con ocasión de la elección de los equipos de trabajo, de las sustancias o preparados químicos y del acondicionamiento de los lugares de trabajo. La evaluación inicial tendrá en cuenta aquellas otras actuaciones que deban desarrollarse de conformidad con lo dispuesto en la normativa sobre protección de riesgos específicos y actividades de especial peligrosidad. La evaluación será actualizada cuando cambien las condiciones de trabajo y, en todo caso, se someterá a consideración y se revisará, si fuera necesario, con ocasión de los daños para la salud que se hayan producido.

Cuando el resultado de la evaluación lo hiciera necesario, el empresario realizará controles periódicos de las condiciones de trabajo y de la actividad de los trabajadores en la prestación de sus servicios, para detectar situaciones potencialmente peligrosas."

Constatados los incumplimientos empresariales en materia de seguridad de los equipos de trabajo utilizados en el desmontaje de la máquina automática en la que se produjo el accidente de trabajo de D. M.C.T. así como en materia de evaluación de riesgos, por cuanto que en dicha evaluación no se incluían los trabajos llevados a cabo en la indicada operación, se ha de concluir que la imposición del recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad derivado del accidente de trabajo del Sr. C. es conforme a la normativa aplicable y es que conforme recuerda la doctrina

jurisprudencial del Tribunal Supremo recogida en la sentencia de 8 de octubre de 2001 (Rec. 4403/2000) del juego de los artículos 14.2, 15.4 y 17.1 L.P.R.L. "se deduce, como también concluye la doctrina científica, que 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."

Al haber aplicado la sentencia de instancia la doctrina jurisprudencial a que se ha hecho referencia, procede su confirmación, previa desestimación del recurso.

CUARTO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 204 LJS, 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. Asimismo, y de acuerdo con lo ordenado en el artículo 235.1 LJS, procede la imposición de costas a la parte vencida en el recurso.

FALLO

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de la empresa R. S.L., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social n.º Tres de los de Alicante y su provincia, de fecha 21 de noviembre de 2014, en virtud de demanda presentada a instancia de la misma contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social, la Tesorería General de la Seguridad Social, Unión de Mutuas y D. M.C.T.; y, en consecuencia, confirmamos la sentencia recurrida.

Se decreta la pérdida del depósito constituido para recurrir, dándose a la consignación o, en su caso, al aval el destino previsto legalmente.

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

Sentencia núm. 500, de 26 de febrero de 2016

Materia: Incapacidad temporal. Trabajador afiliado al RGSS que ejerce su actividad como Oficial de 2ª en empresa dedicada a la actividad del metal.
Determinación de contingencia: enfermedad común frente accidente laboral.
Lesiones derivadas de accidente laboral.

Juzgado: Estima la demanda declarando que la contingencia de la incapacidad temporal en que estuvo incurso el actor es de enfermedad común.

Sala: Estima el recurso y revoca la sentencia de instancia. Califica como accidente laboral las enfermedades padecidas por el actor, ya que este es dado de baja al día siguiente de haber causado alta tras un periodo de baja por accidente. Persiste la incapacidad temporal para el trabajo, producida por lesión o sobreesfuerzo origen del accidente de trabajo.

Ponente: Ilma. Sra. Dª. Inmaculada Linares Bosch.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1.-Frente a la sentencia de instancia que estimando la demanda presentada por Mutua X., declara que el proceso de Incapacidad Temporal iniciado por el trabajador D. C.R.G. el día 17-9-2012 hasta el día 16-4-2014 es “enfermedad común”, se interpone recurso de suplicación por el Letrado de D. C.R.D.

En el primer motivo del recurso, redactado al amparo de la letra b) del art. 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, interesa la revisión del hecho probado primero, a fin de que donde dice que la antigüedad del actor era de 5-2-2010, diga “con una antigüedad en la empresa y en el puesto de trabajo de montador de 351 meses, 29 años”, en base al último documento de la prueba del INSS-informe de enero 2012 del Ingeniero Técnico Industrial.

La revisión no se admite, pues se apoya en informe del Técnico de prevención ya valorado por la Magistrada de instancia, y para estimar la revisión de los hechos declarados probados en la sentencia solamente gozan de virtualidad revisora aquellos documentos que por sí mismo hagan prueba de su contenido y no resulten contradichos por otros documentos probatorios.

SEGUNDO.- 1. En el segundo motivo, por el cauce del art. 193-c) de la LRJS, se denuncia la infracción por la sentencia de lo dispuesto en el art. 115-1 y 115.2.f) de la Ley General de la Seguridad Social. Sostiene el recurrente que el proceso de incapacidad temporal iniciado el 17-9-2012 deriva de accidente laboral, pues es continuidad del anterior proceso de incapacidad temporal por accidente de trabajo, y aunque las dolencias sean de carácter degenerativo se agravaron con el trabajo y afloraron con el accidente de trabajo sufrido el 22-8-2012.

2. De los hechos declarados probados se deduce que el trabajador padecía una dolencia degenerativa, con antecedentes de cirugía en hombro derecho en 2004, y asistencia hospitalaria por omalgia bilateral en 2011, y tendinitis inflamatoria leve en la articulación acromioclavicular y desgarro parcial del tendón supraespinoso en enero-2012; causando baja médica por accidente de trabajo el 22-8-2012, situación en la que permaneció hasta el alta emitida por los servicios médicos de X. el 16-9-2012, constando en ECO: signos inflamatorios leves de la articulación acromioclavicular, y desgarro parcial del tendón del supraespinoso con tendinitis calcificante crónica del supra e infraespinoso izquierdo, siendo el objeto del presente procedimiento la determinación de la contingencia del proceso de incapacidad temporal iniciado el 17-9-2012, con baja médica expedida por la sanidad pública, con diagnóstico “síndrome de la vaina de los músculos rotadores del brazo”, respecto del que el INSS ha dictado resolución determinando que tiene su origen en el accidente de trabajo. Pues bien, la dolencia degenerativa que padece el actor no consta que le supusiese incapacidad para desempeñar su trabajo hasta que el día 22-8-2012 causa baja por accidente de trabajo, del que fue alta el 16-9-2012, siendo dado de baja por la sanidad pública al día siguiente por la misma dolencia, lo que evidencia que persistía la incapacidad temporal para el trabajo, y que la misma, dada la continuidad temporal, se produjo a consecuencia de la lesión o sobreesfuerzo origen del accidente de trabajo, por lo que, conforme a lo dispuesto en el art. 115 de la LGSS, que califica como accidente laboral las enfermedades padecidas con anterioridad que se agraven como consecuencia de la lesión constitutiva del accidente, el recurso deberá ser estimado, y revocada la sentencia de instancia.

FALLO

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de C.R.G., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº.14 de los de Valencia, de fecha 14-enero-2015, en virtud de demanda presentada a instancia de Mutua X.; y, en consecuencia, revocamos la sentencia recurrida y con desestimación de la demanda iniciadora de las presentes actuaciones absolvemos a los demandados de la reclamación deducida frente a los mismos.

Sentencia núm. 525, de 1 de marzo de 2016

Materia: Despido. Extinción de la relación laboral por causas objetivas. Despido colectivo. Se escoge a la trabajadora demandante al ser personal con contratos de carácter temporal frente a trabajadores con relación laboral indefinida.

Juzgado: Estima parcialmente la demanda, declarando la improcedencia del despido, con derecho de la trabajadora a la readmisión y abono de los salarios de tramitación, o a la indemnización correspondiente por despido, deduciéndose la cantidad ya abonada. El abono de la indemnización determinará la extinción del contrato de trabajo, producida desde la fecha del cese efectivo en el puesto de trabajo. La improcedencia se produce por falta de puesta a disposición de la trabajadora de la indemnización legal correspondiente.

Sala: Estima el recurso declarando procedente la extinción de la relación laboral. Procede abonar a la trabajadora por parte de la empresa demandada en la instancia, determinada cantidad en concepto de diferencias en el cálculo de las indemnizaciones.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El 20 de julio de 2015 fue dictada sentencia por el Juzgado de lo Social número 6 de Valencia, en autos sobre despido (impugnación individual de despido colectivo) número 696/2013, por la que se estimaba parcialmente la demanda interpuesta por Doña M.D.O.G., frente a la Agencia Valenciana de Turismo, Doña E.F.S., Doña A.C.B., Doña S.G.G. D. D.R.G., Doña C.A.M., Doña N.D.M., D. L.A.R.C., Doña M.C.F.E. y Doña B.B.C., y la Comisión Negociadora de la Representación Legal de los Trabajadores. Frente a dicha resolución se interpone recurso de suplicación tanto por la trabajadora demandante como por la Agencia Valenciana de Turismo, impugnando respectivamente cada una de ellas los recursos presentados de contrario.

SEGUNDO.- Razones de orden procesal nos obligan a examinar en primer término la causa de inadmisibilidad de recurso planteado por la trabajadora opuesta por el letrado de la Abogacía General de la Generalitat en su escrito de impugnación. Y ello por entender que lo que pretende la recurrente no es alterar el fallo de la resolución, que calificó su despido como improcedente, sino mantenerlo pero en base a un motivo diferente (no por error en el cálculo indemnizatorio sino por aplicación incorrecta de los criterios de afectación y mejor derecho a permanecer en la empresa).

Sostiene la impugnante que la vía adecuada para obtener dicho objetivo no es la de interponer recurso de suplicación, cuyo objeto no es otro que revocar en su caso

el fallo de la recurrida, sino hacer valer dicho argumento a través de la impugnación del recurso de suplicación opuesto de contrario, para oponer nuevas causas de oposición, conforme al art. 193 c) LRJS. Combate dicho argumento la trabajadora, entendiendo que pese a haber sido declarado improcedente el despido por la falta de puesta a disposición de la indemnización legal, también debió ser declarada su improcedencia por las causas esgrimidas en su recurso.

Conforme al art. 17.5 LRJS “contra las resoluciones que les afecten desfavorablemente las partes podrán interponer los recursos establecidos en esta Ley por haber visto desestimadas cualquiera de sus pretensiones o excepciones, por resultar de ellas directamente gravamen o perjuicio, para revisar errores de hecho o prevenir los eventuales efectos del recurso de la parte contraria o por la posible eficacia de cosa juzgada del pronunciamiento sobre otros procesos ulteriores”.

En STC 227/2002, el Tribunal Constitucional confirma la legitimidad constitucional de la jurisprudencia del orden social que viene manteniendo, como regla general, que carece de legitimación para recurrir en suplicación quien obtuvo sentencia favorable, al faltar en este caso interés para recurrir, de modo que sólo se admite esa legitimación cuando concurre un perjuicio o gravamen efectivo (doctrina acogida en la citada STC 60/1992 [RTC 1992, 60]) o cuando a aquella parte beneficiada por el fallo de instancia le fue desestimada una excepción procesal que estaba interesada en sostener en fase de recurso.

Asimismo, la Sala Cuarta, también ha elaborado una doctrina consolidada, respecto a la legitimación para recurrir, admitiendo que la afectación desfavorable, que se concreta en un perjuicio o gravamen que deriva de la resolución impugnada, se ha interpretado de forma que tal afectación puede existir, aunque la parte, como sucede en el presente caso, haya obtenido un fallo absolutorio, siempre que haya visto también rechazada alguna excepción que tuviera interés en sostener (sentencias de 2y 18 febrero 1988, 9 de abril de 1990, 28 de mayo de 1992 y 22 de julio de 1993). Pero que igualmente, “la afectación desfavorable o negativa puede vincularse también a un interés preventivo, que es el que existe cuando la parte que ha obtenido un fallo favorable recurre para sostener en el recurso una excepción material o procesal ante el eventual recurso de la parte contraria. Así lo ha establecido la Sala en su importante sentencia de 27 de enero de 2003, que acepta el recurso de la parte que había obtenido el pronunciamiento favorable, pero que, ante el recurso de las partes contrarias, recurre para modificar la sentencia con la finalidad de fortalecer su posición ante ese recurso. La sentencia citada señala que puede existir un interés legítimo en el recurso en atención a las probabilidades de éxito del recurso contrario” (STS 15 de noviembre de 2005, Rec. 182/2004).

En el supuesto ahora examinado, concurre la legitimación para recurrir de la trabajadora, pues aun cuando efectivamente se reconoció la improcedencia del despido con base a uno de los argumentos expuestos en demanda (falta de puesta a disposición de la indemnización que objetivamente correspondía), la eventual estimación del motivo que ahora se reproduce atinente a la incorrecta aplicación de

los criterios de afectación del despido, reforzaría el pronunciamiento alcanzado, máxime cuando la parte demandada ha recurrido el fallo de la sentencia, y la eventual estimación del recurso interpuesto, haría variar su sentido, convirtiendo la calificación del despido en procedente. Por ende, en atención a lo expuesto, procede desestimar la causa de inadmisión opuesta.

TERCERO.- En segundo lugar, y al objeto de seguir el orden prefijado por el art. 193 LRJS, clasificando los motivos del recurso de suplicación, serán examinados los motivos primero y segundo de los recursos presentados respectivamente por la Agencia Valenciana de Turismo y la Sra. O., destinados ambos a revisar el relato de hechos probados de la sentencia de instancia.

1.- Se interesa al motivo primero del recurso del Abogado de la Generalitat y de la Agencia recurrente, se revise el hecho probado primero de la sentencia de instancia y en concreto, el salario que allí se expone, sustituyendo la mención de “salario mensual con prorrata de pagas extraordinarias de 2.404,58 euros” por la siguiente: “y salario mensual, con prorrata de pagas extraordinarias de 2.319,09 euros, siendo la base de cotización de 2.404,58 euros”. Todo ello, con base en los recibos salariales de la trabajadora obrante al documento número 13 de la prueba de la actora (folio 118, tomo 2 de los autos).

La revisión puede tener acogida sólo parcialmente, pues efectivamente se desprende de dichos documentos que la base de cotización de la trabajadora es la que indica la recurrente. En cuanto la consignación del salario de 2.319,09 euros, no puede ser estimada pues la determinación del salario que ha de regir a efectos del despido, no es una cuestión fáctica y sí eminentemente jurídica, que exige el cotejo de recibos salariales y la preceptiva impugnación de los preceptos sustantivos que respaldarían la petición de la recurrente, por lo que, siendo así que el segundo de los motivos de recurso de la Agencia Valenciana de Turismo, formulado al amparo del apartado c) del art. 193 LRJS, persigue precisamente modificar el salario que se ha tenido por acreditado, al resultado de dicho motivo debemos estar, teniendo por no puesto el montante que se expresa en hechos probados, a la espera del resultado del examen del motivo de revisión de fondo sobre tal extremo.

2.- Solicita la trabajadora las siguientes revisiones:

a.- En primer lugar, se revise el hecho probado duodécimo, primer párrafo, para expresar que la trabajadora tiene además de los títulos en idiomas que expresa el ordinal, “el First Certificate in English, nivel del MCER (Marco Común Europeo de Referencia para Lenguas), B2, expedido por el British Council, centro oficial examinador de la Universidad de Cambridge”. Indica el documento 22 del tomo II del expediente judicial (folios 118 y ss); documental de la demandada (folios 74 y 75) y documento 30 de la prueba de la parte actora (folios 24 y ss). Respecto al primero de los títulos indicados, ya consta en el ordinal que se quiere modificar; y el nivel B2 no se deduce de la documental indicada, por lo que no se admite.

b.- Igualmente, se interesa sea revisado el ordinal duodécimo en cuanto a las titulaciones acreditadas por la Juzgadora de los trabajadores D.R.G. y B.B.C. Ambas revisiones se dan por reproducidas y al mismo tiempo se desestiman, por incluir la recurrente valoraciones de parte que se extrae de la documental indicada (documento número 1 prueba documental demandada y documento 32 de la actora) en el que expone las conclusiones que, favorables a sus intereses, pretende incluir y que exceden del objeto de la revisión fáctica.

c.- Por las mismas razones que el supuesto anterior, se ha de rechazar la petición de incluir un nuevo hecho probado (ordinal 13º), pues indica la recurrente la prueba documental aportada por la demandada y que obra en autos a los folios 57 a 60 del tomo I y folio 1 del tomo III de los autos, y en el que constan unos cuadros en el que se incluyen a los trabajadores que pudieran resultar afectados por el ERE y los concretos aspectos valorados para su inclusión en el proceso de despido colectivo. Analiza y lleva a término una serie de apreciaciones sobre la misma, su posible incorrección en la baremación plasmada y concluye la mejor preparación de la recurrente respecto de otros trabajadores no afectados por el despido. Obviamente, ninguna de dichas evaluaciones pueden admitirse, pues ni se extraen de la documental propuesta, ni constituyen elementos fácticos a tomar en cuenta por la Sala, por no ser más que meras consideraciones de parte.

Tras la petición antedicha, y a modo de alegato final, sostiene la recurrente que en atención a lo expuesto, el despido debió declararse improcedente por lo injustificado de la elección de la trabajadora para ser incluida en el ERE, apreciación que excede del motivo de revisión fáctica planteado y por ende, se encuentra defectuosamente articulado, sin tener que añadirse nada más al respecto.

CUARTO.- Centrándonos en los motivos de revisión del fondo, ex art. 193 c) LRJS, comenzaremos por examinar el recurso de la Agencia Valenciana de Turismo.

1.- Se denuncia en concreto la infracción del art. 26 ET y art. 109 LGSS, y de la jurisprudencia que cita en orden a la determinación de la cuantía salarial que ha de regir a efectos del despido. Parte de que la sentencia de instancia, recoge un salario mensual bruto de 2.404,58 euros, con prorrata de pagas extraordinarias. Y que dicho salario es incorrecto, pues dicha cuantía se corresponde con la base de cotización de la trabajadora y no con el salario real que percibía la misma. Y así, indica que pese a que la sentencia de instancia recoge con acierto la jurisprudencia de la Sala Cuarta que determina que habrá de estarse al salario real, yerra al tomar en consideración la base de cotización pues conforme al art. 1. Dos b) RD Ley 8/2010, de 20 de mayo, se redujo el salario de los empleados públicos en un 5% de media, y en el caso concreto de la Agencia Valenciana de Turismo, se suprimió el complemento de productividad que se venía percibiendo, al amparo del art. 32 de la Ley 11/2012 de presupuestos de la Generalitat, manteniéndose la base de cotización de los empleados públicos.

La doctrina de la Sala Cuarta, en cuanto a la cuantía salarial que ha de tomarse en consideración para calcular la indemnización por despido es clara: la Sala ha reiteradamente mantenido que el salario a considerar para el cálculo de la

indemnización de despido ha de ser el salario «último» o actual en el momento de la extinción del contrato de trabajo, incrementado con la prorrata de las gratificaciones extraordinarias, «salvo circunstancias especiales» (en este sentido, SSTs 30/05/03 -rcud. 2754/02 -; 27/09/04 -rcud 4911/03 -; y 11/05/05 -rcud 5737/03 -], figurando entre tales singulares situaciones la oscilación de los ingresos irregulares o la pérdida injustificada -fraude- de una percepción salarial no ocasional o de «carácter puntual» (SSTs 27/09/04 -rcud 4911/03 -; 26/01/06 -rec. 3813/04 -; y 25/09/08 -rcud 4387/07 -). Y siempre tomando en consideración el salario bruto (STS 1-10-2007 y 25-9-2008).

Sostiene el recurrente que el salario que ha de computarse a efectos de indemnización asciende a 2.319,10 euros, al partir de la última nómina percibida anterior al despido (marzo de 2013) y tomar en cuenta el salario base con prorrata de pagas extraordinarias y la prorrata del complemento compensatorio específico, más la antigüedad. Y que con base a la antigüedad de 22-04-2002 se calculó la indemnización por despido, que ascendió a 16.810,36 euros.

Sin embargo, si examinamos los recibos salariales, y en concreto el indicado por el recurrente, que incluye conceptos salariales que se repiten de manera invariable en los meses anteriores, si tomamos los conceptos brutos de salario base, antigüedad, complementos de destino y específico, paga extra CCEE y prorrata de pagas extraordinarias, el cómputo de dichas cuantías arroja un resultado de 2.351,43 euros. Cantidad ligeramente superior a la propugnada por la recurrente pero también inferior a la prevista en la sentencia de instancia como reguladora del despido. Por lo que el motivo de recurso examinado, ha de ser estimado parcialmente, al entender que la cuantía salarial fijada en sentencia no es la correcta, pero tampoco se corresponde con la indicada en el recurso.

2.- Ahora bien, hemos de examinar qué incidencia habrá de tener la modificación de dicha cuantía sobre el pronunciamiento de improcedencia del despido por error inexcusable en el pago de la indemnización, lo que conecta directamente con el motivo de recurso tercero de la Agencia Valenciana de Turismo. En él, sostiene el recurrente que caso de existir error en el cálculo de la indemnización de la trabajadora, debiera calificarse como excusable, pues tomando en consideración la doctrina de la Sala Cuarta que invoca, la cuantificación empresarial está perfectamente justificada, se reconoció la antigüedad real de la trabajadora, y el importe de la diferencia indemnizatoria sería mínimo, estando ausente la mala fe de la empleadora.

La Sentencia de instancia, recoge un resumen de la doctrina del Tribunal Supremo, indicando diversos supuestos en el que el Tribunal, analizando las concretas circunstancias que concurrían en cada caso concreto, declaraba excusable o no el error en el cálculo de la indemnización por despido. Dichos argumentos, se reproducen en Sentencia más reciente de la Sala Cuarta de 23-07-2015, Rcd. 2219/2014, con cita igualmente de la dictada el 25 mayo 2015 (Rcd. 1936/2014) que es la que se indica en la recurrida y que damos por reproducida.

Y en atención a dicha doctrina, y a las circunstancias concurrentes al presente supuesto, discrepamos de la valoración efectuada por la Juzgadora a quo, pues

entendemos que el error en el cálculo de la indemnización ofrecida por la empresa, fue excusable. Decimos esto por cuanto que, en atención a los cálculos que se mencionan en el recurso de suplicación, y que se explican para su mejor comprensión en el documento número 14 de la prueba documental de la demandada, la empresa recoge como conceptos computables a efectos del cálculo: el sueldo base, complemento destino, complemento específico y paga extra CCEE en la cuantía bruta que se expresa en la nómina del mes de marzo. Añade igualmente, dichas cuantías correspondientes a dos pagas extras, cuya suma alcanza por todos los conceptos 25.831,94 euros de retribución bruta anual.

Es en materia de antigüedad donde aparece la discrepancia entre el cálculo que debió tomarse en cuenta por la empresa y el realmente realizado. Pues mientras que en las nóminas se refleja en concepto de antigüedad una cuantía de 113.75 euros, en el cálculo empresarial se toma la cuantía correspondiente a cada tipo de trienios que se recogen en la nómina (2 del tipo B, 1 del tipo C y 1 del tipo D), y la parte proporcional de los mismos en concepto de paga extra. Es dicha operación la que hace que el cálculo de la indemnización arroje una cifra total de 16.916 euros, cuando en realidad, ateniéndonos al salario diario de la trabajadora, que es de 77,30 euros (2.351,43 euros x 12 meses/365 días, conforme a STS 24-01-2011), la indemnización debió ascender a 17.160 euros. De manera que existió una diferencia de 244 euros entre la indemnización que debió percibirse y la realmente abonada.

Atendiendo a la escasa cuantía, a que la empresa no tomó en cuenta la antigüedad que figuraba en las nóminas (1-11-2006) y sí la real de 22-04-2002 que se es la que se indica en sentencia para tomar en consideración; que se atendió a los conceptos brutos de salario base y complementos y parte proporcional de las pagas extraordinarias que por dichos conceptos se devengaron, y que el único error fue no tomar la cuantía a que ascendía la antigüedad, supliéndola por el importe de los diferentes tipos de trienios, siendo además que incluso que incluyeron más de los previstos en la nómina de marzo (véase el trienio B, que recoge 2 y se calculó la indemnización con 3), procede estimar el recurso interpuesto por la demandada, y declarar que el error en el cálculo de la indemnización fue excusable, de lo que se infiere la revocación de la improcedencia del despido que fue declarada en la instancia, por error inexcusable en el cálculo indemnizatorio.

Y por aplicación de la doctrina de la Sala cuarta expresada en la sentencia indicada previamente, en virtud de la cual, conforme al art. 122.3 LRJS, el error excusable no deja sin efecto la obligación empresarial de pagar la indemnización en cuantía correcta, de ahí que el art. 123. 1 LRJS disponga que "Si la sentencia estimase procedente la decisión del empresario, se declarará extinguido el contrato de trabajo, condenando al empresario, en su caso, a satisfacer al trabajador las diferencias que pudieran existir, tanto entre la indemnización que ya hubiese percibido y la que legalmente le corresponda, como las relativas a los salarios del período de preaviso, en los supuestos en que éste no se hubiera cumplido ", procede condenar a la empresa demandada a abonar a la trabajadora la suma de 244 euros en concepto de diferencias indemnizatorias.

QUINTO.- Por último, procede resolver el único motivo de recurso planteado por la trabajadora recurrente al amparo del apartado c) del art. 193 LRJS. En él, se indica como infringido el art. 218 LEC y art. 24 CE, pues entiende que la sentencia de instancia no resolvió una de las cuestiones nucleares que fueron objeto de demanda y debate en juicio: la no aplicación o aplicación incorrecta de los criterios de afectación, sin que se emita pronunciamiento alguno sobre si la actora tenía o no mejor derecho que otros trabajadores para ser afectada por el despido.

Ocurre que dicho planteamiento no puede ser admitido, pues formula incorrectamente la recurrente el motivo antedicho, que debió quedar amparado en el apartado a) del art. 193 LRJS, pues en definitiva lo que se está denunciando es una incongruencia omisiva de la resolución de instancia. Ninguna petición relativa a la nulidad de las actuaciones o de la sentencia se hace en el recurso, por incurrir la recurrida en dicho defecto. Y en base a la argumentación esgrimida, no puede estimarse dicho motivo, pues no se denuncia precepto sustantivo alguno que se haya podido infringir, limitándose a expresar que la demandante presentaba mejores criterios, datos o baremación para mantener su puesto de trabajo. Afirmación que no puede hacer prosperar el motivo examinado ni por ende, provocar la estimación del recurso interpuesto por la demandante.

SEXTO.- De conformidad con lo dispuesto en el art. 235.1 LRJS, no ha lugar a la imposición de costas a ninguna de las partes, por gozar del beneficio de justicia gratuita.

En virtud de lo expuesto,

FALLAMOS

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de la Agencia Valenciana de Turismo frente a la sentencia dictada el 20 de julio de 2015 por el Juzgado de lo Social número 6 de Valencia, en autos sobre despido número 696/2013 seguidos a instancia de Doña M.D.O.G. frente a la precitada recurrente y Doña E.F.S, Doña A.C.B., Doña S.G.G., D. D.R.G., Doña C.A.M., Doña N.D.M., D. L.A.R.C., Doña M.C.F.E. y Doña B.B.C., y la Comisión Negociadora de la Representación Legal de los Trabajadores; y en consecuencia, con revocación de la citada resolución, y desestimación de la demanda en la instancia, declaramos el despido procedente, declarando extinguido el contrato de trabajo que unía a ambas partes con fecha de efectos 30-4-2013, condenando a la Agencia Valenciana de Turismo a abonar a la demandante, la suma de 244 euros en concepto de diferencias de indemnización; con absolucón del resto de codemandados, y desestimación del recurso interpuesto por la parte actora. Sin imposición de costas.

Sentencia núm. 559, de 8 de marzo de 2016

Materia: Despido. Trabajador que presta sus servicios como comandante de avión en empresa que cuenta con dos aeronaves dedicadas al servicio de aduanas de la Agencia Tributaria. Por razones económicas ese servicio pasa a ser realizado por el Ministerio del Aire. Suspensión de contrata. Como consecuencia de ello, la empresa despide al trabajador alegando causas objetivas. Error inexcusable en el cálculo de la indemnización. Improcedencia o nulidad del despido.

Juzgado: Desestima la demanda y declara procedente la decisión extintiva de la relación laboral, absolviendo a la parte demandada de los pedimentos en formulados en su contra.

Sala: Estima parcialmente el recurso. Se reconoce al demandante el derecho a recibir determinada cantidad en concepto de diferencias en el cálculo de las indemnizaciones por despido procedente. No procede declarar la improcedencia o nulidad del despido. Queda justificada la existencia de causa objetiva, al ofrecerse al trabajador el mismo trato que al resto de los que quedaron afectados por la suspensión de la contrata.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se recurre por la representación letrada designada por el actor, la sentencia de instancia que desestimó su demanda por la que se impugnaba la decisión empresarial de extinguir su contrato de trabajo por causas objetivas, recurso que se fundamenta en seis motivos, redactados al amparo del apartado b) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS) los tres primeros, y del apartado c) los restantes.

En el primer motivo de recurso la recurrente solicita una adición al hecho probado 1º, relativa (como las siguientes) al tema del salario. En concreto quiere que conste: “En los certificados de retenciones e ingresos emitidos por I. correspondientes al año 2013 para la cumplimentación del IRPF, se declara un salario abonado por I. al trabajador en dicho año de 48.990,95 € y unas dietas exentas que ascienden a 10.170,66 €.” En el siguiente motivo de pide que conste que: “Las retribuciones del actor se abonaban mediante nóminas correspondientes a cada una de las mensualidades más dos pagas extraordinarias”. Y finalmente (en el tercer motivo): “En el finiquito o liquidación de haberes practicada con motivo del inicio de disfrute de excedencia por cuidado de hijos, en fecha 16-5-2014, al actor se le abonan la paga extraordinaria de verano, por 2.600,91 € y la de Navidad por 1.105,38 €”.

Admitimos las adiciones interesadas por derivarse directamente de los

documentos invocados, completar adecuadamente el factum y ser relevantes a efectos de la resolución del litigio.

SEGUNDO.-En el cuarto motivo del recurso, planteado al amparo del apartado c) del art. 193 de la LRJS se denuncia la vulneración de lo dispuesto en los arts. 26.1 y 53.1.b) en relación con el art. 53.4.c), párrafo 3º y con el art. 122.3 de la LRJS, respecto de la fijación del salario del trabajador a efectos de determinar las consecuencias de la extinción objetiva y las consecuencias de su inexcusable cuantificación. Propugna en primer lugar la recurrente que el salario a tener en cuenta con carácter discrepante debe ser aquél que la propia demandada certifica ante la Agencia Tributaria para el ejercicio 2013, por poseer las notas de certeza, objetividad y fehaciencia. Tal salario asciende a 32.884€ (134,22 euros/día). Subsidiariamente, de no estimarse lo anterior y asumiéndose el poco frecuente criterio de la instancia, propugna que el salario que debe reconocerse al trabajador, incluidas dietas y pagas extras, asciende a 121,20 €, con una indemnización a pagar por la empresa de 29.790,96 €.

Pues bien, estimamos que el salario a reconocer al trabajador es el de 121,20 € diarios. No podemos atender al fijado en el certificado ante la AET además de por responder a criterios estrictamente fiscales, porque se refiere al ejercicio 2013, y el despido es de julio de 2014, por lo que se alejan en demasía en el tiempo los 6 primeros meses de 2013. Pero sí acogemos lo pedido por la recurrente de modo subsidiario, pues deben ser incluidas en el cómputo del salario las pagas extraordinarias (2.466,35 cada una de ellas) y las dietas sujetas a retención, lo que no ha sido tenido en cuenta por la juez a quo. Respecto de estas últimas, y con independencia del tema del tratamiento fiscal, lo que no afecta a este proceso, la retención es un signo, siendo además determinante para su inclusión como salario el dato de su repetición, la regularidad en el percibo y la periodicidad en nómina, así como lo que en definitiva estaban retribuyendo en una profesión como la del actor, en la que el desplazamiento forma parte nuclear de la misma. Si a ello sumamos que la empresa (a quien incumbe la carga de la prueba en tal sentido) no ha acreditado su naturaleza extrasalarial, debemos incluirlas dentro del concepto salario. Por ello, partiendo del hecho probado 1º, y sumando las dietas sujetas a retención y las pagas extras, obtenemos la cantidad de 44.240,77 € (39.308,07+4.932,70), que corresponde a 121,20 € día. Por lo tanto el salario regulador diario que debe reconocerse al actor, incluidas dietas y pagas extraordinarias, asciende a 121,20 €, con una indemnización de 29.790,96 €, habiéndole abonado la empresa la cantidad de 27.869,10 €.

En este orden de cosas, la diferencia apreciada no puede considerarse error inexcusable dado que nos encontramos ante una estructura salarial compleja y variable en la que deben ser ponderados diversos factores a la hora de integrarlos o no en la indemnización final, debiendo realizarse una interpretación jurídica (sobre todo en materia de dietas), lo que sumado a que la diferencia de salario día o de indemnización global, en términos totales y finales, no es cuantiosa, y teniendo en cuenta que en torno a las pagas extras cabe deducir que se ha producido un error material, llevan a entender que el error en el importe abonado por la empresa es excusable. Y por ello no podemos anudar la consecuencia pedida por el recurrente sobre improcedencia del despido por abono de inferior cantidad, pero sí, llegado el

caso, condenar a la empresa al pago de las diferencias.

TERCERO.-En el motivo quinto la recurrente denuncia la vulneración de lo dispuesto en los arts. 53.4 b) del ET y 122.2.d) de la LRJS, en relación con lo dispuesto en el art. 46.3 del ET, respecto de la existencia de extinción objetiva nula por producirse mientras el actor se encontraba acogido a la situación de excedencia por cuidado de hijos. En el siguiente y último motivo se alega la vulneración de lo dispuesto en el art. 122.1 de la LRJS en relación con los arts. 52 c), 53, apartados 1 y 4, así como 51.1 del ET, respecto de la existencia de extinción objetiva injustificada o improcedente por no cumplirse con los requisitos o exigencias, formales y materiales, para apreciar la válida existencia de causa objetiva. Se dice que hay falta de justificación respecto de la acreditada (para la recurrente) existencia de vacantes en I. al tiempo de producirse la extinción por causas objetivas y que se les pretende imponer que la causa invocada solo debe ser analizada desde la perspectiva de su producción.

Así las cosas, lo primero que debemos indicar es que el actor no aporta ningún indicio sobre la vulneración de un derecho fundamental, que sería el de haber sido discriminado por estar en situación de excedencia por cuidado de hijos. 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).

Del relato de hechos probados no se desprende indicio alguno de que la empresa haya actuado con un ánimo vulneratorio de derechos, sino que se constata que la decisión adoptada obedece a causas serias ajenas a todo propósito atentatorio, con independencia de que dichas causas permitan proceder o no a la extinción objetiva del contrato de trabajo.

Consta al relato fáctico (entre otros extremos) que: A).- El demandante vino prestando servicios para I.H., S.A.U., con categoría profesional de operador de medios tecnológicos y piloto auxiliar de ala fija y antigüedad de 30 de abril de 2002. B).-El trabajador comenzó a prestar servicios para T.A.S., S.A. en virtud de contrato de trabajo por tiempo indefinido, con categoría de operador de medios tecnológicos, en el centro de trabajo ubicado según destino. C).- En fecha 28 de febrero de 2006 se le remitió carta de cambio de puesto de trabajo de operador a copiloto de ala fija. En fecha 1.04.2009 se le reconoció la categoría de comandante de ala fija, reconociéndosele hallarse en posesión de los correspondientes títulos o licencias necesarios para ejercer su profesión de piloto comercial. D).-Desde el 3.01.2013 hasta el 16.05.2015 ha prestado servicios en Alicante Aduanas Aviones. El trabajador está provisto de licencia tipo C212, y licencia IR (A) para vuelo instrumental. E).-En virtud de escrito de fecha 8.05.2014 el trabajador solicitó acogerse a la situación de excedencia para atender al cuidado de hijo menor de edad, con duración máxima hasta el día

5.09.2014. La citada petición fue autorizada en virtud de escrito emitido por la empresa en fecha 13.05.2014. F).-En fecha 13.07.2014 finalizó la contrata de servicios de aviación para la Agencia Tributaria adjudicado a la UTE anteriormente referida. G).- En fecha 21.07.2014 la empresa emitió carta de despido del trabajador, notificada el 23.07.2014, con el siguiente contenido: "Por medio de la presente, le comunicamos que la dirección de esta compañía se ha visto obligada a tomar la decisión de extinguir su contrato por causas objetivas con efectos desde el día de recepción de la presente, debido a los cambios que se han producido en la demanda de los servicios que esta Compañía presta y que será seguidamente expuestos. En particular, como Ud. Bien conoce, esta Compañía venía siendo adjudicataria en UTE con la Compañía EADS-Construcciones Aeronáuticas, S.A.U. del contrato para la Operación técnica de vuelo, suministro de repuestos, mantenimiento y administración de la flota de aviones con destino al Departamento de Aduanas e Impuestos Especiales por parte de la Agencia Tributaria, dotado por 5.506.800 euros para un período de 2 años prorrogables por otros dos, siendo la firma del último contrato la del 12 de julio de 2010.(...)".

Lo anteriormente expuesto y el resto de material fáctico de la sentencia denota que se ha producido una pérdida de la contrata del servicio de Aduanas para la Agencia Tributaria, que no volvió a adjudicarse (pues pasó a asumir tales servicios el Ejército del Aire Español), con la consiguiente pérdida de ingresos y estabilidad en esta materia para I.H., S.A.U. Es irrelevante que se haya alegado también causa económica, ya que la situación existente se reconduce a una causa productiva (que obviamente tiene repercusión en el mundo económico), no siendo imprescindible que el empresario haga la correcta subsunción legal. Y no cabe duda que, en principio y salvo de eventuales circunstancias que no constan en el presente supuesto, la pérdida de una contrata por parte de una empresa de servicios implica un cambio en el servicio que venía prestando, que incide directamente en los puestos de trabajo que estaban asignados a ella, cuya amortización se revela como necesaria y proporcionada. Así lo ha venido entendiendo una constante doctrina jurisprudencial expresada, entre otras, en las SSTS de 14 de junio 1996 (rcud.3099/1995), 7 de junio de 2007, 31 de enero de 2008 (rcud.1719/2007), 16 de mayo de 2011 (rcud.2727/2010) o 8 de julio de 2011 (rcud.3159/2010), 31- de enero de 2013 (rcud.709/2012) y 26 de abril de 2013 (rcud.2396/2012). Se argumenta en ellas lo siguiente: "... la reducción de actividad de servicios a la finalización de la contrata inicial ha generado dificultades que impiden el buen funcionamiento de la empresa; como tal hay que considerar el exceso de personal resultante de tal reducción. A estas dificultades se puede hacer frente mediante amortizaciones de los puestos de trabajo sobrantes, de forma que se restablezca la correspondencia entre la carga de trabajo y la plantilla que la atiende. Y el ámbito de apreciación de la causa productiva sobrevenida puede ser el espacio o sector concreto de la actividad empresarial afectado por el exceso de personal, que es en el caso la contrata finalizada y renovada con menor encargo de servicios y consiguientemente de ocupación (...) Por consiguiente, la pérdida o disminución de encargos de actividad ha de ser considerada por su origen una causa productiva, en cuanto que significa una reducción del volumen de producción contratada, y por el ámbito en que se manifiesta una causa organizativa, en cuanto que afecta a los métodos de trabajo y a la distribución de la carga de trabajo entre los trabajadores".

El actor poseía habilitación de avión de ala fija, no de helicóptero, y consta a la fundamentación jurídica con valor fáctico que “El trabajador está provisto de licencia tipo C212, y licencia IR (A) para vuelo instrumental, no resultando de la prueba practicada que tuviera otro tipo de licencia que le habilitase para el manejo de otro tipo de avión ni prestación de otro tipo de servicios, por lo que no podría ser reubicado.”

En definitiva, no existen indicios de vulneración de derecho fundamental, ni infracción de los artículos denunciados por la recurrente, habiéndose dado al actor el mismo trato que al resto de trabajadores en ese momento en activo que quedaron afectados por la supresión de la contrata, y por otra parte, se ha justificado la existencia de causa productiva, por lo que no puede declararse la nulidad del despido, ni menos aún la improcedencia (que no podría operar ante el dato objetivo de una situación protegida), porque el despido es procedente, lo que confirmamos, si bien, debe ser condenada la empresa al abono a la parte actora de las diferencias en la indemnización percibida, por ser superior el salario fijado en esta sentencia al tenido en cuenta por la empresa, y haber sido conceptuada tal diferencia como error excusable (art. 53.4 in fine), tal y como hemos expuesto en el segundo fundamento jurídico. En consecuencia, procede determinar una indemnización de 29.790,96 € (sal/día 121,20 €), por lo que habiendo recibido una indemnización de 27.869,10 €, le corresponde cobrar al demandante la suma de 1.921,86 €, en concepto de diferencias, lo que desemboca en la parcial estimación del recurso formulado.

FALLO

Que estimando parcialmente el recurso de suplicación interpuesto por Don F.J.P.F. contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 2 de Alicante de 30-09-2015, y con parcial revocación de la misma, condenamos a la empresa I.H. S.A.U., a que abone al demandante la suma de 1.921,86 € en concepto de diferencias en la indemnización recibida por despido procedente.

Confirmamos la declaración de procedencia del despido y el resto de pronunciamientos del fallo que no se opongan al presente.

Sin costas.

Sentencia núm. 576, de 8 de marzo de 2016

Materia: Prestación por desempleo. Trabajadora que presta sus servicios en jornada completa como técnico medio de formación en empleo, funcionaria interina, en organismo autónómico. Por razones económicas y en aplicación del R. Decreto-Ley 1/2012, su jornada pasa a ser de 25 horas semanales. Solicitud de prestación contributiva, la cual le es denegada al no encontrarse en situación legal de desempleo.

Juzgado: Desestima la demanda absolviendo a la parte demandada de todas las pretensiones en su contra formuladas. No procede la prestación solicitada.

Sala: Estima el recurso declarando a la actora en situación de desempleo parcial, debiendo el organismo demandado en la instancia proceder a abonar la prestación correspondiente. La actora está incluida en la prestación por desempleo, al encontrarse ligada con la Administración por una relación funcional de carácter interino y habersele reducido la jornada y proporcionalmente el salario, entre un 10 y un 70%, cumpliendo con los requisitos legales que dan derecho a la percepción de la prestación.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se recurre por el letrado designado por Dña. L.M.F., la sentencia de instancia que desestimó su demanda por la que pretendía que se le reconociera por el Servicio Público de Empleo Estatal (SPEE) el derecho a percibir la prestación por desempleo parcial con efectos 1 de marzo de 2012 en que se le redujo la jornada laboral a 25 horas semanales.

SEGUNDO.- En el primer motivo del recurso y con amparo procesal en el apartado b) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS), se solicita por la recurrente que se modifiquen los ordinales segundo y tercero del relato de hechos probados de la sentencia, en los términos que pasamos a examinar:

a) La petición que se formula en relación con el hecho segundo, tiene por objeto que se añada un párrafo en el que se diga que la disposición adicional 3ª del Real Decreto 3/2012, de 11 de febrero, introdujo la disposición adicional 21ª del Estatuto de los Trabajadores (ET). Esta petición se rechaza porque lo que debe figurar en el relato de hechos probados de la sentencia son las circunstancias fácticas que hayan quedado acreditadas tras la práctica de la prueba y no las normas jurídicas que pudieran ser de aplicación, que, en todo caso, se podrán hacer valer por el cauce establecido en el apartado c) del artículo 193 LRJS.

b) En cuanto a la redacción que se propone para el hecho tercero, tiene por

objeto que se deje constancia de que el 12 de marzo de 2012. Dña. L.M. se inscribió como demandante de empleo. Petición a la que se accede por fidelidad con la realidad, pese a que la causa por la que el SPEE denegó la prestación de desempleo nada tiene que ver con esta cuestión, sino con la imposibilidad de que las Administraciones públicas puedan “suspender los contratos de trabajo ni reducir la jornada de trabajo”, tal y como se indica en la resolución denegatoria de la solicitud de prestación por desempleo –folio 49 del expediente administrativo-.

TERCERO.- 1. El segundo y último motivo del recurso está dividido en dos apartados. En el primero de ellos, se denuncia la infracción por inaplicación del artículo 9.3 de la Constitución Española (CE) y 2 del Código Civil en relación con los artículos 47 ET y 208.3 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio (en adelante, LGSS); y en el apartado segundo la infracción de los arts. 206, 207.c) y 208 de LGSS. En ambos se defiende, con distintos argumentos, que la demandante tiene derecho a lucrar la prestación por desempleo parcial al haber visto reducidas su jornada laboral a 25 horas semanales, en aplicación del Decreto-Ley 1/2012, de 5 de enero del Consell de la Generalitat Valenciana, de medidas urgentes para la reducción del déficit en la Comunitat Valenciana.

2. La resolución de instancia que ahora se recurre en suplicación, resolvió la cuestión planteada aplicando el criterio mantenido por la sentencia del Pleno de esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Valencia de 26 de marzo de 2014 (rs.1977/2013) -que fue seguida por otras muchas- en la que se entendía que no procedía el reconocimiento de la prestación por desempleo solicitada. Sin embargo, este criterio ha sido corregido por el Tribunal Supremo en diversas sentencias dictadas en unificación de doctrina, por lo que elementales razones de seguridad jurídica y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1.6 del Código Civil, procede seguir la doctrina unificada. Así, por ejemplo, en la STS de 15 de septiembre de 2015 (rcud.2796/2014) se razona lo siguiente: *“1. La cuestión que subyace en el planteamiento del presente recurso de casación unificadora, resuelta ya por esta Sala en varias ocasiones como enseguida veremos, se centra en determinar, en primer lugar, si la actora, dada su condición de funcionaria interina, está incluida entre las personas a las que se extiende la protección por desempleo y, en segundo término, si le alcanza la prestación parcial.*

El art. 208.1 LGSS dispone: “Estarán comprendidos en la protección por desempleo, siempre que tengan previsto cotizar por esta contingencia, los trabajadores por cuenta ajena incluidos en el Régimen General de la Seguridad Social, el personal contratado en régimen de derecho administrativo y los funcionarios de empleo al servicio de las Administraciones Públicas”.

El art. 203.3 LGSS dispone: “El desempleo será parcial cuando el trabajador vea reducida temporalmente su jornada diaria ordinaria de trabajo, entre un mínimo de un 10 y un máximo de un 70 por ciento, siempre que el salario sea objeto de análoga reducción. A estos efectos se entenderá por reducción temporal de la jornada ordinaria de trabajo, aquella que se decida por el empresario al amparo de lo establecido en el

artículo 47 del Estatuto de los Trabajadores, sin que estén comprendidas las reducciones de jornada definitivas o que se extiendan a todo el periodo que resta de la vigencia del contrato de trabajo".

2. El recurso debe prosperar porque, como la Sala tiene reiteradamente declarado, respecto a la primera cuestión, la actora "está incluida en la protección por desempleo, al encontrarse ligada a la Administración Pública por una relación funcional de carácter interino, habiendo cotizado al Régimen General por la prestación de desempleo" (STS 27-7-2015, R. 2881/14).

Y, en relación con la segunda, "cumple dichos requisitos ya que le ha sido reducida su jornada en más de un 10 y un máximo de un 70 por ciento, se le ha reducido proporcionalmente el salario, dicha reducción tiene carácter temporal -desde el 01-03-2012 a 31-12-2013- y ha sido acordada por la empleadora." (STS 27-7-2015, R. 2881/14).

3. Las razones que explican más en detalle las anteriores conclusiones se explicitan de forma literal en la precitada resolución (TS 27-7-2015), con transcripción de gran parte de dos precedentes propios, uno de la misma fecha (R. 2862/14) y otro algo anterior (TS de 1-7-2015, R. 3408/14), la primera de las cuales se hace eco in extenso de la STS de 5-5-2004 (R. 2092/03) y refuerza sus argumentos mediante el canon hermenéutico del art. 3 del Código Civil (contexto y antecedentes históricos y legislativos), y a tal doctrina ya unificada hemos de estar por seguridad jurídica e igualdad en la aplicación de la ley, sin que siquiera se nos ofrezcan motivos para cambiarla, y sin que a la misma se oponga, como también destaca la resolución citada en primer lugar, "el hecho de que la reducción de jornada de la actora no se haya efectuado al amparo del art. 47 ET".

3. A la vista de lo expuesto, procede estimar el recurso en el sentido de declarar que la demandante se encuentra en situación legal de desempleo parcial, reconociéndole el derecho a percibir la prestación correspondiente.

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

FALLO

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de DOÑA L.M.F. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº.3 de Alicante de fecha 16 de diciembre de 2012; y, en consecuencia, revocamos la sentencia recurrida y con estimación de la demanda, declaramos que la demandante se encuentra en situación legal de desempleo parcial, y condenamos al Servicio Público de Empleo Estatal a estar y pasar por esta declaración y a abonar la prestación correspondiente con efectos del 1 de marzo de 2012.

Sin costas.

Sentencia núm. 591, de 8 de marzo de 2016

Materia: Tutela de los derechos fundamentales: vulneración de los derechos de tutela judicial efectiva y libertad sindical. Trabajadora despedida con motivo de la aplicación de un ERE en federación sindical. La actora se encuentra afiliada al sindicato. Siendo su intención la de interponer demanda por despido nulo o improcedente, solicita se le asigne asistencia jurídica externa ya que la interna no garantizaba adecuadamente su derecho a la defensa. Obligación por parte del afiliado de acatar los estatutos del sindicato. La actora recurre a asistencia externa y solicita el abono de la factura por parte del sindicato demandado.

Juzgado: Desestima la demanda, absolviendo al sindicato y federación codemandada de los pedimentos formulados en su contra.

Sala: Desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia. No se produce vulneración de los derechos fundamentales al no recurrir la demandante, por su condición de afiliado, a los servicios que presta el sindicato demandado.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Por la representación letrada de la parte demandante se formula recurso contra la sentencia de instancia, recaída en proceso por tutela de derechos fundamentales, y que desestimó la demanda al considerar que la pretensión no se podía encauzar a través de dicho procedimiento al ser lo debatido una cuestión de legalidad ordinaria.

En el único motivo del citado recurso, amparado en el artículo 193 “c” de la LRJS, se censura a la sentencia la infracción del artículo 42 del Estatuto de la Abogacía Española, aprobado por RD 658 / 2001, de 22 de junio.

El conflicto entre ambas partes, una de ellas trabajadora de la Federación de Servicios de X. y también afiliada a la citada central sindical, y la otra, el propio sindicato, surge cuando la aquí recurrente es despedida de dicho órgano en aplicación de un ERE extintivo, y decide emprender acciones legales contra su empleador, para lo cual prescinde de la asistencia jurídica de los servicios internos de X., que en su condición de afiliada puede disfrutar sin coste alguno, solicitando al sindicato que se le facilitara un profesional ajeno al servicio, ante lo cual se le brindó por la referida central sindical que recurriera a los servicios jurídicos internos. Ante esta situación, la trabajadora acudió a un profesional externo, que le asistió en el proceso por despido, satisfaciendo la trabajadora sus honorarios, los cuales se reclamaron infructuosamente al sindicato X.

Lo que se está planteando es, en definitiva, que se considere que la conducta aludida ha vulnerado los derechos fundamentales de la demandante y se le pague el importe de la minuta abonada, que asciende a 3.150,30 euros.

Y desde ahora se anticipa que el motivo, y por extensión el recurso, deben decaer, al ser correcta la solución adoptada en la sentencia. No se puede olvidar que estamos en presencia de un procedimiento especial donde todo se agota en valorar si los hechos descritos por quien demanda constituyen o no una lesión de un derecho fundamental, que en el caso que se examina, a falta de mención en el recurso, debe interpretarse son los alegados en la demanda, el de tutela judicial efectiva y el de libertad sindical, como los que se entienden infringidos. Respecto el primero es tan simple que no se vulneró desde el momento en que no existe, ni se menciona, ninguna actuación jurisdiccional que se pueda entender lesiva de ese derecho fundamental, y en relación al de libertad sindical, aparte de que los hechos que se han acabado de concretar no forman parte del contenido esencial de aquella, no se podría considerar infringido por el mero hecho de que la recurrente no tuviera confianza en los servicios de asistencia jurídica que le ofrecía el sindicato como a cualquier afiliado más, y decidiera, en uso de su libertad, contratar los servicios de un letrado ajeno al sindicato, cuyos honorarios no sufragó la central por razones obvias. Y tampoco cabe hablar de discriminación por el hecho que la asistencia jurídica que proporciona el sindicato es dispensada a través de sus propios letrados, lo que podría generar conflicto de intereses cuando es aquél el demandado, al tratarse de una norma de organización interna, aparte de que lo que si sería reprochable, desde el plano alegado, es denegar esa asistencia letrada proporcionada a cualquier afiliado.

Además, la única norma citada como infringida, que disciplina las relaciones de los abogados para con las partes, ciertamente no guarda relación directa con lo que se enjuicia, pues la obligación del profesional del derecho de defender a su patrocinado con el máximo celo y diligencia no se puede valorar desde el momento en que dicha defensa no existió por lo que refiere a los servicios jurídicos de UGT, al ser rechazada de plano a priori por quien alega la vulneración, lo cual dista de ser una cuestión encuadrable en este procedimiento especial escogido, al versar el conflicto sobre un problema particular entre la demandante y el sindicato que, como señala la sentencia recurrida, es de legalidad ordinaria y nunca susceptible de entenderse vulnerador de un derecho fundamental.

En definitiva, deberá desestimarse el recurso y confirmarse la sentencia.

FALLO

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por D^{ña}. E.Y.V.T. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 2 de Castellón, de fecha 16 de julio de 2015 y, en consecuencia, confirmamos la sentencia recurrida.

Sentencia núm. 597, de 8 de marzo de 2016

Materia: Despido y reclamación de cantidad. Trabajador con contrato indefinido al servicio de ente televisivo. Extinción de la relación laboral. El trabajador solicita declaración de nulidad o improcedencia del despido y reclamación de cantidad por descuento de cantidades en concepto de cotizaciones a la Seguridad Social y retenciones en concepto de IRPF.

Juzgado: Desestima la demanda declarando la incompetencia de la jurisdicción social para conocer sobre el fondo del asunto. Deja imprejuzgada la cuestión objeto de la controversia.

Sala: Desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia. El objeto del pleito se limita a la práctica de las retenciones a cuenta efectuadas al trabajador, reduciendo significativamente la reclamación inicial efectuada (descuentos indebidos, paga extra de navidad no cobrada y salario dejado de percibir). Al no tratarse de una cuestión prejudicial la jurisdicción social es incompetente para conocer sobre el fondo del asunto.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Frente a la sentencia de instancia que desestimó la demanda y declaró la incompetencia de la Jurisdicción Social para conocer del presente procedimiento, correspondiéndole el conocimiento del mismo a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, dejando imprejuzgada la cuestión objeto de controversia en el presente procedimiento, interpone recurso de suplicación 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 pretende modificar el hecho probado tercero párrafo segundo para el que propone un nuevo texto para que tras el existente se añada “... realizando descuentos indebidos en lo referente a cuotas a la Seguridad Social y retenciones indebidas de IRPF, ascendiendo a una cantidad total de 954,63 euros”, pero la adición fáctica no puede alcanzar éxito por cuanto supone introducir en los hechos probados una valoración jurídica predeterminante del fallo que no es posible establecer en la resultancia fáctica, sin olvidar que tal conclusión no resulta directamente sin necesidad de conjeturas ni hipótesis ni razonamientos de los documentos en que se basa.

SEGUNDO.- Respecto del derecho, denuncia el recurso, con amparo procesal en el apartado a) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, que en la sentencia impugnada se ha producido infracción del derecho a la tutela judicial efectiva por infracción del artículo 24 de la Constitución Española y al derecho a la igualdad de partes y se ha producido a la parte recurrente indefensión por determinar que no es competente para conocer del asunto la Jurisdicción Social, alegando que no

se impugna un acto administrativo en relación con la liquidación de cuotas o retenciones realizadas por la administración, sino que reclama a la empresa la cual es la que paga, retiene y descuenta al trabajador los importes de Seguridad Social y retenciones indebidas descontadas de más, careciendo de sentido que el trabajador tenga que reclamar a un órgano administrativo una falta o daño provocado y producido por la empresa que incurrió en ese error de retener y descontar importes de más, siendo la empresa la que debe requerir a la administración el error producido y no le corresponde al trabajador iniciar un proceso largo y costoso cuando el error ha sido provocado por la empresa.. Y en el motivo tercero articulado al amparo del apartado c) del art. 193 de la LRJS se alegan infringidos los artículos 24.1 de la C. E. y el art. 3 de la LRJS, así como el art. 26 y ss. del E.T., reiterando los argumentos antes citados.

La doctrina anterior según la cual la jurisdicción social no sería competente para conocer sobre la procedencia de los descuentos efectuados por la empresa en concepto de IRPF y cuotas de la Seguridad Social, ha sido superada por otra más moderna que se encuentra expresada en la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de noviembre de 2009 (Rcud 2757/2008), seguida por las sentencias de esta Sala, entre otras, al resolver los recursos 3219/2010 sentencia de 12-04-2011 y 386/2011, en las que se indica que la doctrina del Tribunal Supremo sobre la materia ha quedado precisada y rectificada en parte en aquellos supuestos en los que “el objeto principal del proceso no es la práctica de esas retenciones a cuenta, sino que esta cuestión se plantea como incidental, principalmente cuando se procede a la ejecución de lo resuelto en sentencia firme o en acto de conciliación judicial”, debiéndose reconocer, en estos supuestos la competencia de la jurisdicción laboral para conocer, por cuanto “los artículos 10 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 4 de la Ley de Procedimiento Laboral reconocen a los órganos jurisdiccionales del orden social la competencia para resolver con carácter previo y prejudicial cuestiones atribuidas al conocimiento de otro orden jurisdiccional. Ello supone atribuirles competencia para con carácter prejudicial resolver las cuestiones que, incidentalmente, puedan plantearse para resolver las cuestiones atribuidas a su conocimiento”, añadiendo la expresada sentencia “que las resoluciones dictadas al respecto tendrán carácter prejudicial y no impedirán un posterior proceso al respecto ante la jurisdicción contencioso-administrativa”.

En función de la doctrina expuesta el recurso no puede prosperar, por cuanto si bien inicialmente el actor en su demanda reclama por diversos conceptos como nulidad del despido o su improcedencia, y reclamación de cantidad de 4.857,40 euros en concepto de descuentos indebidos, paga extra de navidad no cobrada y salario dejado de percibir, más el 10 % de intereses, posteriormente, según expresa la sentencia de instancia al fijar posiciones la parte actora reduce su reclamación inicial a la cantidad de 954,63 euros según afirma por la mensualidad de agosto de 2013, pero luego la defensa del actor afirma que la expresada cantidad reclamada es consecuencia de haberle deducido la empresa indebidamente cantidades en concepto de cotizaciones a la Seguridad Social y por haberle retenido cantidades superiores en concepto de I.R.P.F a aquellas que debían habersele retenido al actor. De esta forma queda delimitada por la parte actora la controversia objeto de la presente Litis, que ya no se centra en la inicial reclamación, sino que expuesto el origen y quantum de la

cantidad objeto de reclamación que ha quedado establecida en la cantidad retenida por el concepto de IRPF y de cotizaciones a la Seguridad Social, y de acuerdo con la doctrina antes citada, se ha de concluir que en el presente caso nos encontramos con que el objeto principal del proceso, tal y como ha quedado establecido, es la práctica de las retenciones a cuenta, no planteándose como cuestión incidental sino como principal al quedar el objeto del pleito reducido a tal cuestión, al no tratarse de una cuestión prejudicial, resulta que esta Jurisdicción de lo Social es incompetente por lo hasta aquí razonado, y por estos argumentos debe mantenerse la incompetencia para conocer del presente supuesto y confirmarse la sentencia de instancia previa desestimación del recurso que se examina.

FALLO

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por D. A.S.C. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 14 de Valencia, de fecha 11.09.2015 y, en consecuencia, confirmamos la sentencia recurrida.

Sentencia núm. 606, de 8 de marzo de 2016

Materia: Pensión de viudedad. Fallecimiento del causante de la prestación. Los cónyuges se encuentran divorciados de mutuo acuerdo con convenio regulador. Los esposos renuncian entre sí a exigirse pensión compensatoria. Corresponde al causante el pago de la hipoteca de la vivienda. Solicitud prestación de viudedad. La demandante alega grave desequilibrio económico tras muerte del cónyuge al tener que hacer frente a la hipoteca.

Juzgado: Estima la demanda declarando el derecho de la actora a percibir la pensión de viudedad, condenando al organismo demandado a pasar por esta declaración.

Sala: Estima el recurso del organismo demandado y revoca la sentencia de instancia. Al no haber pensión compensatoria no procede la prestación de viudedad. Y si se tiene en cuenta el desequilibrio económico como consecuencia del pago de la hipoteca por el fallecido, éste es solo de carácter temporal mientras que la pensión de viudedad subsiste mientras viva el excónyuge, no debiéndose reconocer una prestación de viudedad condicionada a un extremo que no constituye una obligación de carácter permanente.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- Frente a la sentencia de instancia y auto que lo completa por los que se declara el derecho de la actora a percibir la pensión de viudedad, se condena al INSS a estar y pasar por esta declaración y a abonarle una pensión en el porcentaje reglamentario que corresponda, sobre la base reguladora que indica y efectos económicos que señala, sin perjuicio de que el importe de la pensión quede limitado por la cuantía de la pensión compensatoria percibida por la actora, interpone recurso de suplicación el INSS, siendo impugnado el recurso por la parte actora y en el único motivo del recurso con amparo procesal en el artículo 193 c) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, respecto del derecho, se denuncia infracción del artículo 174.2 en su primer párrafo, en la modificación dada por la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, que establece que el derecho a la pensión de viudedad de las personas divorciadas o separadas judicialmente quedará condicionado, en todo caso, a que, siendo acreedoras de la pensión compensatoria a que se refiere el artículo 97 del Código Civil, ésta quedara extinguida por el fallecimiento del causante, añadiendo, que en el presente caso en el convenio regulador no se fijó pensión compensatoria, que cuando se disolvió el matrimonio ya estaba en vigor la nueva Ley 40/2007 que daba una nueva regulación al art. 174.2 de la LGSS, que las cantidades abonadas como préstamo hipotecario no son cantidades entregadas a beneficio exclusivo de la viuda tal y como presume la sentencia ya que se desconoce la titularidad de la vivienda hipotecada, existiendo hijos en el matrimonio, ni se acreditado que la vivienda hipotecada no

dispusiera de una póliza de seguro destinada a sufragar el pago del capital pendiente en el supuesto de fallecimiento del titular del préstamo.

Dejando al margen la última alegación relativa a la existencia o no de póliza de seguro que atendiera caso de fallecimiento del titular del préstamo hipotecario el pago del capital pendiente, por cuanto le resulta imposible a la parte acreditar un hecho negativo como es la inexistencia de póliza de seguro destinada a sufragar el pago del capital del préstamo, la cuestión a resolver debe partir de la inatacada resultancia fáctica de la que resulta que en el Convenio Regulador firmado por ambos cónyuges se hace constar sobre la Pensión Compensatoria que los esposos reconocen que el divorcio no crea desequilibrio económico entre ellos, motivo por el cual ambos renuncian a exigirse entre sí pensión compensatoria, y ello sería suficiente para concluir que no concurre en el presente supuesto la pensión compensatoria que exige el art. 174.2 de la LGSS, y no se requiere una renta de subsistencia que es lo que se intenta atender con la prestación de viudedad, y por lo tanto debe acogerse el recurso y revocarse la sentencia de instancia.

No obstante, si se pretende apoyar la pretensión de la parte actora en la consideración de que su ex cónyuge venía abonando la hipoteca de la vivienda donde residía, por lo que su fallecimiento le provoca una situación de desequilibrio económico, y si bien la jurisprudencia del Tribunal Supremo efectúa una nueva interpretación finalista, que sin ceñirse a la denominación dada por las partes, para otorgar la condición de acreedor de la pensión compensatoria, se fija en la verdadera naturaleza de la pensión fijada a cargo del causante, extraída de las circunstancias del caso (STS 29-1-2014 Rec. 743/2013, 6 de mayo de 2014 Rec. 1344/2013), en el presente caso debe tenerse en cuenta que la hipoteca abonada por el ex cónyuge tendrá una duración temporal, que concluirá cuando finalice el periodo pactado, mientras que la pensión de viudedad tiene una duración mientras vive la parte beneficiada de la misma, pudiendo finalizar la hipoteca y continuar viviendo la beneficiaria en cuyo caso habría desaparecido la obligación de compensar económicamente a la ex cónyuge y por lo tanto la razón de ser del reconocimiento de la pensión de viudedad. No debiéndose reconocer una prestación de viudedad condicionada a un extremo que no constituye una obligación permanente, y por lo tanto queda desnaturalizada tal obligación de compensar. Tampoco consta acreditado que las cantidades entregadas para el pago de la hipoteca redunden solo en beneficio de la viuda, al desconocerse la titularidad de la vivienda hipotecada, existiendo además hijos del matrimonio que como herederos legales de los bienes pueden serlo de la vivienda hipotecada si fuera de la titularidad exclusiva del fallecido y a quienes irían destinadas las cantidades abonadas en vida en préstamo hipotecario. Razones todas ellas por las que debe acogerse el recurso y revocarse la sentencia impugnada y desestimarse la demanda.

FALLO

Que estimando el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada del INSS, frente a la sentencia del Juzgado de lo Social número Ocho de los de



Valencia de fecha 31 de octubre de 2.014, dictada en virtud de demanda interpuesta por Doña P.P.S., 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 al Instituto demandado.

Sentencia núm. 616, de 9 de marzo de 2016

Materia: Reclamación de cantidad. Trabajador que presta sus servicios como matarife en empresa que es declarada en concurso voluntario. Extinción de la relación laboral entre la concursada y el trabajador. Presentación de solicitud de prestaciones ante el FOGASA. Diferencias entre lo pedido y otorgado. Normativa a aplicar para delimitar la responsabilidad del fondo al amparo de lo dispuesto en el art. 33 del ET.

Juzgado: Estima la demanda condenando al FOGASA a pagar determinada cantidad correspondiente a diferencias en las prestaciones solicitadas al amparo del art. 33 del ET.

Sala: Estima el recurso y revoca la sentencia de instancia. Para que exista responsabilidad subsidiaria del fondo deben concurrir conjuntamente la declaración de concurso y la extinción de la relación laboral. Si no se dan esos dos requisitos el régimen jurídico aplicable es el vigente en ese momento.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se recurre en suplicación la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 4 de Valencia, por la que se estimaba la demanda interpuesta por D. J.I.H. frente al Fondo de Garantía Salarial, en reclamación de prestaciones a este último, condenado al Organismo citado a abonar las diferencias existentes entre la cantidad efectivamente reconocida por aquél y la reclamada por el demandante, en cuantía de 3.500,19 euros.

SEGUNDO.- El recurso se compone de un único motivo, redactado al amparo del apartado c) del art. 1923 LRJS, entendiéndose infringido por aplicación errónea, de lo dispuesto en el art. 33.1 y 2 ET en su redacción dada por el RD-Ley 20/2012, de 13 de julio.

La cuestión jurídica discutida se reduce a una mera controversia en el derecho aplicado y se concreta en determinar qué normativa es la aplicable para regular los límites de responsabilidad del Fondo de Garantía Salarial, al amparo del art. 33 ET. Es decir, si es aplicable la redacción dada a este precepto por el RD-Ley 20/2012, de 13 de julio, que es en definitiva lo que sostiene el recurrente; o si por el contrario debe resultar avalada la conclusión adoptada por la Juez a quo, que estimando la demanda, resolvió aplicar la redacción del precepto anterior a la citada norma reglamentaria.

Los hechos que suscitan la controversia son los siguientes:

1.- El demandante venía prestando servicios para la empresa M.A.V. S.L, que fue declarada en concurso voluntario de acreedores el 15-11-2011.

2.- Por auto de 29-1-2013 del Juzgado de lo Mercantil número 2 de Valencia se declara extinguida la relación laboral de los trabajadores con la empresa, entre los que se encontraba el demandante.

Se reconoció como consecuencia de la extinción a favor del Sr. I. una cantidad de 27.793,84 euros (20.206,40 euros por indemnización y 7.587,44 euros por salarios). Solicitado el pago al FOGASA, se dicta resolución reconociendo 18.282,85 euros de indemnización y 6.010,80 euros, por aplicación de los límites establecidos en el art. 33.1 y 2 ET en la redacción dada por el RD-Ley 20/2012.

Sostiene el Fondo de Garantía que la responsabilidad subsidiaria del fondo nace cuando concurren dos requisitos legalmente exigidos: de un lado, la existencia de un hecho causante (extinción de la relación laboral que dé derecho a la indemnización o devengo de los salarios adeudados); y de otro, la declaración de insolvencia o de concurso del empresario. Y que por ende, deben concurrir los dos requisitos, pues la mera declaración del concurso no dará lugar al derecho a percibir las prestaciones del Fondo. Y así, si en el caso de autos, aunque la empresa estaba declarada en concurso desde el 15-11-2011, no nació su derecho a la indemnización hasta que no se produjo la extinción de su relación laboral el 29-1-2013, por lo que el régimen jurídico aplicable sería el vigente a este momento.

La Juzgadora de Instancia, por aplicación de la doctrina expuesta en sentencia de la Sala Cuarta de 22 de noviembre de 2007, aplica la regulación anterior. Y esta Sala, a la vista de las concretas circunstancias del asunto que examinamos, se inclina por revocar el pronunciamiento de instancia, y ello por los siguientes motivos:

1.- En primer lugar, porque la doctrina jurisprudencial, en sentencias más antiguas, si bien venía reconocimiento como momento a tomar en consideración para fijar la normativa aplicable para delimitar la responsabilidad del fondo al amparo de lo dispuesto en el art. 33 ET el de la declaración de insolvencia, y no el de extinción de la relación contractual, no puede obviarse que analizaba supuestos distintos al que nos ocupa, pues partía de una extinción contractual previa para posteriormente producirse la declaración de insolvencia de la empresa. Baste leer los argumentos empleados en la Sentencia de la Sala Cuarta de 21/03/1988, que aun cuando no puede referirse a la normativa aquí discutida, sí permite extrapolar sus razonamientos, dada la similitud de los supuestos enjuiciado. Decía el Alto Tribunal lo siguiente:

*“El tema así planteado que se erige en núcleo de la cuestión litigiosa, se circunscribe a delimitar el ámbito temporal de cada norma, a esclarecer si para determinar la vigencia o aplicabilidad por razón del tiempo de la reforma introducida por la Ley de 2 de agosto de 1984, en el artículo 33 del Estatuto de los Trabajadores, de 10 de marzo de 1980, y, consiguientemente, para precisar la responsabilidad del Fondo de Garantía Salarial, debe atenderse a la fecha en que el despido se produjo o a aquella en que se declaró la insolvencia de la empresa, dubio que ha de resolverse en sentido contrario a como lo hizo el Tribunal Central de Trabajo en orden a las siguientes consideración: a) Porque **dos son los requisitos que el precitado artículo 33 exige para que surja la obligación de pago impuesta al Fondo de Garantía Salarial; uno, la***

sentencia o resolución administrativa que reconoce la indemnización a favor de los trabajadores, y otro, la resolución en que consta la declaración de insolvencia del empresario, declaración esta que - cumplido el primer requisito de reconocimiento de la indemnización, que es únicamente una expectativa de derecho frente al Fondo- se constituye el elemento fundamental, en la "conditio iuris», de la obligación del mismo al impicarlo por primera vez en la relación jurídica de la que la Ley deriva las prestaciones que regula a la que anteriormente era ajeno y que determina su responsabilidad, pues, hasta entonces, no entraba en juego su cobertura legal, porque el acto extintivo de la relación de trabajo no genera por sí solo obligación alguna a cargo del citado organismo, por lo que hay que concluir afirmado que el nacimiento del derecho a obtener la indemnización del Fondo es cuando se produce la declaración de insolvencia de la empresa, ya que, hasta ese momento, el trabajador no tiene acción frente a él por no serle exigible el débito, b) Porque, abundando en lo razonado, ese es el sentido que debe darse a los preceptos contenidos en la restante normativa que regulaba o regula el funcionamiento y obligaciones del Fondo de Garantía Salarial, tanto el artículo 31 de la Ley de Relaciones Laborales de 8 de abril de 1976 , como el artículo 45 del Real Decreto-ley, sobre relaciones de trabajo de 4 de marzo de 1977, los artículos 14 y 20 del Decreto de la misma fecha, y los artículos 2 , 15 y 25 del Real Decreto, de 6 de marzo de 1985, en todos los cuales se supedita la asunción de dichas obligaciones a la existencia de la situación de insolvencia empresarial, c) Porque, por último, tal es la interpretación que la problemática merece, en supuestos análogos, tanto a esta Sala (sentencias de 23 de septiembre de 1980 y 4 de junio de 1982), como a la Sala Tercera de lo contencioso-administrativo de este Tribunal Supremo -competente entonces para el conocimiento de la materia enjuiciada- conforme ponen de manifiesto sus sentencias de 1 de octubre de 1984 y 3 de abril y 13 de junio de 1986 y las en ellas citadas, en las que se sustenta la tesis de que debe ser la fecha de la declaración de insolvencia, y no la del despido o acto extintivo de la relación de trabajo, la determinante del momento en que nace para el trabajador la facultad de ejercer sus derechos frente al Fondo de Garantía Salarial, sentencias que constituyen Doctrina Legal, en ese orden jurisdiccional”.

2.- En segundo lugar, porque esta misma doctrina ha sido mantenida en Sentencias más recientes, pudiendo citarse a título de ejemplo, la dictada el 24-07-2007 (Rcud. 565/2006, en materia de salarios de tramitación a cargo del estado) y la de 27-06-2007 (Rcud. 2624/2006). La Sala Cuarta, continúa con el criterio ya expuesto, expresando las siguientes conclusiones, por remisión a la Sentencia de la Sala dictada el 1 de marzo de 1988, dictada en recurso en interés de ley:

“Aquí no se trata del régimen jurídico de una extinción del contrato de trabajo, sino del régimen aplicable a una prestación de garantía y ésta se rige por el principio general de Derecho intertemporal, que es el que deriva del artículo 2 del Código Civil en relación con la disposición transitoria 1ª de dicho Código y de la propia disposición final 1ª.2 de la Ley 45/2002; principio en virtud del cual las leyes no tienen efectos retroactivos y así se rigen por la legislación anterior los derechos nacidos según ella de hechos realizados bajo su régimen y por la nueva ley los que surgen tras su entrada en vigor.

*Por otra parte, tratándose de una prestación pública de garantía habría que tener en cuenta también la norma común en materia de régimen transitorio de la Seguridad Social que, en virtud de la disposición transitoria 1ª de la Ley General de la Seguridad Social, atiende para delimitar la norma aplicable a la fecha en que se entiende causada la prestación y es evidente que **la prestación de garantía nace a partir de una sucesión de hechos -- por una parte, los que delimitan la existencia de la deuda garantizada, pero, por otra, el hecho que establece el juego de la garantía -- que termina con la declaración de insolvencia** y a esta última hay que atenerse para seleccionar la norma que rige la prestación desde la única perspectiva que puede abordarse en este recurso que, dado el ámbito de la contradicción y de la infracción denunciadas, no es la de la procedencia de la deuda, sino la de la regulación de la garantía del Fondo”.*

3.- En nuestro caso, las particularidades del caso hacen que deba atenderse a las peticiones del Fondo articuladas en el recurso, por entender que los argumentos esgrimidos son correctos. La empresa fue declarada en concurso de acreedores antes de la entrada en vigor del Real Decreto que modificó los límites de responsabilidad del FOGASA. Y dicha declaración de concurso, no puede entenderse equiparada a una situación de insolvencia. Posteriormente, tras la entrada en vigor de la norma reglamentaria, es cuando la relación laboral del actor fue extinguida. Y es a partir de este momento cuando entra en juego la garantía del art. 33 ET. Dos son los hechos o condiciones exigidas, y por ende, su efectivo cumplimiento es el que pone en marcha el mecanismo de garantía. La sola declaración del concurso, que no insolvencia, tan solo produjo una mera expectativa jurídica, que ante la extinción de la relación contractual, se tornó real y posible, debiendo atenderse a este momento para delimitar la normativa aplicable a la exigencia de prestaciones, vía art. 33 ET.

Por todo ello, en aplicación de la doctrina expuesta, procede estimar íntegramente el recurso formulado, revocando la resolución recurrida, y absolviendo al Fondo de Garantía de todos los pedimentos de la demanda.

TERCERO.- No ha lugar a la imposición de costas, al no existir parte vencida del recurso.

En virtud de lo expuesto,

FALLAMOS

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto por la Letrada habilitada por la Abogacía del Estado, en representación del Fondo de Garantía Salarial frente a la Sentencia dictada el 27 de febrero de 2015 por el Juzgado de lo Social número 4 de Valencia, autos número 1064/2014, seguidos a instancia de D. J.I.H. frente al precitado recurrente; y en consecuencia, con revocación de la citada resolución, y desestimación de la demanda en la instancia, absolvemos al Fondo de Garantía Salarial de todos los pedimentos de la demanda. Sin imposición de costas.

Sentencia núm. 628, de 10 de marzo de 2016

Materia: Declaración de minusvalía. Tramitación de expediente de minusvalía. El trabajador tiene reconocido un grado de discapacidad del 10%, sin necesidad de concurso de tercera persona y sin factores de movilidad reducida. Revisión grado. Valoración de discapacidad y factores sociales complementarios.

Juzgado: Estima la demanda declarando al actor afecto de un grado de minusvalía del 33%, condenando al Conselleria demandada a estar y pasar por esta declaración.

Sala: Estima el recurso y declara la nulidad de la resolución de instancia. Se han aportado documentos posteriores a la fecha del juicio para la realización del informe médico. Debe practicarse nueva diligencia final con sujeción a los informes médicos obrantes en la causa.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO- 1. Frente a la sentencia de instancia que estimó las pretensiones del actor interpone recurso la Abogacía de la Generalidad. En el único motivo del recurso se solicita la nulidad de actuaciones por infracción de lo dispuesto en el artículo 87.1 y 2 de la LRJS en relación con el artículo 238.3 de la LRJS y al amparo del artículo 193 a de la norma procesal laboral.

Sostiene la recurrente que en el dictamen médico forense emitido como diligencia final se aportaron y valoraron nuevos documentos de fecha posterior al acto del juicio oral, y por lo tanto ajenos al expediente cuya resolución era objeto de control judicial, causando a la administración actuante indefensión en la defensa de sus intereses.

2. Antes de entrar en el análisis la causa de nulidad planteada por la recurrente conviene recordar que de acuerdo con una constante Doctrina Jurisprudencial manifestada, entre otras, en las SSTs de 13 marzo 1990, 30 mayo 1991 y 22 junio 1992, seguida por numerosos pronunciamientos de diversos Tribunales Superiores de Justicia, esta Sala viene sosteniendo que dado el carácter extraordinario del recurso de Suplicación y los principios que configuran el proceso laboral, la declaración de nulidad de actuaciones debe abordarse con un criterio restrictivo, con el fin de evitar inútiles dilaciones, que serían negativas para los principios de celeridad y eficacia, por lo que sólo debe accederse a la misma en supuestos excepcionales. En este sentido, tal y como establece la Sala IV en la STS 11-12-2003 (recurso 63/2003) “la nulidad es un remedio último y de carácter excepcional que opera, únicamente, cuando el Tribunal que conoce el recurso no puede decidir correctamente la controversia planteada”; por

lo tanto para que puedan apreciarse sus efectos y prosperar la reposición de autos ha de constar, siempre que sea posible, la previa protesta en el juicio oral de la parte perjudicada por la infracción que se denuncia; ha de invocarse de modo concreto la norma procesal que se estime violada, sin que sean posibles las simples alusiones genéricas, ha de justificarse la infracción denunciada, debe tratarse además de una norma adjetiva que sea relevante, por último la infracción ha de causar a la parte verdadera indefensión, o sea, merma efectiva de sus derechos de asistencia, audiencia o defensa, sin que la integridad de las mismas sea posible a través de otros remedios procesales que no impliquen la retracción de actuaciones y no debe tener parte en la alegada indefensión quien solicita la nulidad.

3. El artículo 87 de la LRJS regula las normas y garantías sobre la práctica de la prueba en el proceso laboral, siendo principios básicos de este proceso la oralidad, la concentración y la contradicción. La práctica de diligencias finales debe realizarse con sujeción a estos principios y en el marco de la delimitación de los hechos controvertidos en el juicio oral y del resto de prueba practicada en el mismo. El hecho de que para la realización del informe médico forense se aportaran documentos posteriores a la fecha del juicio de los que no se había dado traslado previo a la contraparte y que dichos documentos no solo contribuyeran a las conclusiones del citado informe sino que fueran determinantes de la estimación de la demanda presentada en materia de grado de discapacidad no solo supone una clara infracción de las garantías y normas procesales tal y como se denuncia por la demandada, que formuló la oportuna protesta tras su aportación y admisión, sino que le supone una clara indefensión al no haber podido conocer los documentos aportados hasta su consignación en el informe médico pericial cuyo contenido se apoya en informes que no fueron aportados al expediente administrativo cuya resolución se impugna en vía judicial, ni tampoco al acto de la vista oral, por ser posteriores a la misma.

La aportación de nuevos documentos emitidos con posterioridad al juicio oral no debió ser admitida limitándose la prueba pericial a informar en base al reconocimiento del actor y los informes obrantes en la causa o de forma subsidiaria y con el fin de garantizarse los principios y garantías procesales en la práctica de la prueba. Su aportación a la causa y su valoración a efectos de resolver la demanda formulada afectan a los principios de contradicción, seguridad jurídica e igualdad de las partes en el proceso y altera la sujeción de estas al debate abierto en el procedimiento iniciado cuyo objeto es el control judicial de la legalidad y adecuación de la valoración de grado efectuada por los técnicos de la conselleria en el expediente correspondiente.

VISTOS los indicados preceptos legales y los demás de general y pertinente aplicación.

FALLO

Que estimando el Recurso de Suplicación interpuesto por el ABOGADO DEL ESTADO interpuesto contra la sentencia dictada por el JUZGADO 1 de ELCHE de



fecha 9/02/2015, debemos declarar la nulidad de la indicada resolución, a fin de que se practique nueva diligencia final con sujeción a los informes médicos obrantes en la causa.

Sentencia núm. 649, de 1 de abril de 2016

Materia: Reclamación de cantidad. Trabajador que presta sus servicios en empresa demandada, habiendo sido despedido por causas objetivas. La parte demandada debe a la actora salarios. Indemnización por extinción de la relación laboral. Responsabilidad subsidiaria del Fondo de Garantía Salarial.

Juzgado: Estima parcialmente la demanda condenando a la empresa demandada a que abone a la parte actora determinada cantidad en concepto de salarios debidos más os intereses correspondientes y determinada cantidad en concepto de indemnización por despido objetivo. Absuelve al organismo codemandado (FOGASA) de la reclamación del 40% del importe de la indemnización por despido objetivo, sin perjuicio de su responsabilidad subsidiaria legalmente establecida en cuanto al resto de las cantidades.

Sala: Estima parcialmente el recurso condenando al organismo codemandado a estar y pasar por la declaración. Condena a la empresa demandada tanto en lo atinente a los salarios como respecto de la indemnización por la extinción del contrato por causas objetivas dejando sin efecto el apdo 3 del fallo de instancia, que en lo demás se confirma.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-1.En el escrito de impugnación del recurso se postula al amparo del artículo 197.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LJS) la modificación del párrafo segundo del hecho probado 1 para que se indique como redacción alternativa la siguiente: “El actor fue despedido con efectos de 31.07.2012 por causas objetivas, según resulta de la documental aportada.” Modificación que debe prosperar pues así se indica en la propia carta de despido y se expresa textualmente en el hecho tercero de la demanda.

2. El recurso interpuesto, que ha sido impugnado en nombre del Fondo de Garantía Salarial, se estructura en cuatro motivos. Los dos primeros se dedican a la revisión de los hechos probados (sin duda por error de transcripción cita la Ley de Procedimiento Laboral cuando, de acuerdo con la fecha de la sentencia impugnada (30 de septiembre de 2014) debió invocarse el artículo 193.b) de la Ley Reguladora De la Jurisdicción Social conforme a lo prevenido en la Disposición Transitoria Segunda.1 de dicha ley, que entró en vigor a los dos meses de su publicación en el BOE según previene su Disposición Final Séptima, apartado 1, es decir, en 11 de diciembre de 2011, dada su publicación en el BOE de 11 de octubre de 2011, pero este error no tiene relevancia a los efectos del recurso en cuanto las dos normas de referencia, la derogada y la vigente, disponen lo mismo), a los fines respectivos siguientes: A) Se modifique el hecho probado 1 otorgándole esta redacción: “P.A.L.C., con DNI

73766415X prestó servicios para las empresa demandada con categoría P.J. SL, con antigüedad 02.10.2006, salario de 41,42 euros día, con prorrata de pagas extraordinarias. El actor fue despedido con efectos de 17.07.2012 por causas objetivas, según resulta de documental aportada en su ramo”. B) Se revise el hecho probado 3 indicando: “La actora reclama también el importe de la indemnización por despido basado en causas objetivas que se fija en 4.832,33 euros, que resulta de las hojas de salario recibidas.”

3. Basa la primera de las revisiones propuestas en las hojas de salarios obrantes a los folios 17 a 22 donde consta como fecha de antigüedad la de 2/10/2006, “pues a ello vino obligada por aplicación del art. 44 del Estatuto de los Trabajadores que regula las consecuencias del cambio de titularidad de la empresa”, y que deben prevalecer frente a “consulta de situaciones laborales (folios 33 a 35) en la que únicamente se contemplan las variaciones habidas desde el 1/10/2007”. No existiendo dato ni elemento probatorio alguno sobre la sucesión de empresas alegada, debe estarse al tiempo de servicios en P.J. S.L. desde el 1 de octubre de 2007, máxime cuando estamos ante los efectos respecto de un tercero (el Fondo de Garantía Salarial) de un pacto entre trabajador y empresario, del que no deben derivar perjuicios para el citado Organismo, si no es a partir de elementos probatorios, aquí inexistentes sobre la alegada sucesión, por lo que esta primera revisión se desestima, debiendo seguir idéntica suerte la segunda que derivaba de la admisión de la primera, y que propiamente no constituía un hecho probado, en cuanto el cálculo de la indemnización correspondiente es una cuestión jurídica más que fáctica.

SEGUNDO.-1. El siguiente motivo de recurso se formula al amparo del artículo 193.c) de la LJS, denunciando infracción del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores. Centra su argumentación en que el actor inició la relación laboral siendo la mercantil P.T. S.L. la titular de la actividad, por lo que el hecho de que posteriormente se produjera un cambio de titularidad no debía afectar a los derechos del trabajador.

2. Para desestimar este motivo basta considerar que el relato fáctico permanece inalterado, no existiendo elemento probatorio ni indicio algunos de los que deducir la sucesión de empresa alegada, por lo que no apreciamos la censura jurídica denunciada.

TERCERO.-1. En el siguiente y último motivo de recurso, bajo el mismo amparo procesal que el anterior, denuncia infracción del artículo 33.2 y 33.8 del Estatuto de los Trabajadores. Argumenta en síntesis que la facultad reconocida al trabajador de reclamar los ocho días de salario a que aludía el art.33.8 del ET en la redacción dada por la Ley 3/2012, no excluye a estos supuestos de la cobertura prevista en el artículo 33.2 del ET, que prevé la responsabilidad subsidiaria del Fondo por el importe total de la indemnización, incluso por el 40% de la indemnización por despido objetivo en empresas con menos de 25 trabajadores, habiendo tenido conocimiento el FOGASA de la demanda del trabajador antes del transcurso del año de prescripción desde la extinción de la relación laboral, incidiendo en que el carácter no excluyente de la responsabilidad directa ha quedado incluso corroborado por la DF 5ª de la Ley 22/2013

que suprimió el apartado 8º del art.33 del ET, resultando absurdo que no habiéndose modificado el art.33.2 del ET que establece la responsabilidad subsidiaria del Fondo “se establecieran interpretaciones que dieran lugar a consecuencias distintas”.

2.Aunque la Sala no comparte en su integridad la censura jurídica denunciada en el motivo, sí que la aprecia en parte, desde la perspectiva de que la pretensión ejercitada en la demanda origen del proceso que se ratificó en lo sustancial en el acto del juicio se orientaba a la percepción de las cantidades que indicaba, una de las cuales era la indemnización correspondiente al despido objetivo producido, que al no haber sido abonada al trabajador podía reclamarse en proceso ordinario al no poderse consolidar –por no haberse percibido- como se deduce de lo expresamente instituido en el artículo 53.5. a) del TR de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

3.Como declaró la sentencia del Tribunal Supremo de 24-11-2004 (R.65/2004), cambiando doctrina precedente que afirmaba que el Fondo en los procesos del artículo 23.2 de la Ley de Procedimiento Laboral (hoy artículo 23.2 de la LJS) no debía ser condenado o absuelto, subrayó en lo que aquí interesa que “Si la oposición de la empresa y del Fondo no prosperan, deberá condenarse explícitamente a este último, en su condición de responsable legal subsidiario, a estar y pasar por la condena que se imponga a la empresa. Pues con ello no se hace, en definitiva, más que llevar a sus últimas consecuencias las que se derivan del efecto preclusivo que hasta ahora se imponía al Fondo”, y que “en ningún caso podrá emitirse pronunciamiento alguno, ni tan siquiera declarativo, referido a la relación jurídico-material del Fondo con los trabajadores, aun no nacida y ajena al pleito; y que deberá debatirse, en su integridad, en el ulterior proceso que pueda suscitarse entre ellos”, cuestión esta última a la que se refiere hoy el párrafo último del apartado 5 del artículo 23 de la LJS (“La concurrencia de los requisitos para la prestación de garantía según lo dispuesto en el artículo 33 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores no será objeto del procedimiento judicial que se dirija contra el empresario para la determinación de la deuda sino del procedimiento administrativo ante el Fondo de Garantía, y en su caso del proceso judicial ulterior que resuelvan sobre la solicitud de prestación de garantía salarial”).

4.Por su parte la sentencia del Tribunal Supremo de 6-10-2009(R. 358/2009) después de reiterar doctrina precedente acerca de que el objeto principal de la acción por despido es la obtención de una declaración judicial de nulidad o improcedencia, por lo que si el trabajador acepta plenamente la corrección y licitud del despido decretado por el empresario no se plantea realmente conflicto alguno relativo a ese núcleo esencial del juicio de despido, y por tanto no sería adecuado exigirle entablar tal clase de acción con el único fin de poder cobrar una indemnización cuyos elementos esenciales están reconocidos por la demandada. Si el trabajador considera que su cese es conforme a ley, no tiene por qué ejercitar ninguna acción de despido, y la falta de ejercicio de esta acción no puede producir la consecuencia de que por ello pierda las indemnizaciones establecidas para esos ceses lícitos. Pero ello no significa que baste la certeza de la deuda indemnizatoria derivada del despido, o su reconocimiento por el empresario, para ostentar título adecuado para reclamar del FOGASA la responsabilidad subsidiaria del art. 33.2 ET , pues, como resumió nuestra

reciente sentencia de 4 de mayo de 2009 (R. 2062/08) y recuerda literalmente la de 10 de junio de 2009 (R. 2761/08) (...) "... para que nazca la responsabilidad subsidiaria del Fogasa que este precepto regula, es de todo punto necesario que las indemnizaciones por despido que a éste se reclamen hayan sido "reconocidas como consecuencia de sentencia, auto, acto de conciliación judicial o resolución administrativa a favor de los trabajadores". No basta, por tanto, a los efectos de esta responsabilidad subsidiaria del Fogasa con que, de un modo u otro, aparezca en el ámbito de la controversia una indemnización por despido, sino que es ineludible, para que exista esta responsabilidad subsidiaria, que esa indemnización esté reconocida por alguno de los títulos habilitantes que puntualiza el citado art. 33-2, como se acaba de indicar. Así lo corrobora la doctrina recogida en las sentencias de esta Sala..."

Es evidente, que este título habilitante, que exige el art. 33-2 del ET , ha de estimarse que existe en el presente caso, pues la petición se funda en sendos reconocimientos contenidos en sentencias firmes...."

5. En definitiva, como arriba se dijo, la circunstancia de que la indemnización no se haya consolidado por falta de entrega de la misma no impide que se pueda reclamar en forma como se está realizando en el proceso que dio lugar a la sentencia de instancia, y reconocida en definitiva la deuda indemnizatoria por sentencia firme, podrá surgir en su caso la responsabilidad del Fondo, a partir de lo dispuesto en el artículo 33 del Estatuto de los Trabajadores.

CUARTO. -Corolario de todo lo razonado será la estimación parcial del recurso interpuesto y de conformidad con la doctrina que se resumió en el apartado 3 de este fundamento jurídico, se condenará al Fondo de Garantía Salarial a estar y pasar por la declaración y condena de la empresa demandada tanto en lo atinente a los salarios (que no se han discutido en este trámite) como respecto de la indemnización por la extinción del contrato por causas objetivas de 20 días por año de servicio, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 53.1. b) del T.R. de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. Sin costas, ante el signo revocatorio del fallo, dejando sin efecto el apartado 3 del fallo de instancia que alude al 40% de la indemnización por despido objetivo, dado lo dispuesto en el párrafo último del apartado 5 del artículo 23 de la LJS, que se transcribió al final del apartado 3 del fundamento jurídico tercero de la presente.

FALLO

Estimamos en parte el recurso de suplicación interpuesto en nombre de don P.A.L.C. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 5 de Alicante el día 30 de septiembre de 2014 en proceso sobre cantidad seguido a su instancia contra P.J. SL, y FOGASA, condenando al Organismo codemandado (FOGASA) a estar y pasar por la declaración y condena de la empresa demandada tanto en lo atinente a los salarios como respecto de la indemnización por la extinción del contrato por causas objetivas dejando sin efecto el apartado 3 del fallo de instancia, que en lo demás se confirma. Sin costas.

Sentencia núm. 666, de 22 de marzo de 2016

Materia: Despido. Trabajadora que presta sus servicios como limpiadora en empresa dedicada al servicio de limpieza. Subrogación de empresa y de relación laboral. La nueva empresa comunica a la actora carta de despido objetivo por causas de producción. Amortización de puestos de trabajo como consecuencia de reducción de número de horas contratadas. Falta de acreditación probatoria entre reducción de horas y despido.

Juzgado: Desestima la demanda, declarando procedente el despido efectuado, absolviendo a la parte demandada de los pedimentos deducidos en su contra.

Sala: Estima el recurso declarando improcedente la extinción de la relación laboral. Se produce una falta de acreditación probatoria entre la reducción de la contrata y la extinción de la relación laboral de la actora por causas productivas.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-Frente a la sentencia dictada en la instancia, que desestima ésta al considerar que el despido objetivo producido tiene una causa objetiva que lo justifica, y que se han cumplido los requisitos formales e indemnizatorios, que la actora inicialmente negaba, recurre ésta en suplicación, al amparo de los apartados b) y c) del art. 193 de la LRJS.

El primero de los motivos pretende la revisión del hecho probado cuarto de la sentencia de instancia, con la finalidad de adicionar al mismo el siguiente texto: “De la documental aportada por la empresa demandada no se infiere que exista la reducción de horas postuladas en la adjudicación del servicio de limpieza ya que no consta en prueba documental alguna las horas de servicio de limpieza en la Fundación X., que tenía asignadas la anterior adjudicataria del servicio I.I. SLU”. Tal pretensión se efectúa sin cita alguna de documento concreto, salvo la genérica mención a “la documental “. Ello nos lleva ya a la obligada desestimación del motivo, pues sabido es que en un recurso extraordinario como el de suplicación se necesita, no solo la cita concreta del documento o pericia que sirve de base a la revisión postulada, sino, además, que de dicha prueba se desprenda de forma directa, clara y concreta la existencia de error por parte del órgano judicial de instancia. Por ello, es reiterada la jurisprudencia que señala que no cabe introducir hechos negativos en la redacción de los hechos probados, que contradigan lo expuesto en la instancia, pues ello implicaría aceptar la valoración subjetiva y parcial de la parte recurrente, contra el criterio objetivo del juzgador/a de la instancia cuya valoración probatoria le es atribuida por las normas, al permitirle apreciar, no solo las pruebas que sirven de base a la suplicación, sino también las manifestaciones de las partes y de los testigos, así como

la totalidad del acervo probatorio, valorado en su conjunto. En éste caso se pretende negar lo que en la instancia se afirma en base a la valoración de un documento que no consta negado ni impugnada su autenticidad, por lo que la única conclusión posible es el rechazo de tal motivo.

SEGUNDO.- En el terreno de las infracciones sustantivas y de la jurisprudencia, se citan los arts 51 y 52c) del Estatuto de los Trabajadores, y se alega que la resolución del contrato de la actora se produce al día siguiente de la asunción de la contrata de limpieza, en relación con los locales de la Fundación X., por parte del Grupo X., por lo que no se ha producido ninguna causa sobrevenida que justifique la extinción. En apoyo de tal posición se citan sentencias de diversos TSJs, que como es sabido no constituyen jurisprudencia a los efectos del presente recurso.

Debemos comenzar señalando que como ha mencionado la jurisprudencia en relación con los supuestos de extinciones contractuales fundadas en la reducción o pérdida de contratas, “la pérdida o disminución de encargos de actividad ha de ser considerada por su origen una causa productiva, en cuanto que significa una reducción del volumen de producción contratada, y por el ámbito en que se manifiesta una causa organizativa, en cuanto que afecta a los métodos de trabajo y a la distribución de la carga de trabajo entre los trabajadores” (SSTS de 14 de junio 1996 (rcud.3099/1995), 7 de junio de 2007, 31 de enero de 2008 (rcud.1719/2007), 16 de mayo de 2011 (rcud.2727/2010) o 8 de julio de 2011 (rcud.3159/2010), 31- de enero de 2013 (rcud.709/2012) y 26 de abril de 2013 (rcud.2396/2012). La causa alegada por la empresa para resolver el contrato de trabajo de la demandante, consiste en la disminución de la contrata, que debe considerarse de carácter organizativo y productivo, habiendo centrado la empresa sus alegaciones en las causas productivas al entender que la disminución de horas contratadas implicaba una reducción paralela de sus necesidades de producción. Y efectivamente, desde ésta perspectiva el propio Tribunal Supremo se ha pronunciado en diversas ocasiones (STS 31 de enero del 2013, rec. 709/12, con cita de varias anteriores), sobre si la finalización de una contrata seguida de otra en la que el encargo es menor, justifica o no la amortización de los puestos de trabajo sobrantes. La conclusión al respecto es que en las empresas de servicios la disminución de encargos de actividad, puede conllevar tal rescisión contractual si resulta acreditada la racionalidad de la medida, en aras a la eficacia de la organización productiva, “teniendo en cuenta la disminución del volumen de la contrata y su importe, el número de trabajadores existente en la empresa y la ratio” con independencia de poder existir supuestos singulares que merezcan otra consecuencia jurídica. Y siempre que la empresa no haya efectuado posteriores contrataciones.

TERCERO.- En el caso analizado, la parte recurrente insiste en que no ha existido una causa sobrevenida a la contrata, y sostiene que no consta acreditada la relación entre la nueva contrata y el despido. Ello se contradice con las conclusiones de la sentencia de instancia, que cita, como documentos que acreditan tal relación causal, el contrato de servicios de limpieza de 1.4.2015 y la carta de despido. Sin embargo, y aunque la carta de despido señala que se han reducido en 30 horas las contratadas, lo que conlleva la rescisión de los contratos de dos trabajadoras, la actora con 15 horas y

otra, presumiblemente por las mismas, lo cierto es que no existe prueba alguna que acredite tal reducción. Señala la sentencia que el acuerdo al que llegan ambas empresas contratantes contempla de forma clara la disminución de horas, en relación con la contrata anterior, pero a la vista de dicho documento de fecha 1 de abril del 2015, que obra a los folios 38 a 53 del ramo de prueba de la entidad demandada, no es posible deducir tal reducción de la contrata en los términos que señala la comunicación de despido. En dicho documento, aunque se menciona en su cláusula novena que la contratante contribuirá en el pago del coste social de las reducciones de personal, para dar cumplimiento a las horas especificadas en el Anexo I (en una cuantía muy superior a la abonada a la trabajadora afectada), sin embargo, no señala en dicho Anexo I, nada en relación con las horas contratadas, ni al hecho de que éstas impliquen una reducción respecto a las de la anterior contrata, constando en el Anexo II que el ámbito de la contrata es muy superior al del local donde la trabajadora prestaba sus servicios. Dado que tampoco la sentencia de instancia hace constar en sus hechos probados como hecho acreditado el de la constatación de tal reducción, y visto que en sus razonamientos jurídicos tampoco aporta dato alguno que permita la aplicación al caso concreto de la doctrina expresada en el FºDº segundo de ésta resolución, debemos proceder a estimar falta de acreditación probatoria la relación entre la alegada reducción de la contrata y el despido de la actora, lo que nos lleva a estimar las infracciones denunciadas y a pronunciar sentencia estimatoria del presente recurso.

CUARTO.- No procede imponer condena en costas.

FALLO

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de DOÑA M.R.M.C., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº. CINCO de los de ALICANTE, de fecha 28 de Octubre del 2015; y, en consecuencia, revocamos la sentencia recurrida y estimando la demanda declaramos la improcedencia del despido de la demandante, condenando a la empresa X. SLU a optar entre la readmisión de la actora, con abono de los salarios de tramitación, o a completar la indemnización ya abonada con la correspondiente a la declaración de improcedencia de su despido.

Sin costas.

Sentencia núm. 693, de 31 de marzo de 2016

Materia: Reclamación de cantidad. Trabajador que suscribe póliza mercantil de contrato de agencia en exclusiva, prestando servicios como agente comercial, responsable de ventas o función similar. En el contrato se establece un sistema de remuneraciones mínimas en concepto de comisiones e incentivos. Se pacta indemnización a la empresa en caso de que el trabajador agente dejara de ejercer su actividad en exclusiva para la empresa. En un primer momento el trabajador está dado de alta en el RETA para pasar más tarde al RGSS. Nuevos pactos entre el agente y la empresa, remuneración y vinculación con la empresa.

Juzgado: Estima parcialmente la demanda, condenando al trabajador demandado al abono de determinada cantidad, por el concepto reclamado en demanda.

Sala: Estima el recurso revocando la sentencia de instancia, procediendo a la desestimación íntegra de la demanda. El demandado no ha recibido cantidad alguna en concepto de plus de vinculación, por lo que no procede exigirle indemnización alguna por cese voluntario en la empresa.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se recurre por el trabajador, que cesó voluntariamente el 19-10-12, la sentencia del Juzgado de lo Social de procedencia que, estimando parcialmente la demanda de la empresa, lo condenó a abonar a ésta 68.368'58 euros, según dice su fallo “por el concepto reclamado en demanda”, percibidos por él en concepto de plus vinculación, según dice en fundamento tercero, “durante toda la relación laboral, esto es desde 2005 a 2011”.

Articula el recurso a través de dos motivos: el primero, al amparo del apartado b) del artículo 193 de la LJS, para revisión de hechos probados y, el segundo, al amparo del c), para el examen de las infracciones de normas que indica y termina suplicando Sentencia por la que, con revocación de la recurrida, se desestime la demanda o subsidiariamente se fije la condena en 15.644,84 euros correspondientes a los años 2010 y 2011.

Ha sido impugnado por la empresa, que no recurrió la sentencia, oponiéndose a todos los motivos del recurso del trabajador e interesando, según dice, al amparo del artículo 197.1 de la LJS, modificación de hechos probados con base en el apartado b) del artículo 193 y examen de las infracciones de normas sustantivas que imputa a la sentencia con base en el apartado c) del artículo 193, para acabar solicitando sentencia a la Sala que revoque la recurrida condenando al trabajador recurrente a abonarle 180.000 euros, que era su pretensión en la demanda y, subsidiariamente, que, con

desestimación del recurso, confirme la sentencia recurrida. No formuló alegaciones el recurrente.

Con carácter previo debe señalarse que lo que la empresa realmente plantea y pide en su solicitud principal, citando como apoyo el artículo 197.1 de la LJS, no es subsumible en él, porque trata de obtener, sin haber recurrido la sentencia, el reconocimiento de la pretensión principal de su demanda que la referida sentencia desestimó y que ella consintió. Sólo puede examinarse en cuanto a revisión de hechos para mantenimiento de la estimación parcial de su demanda que la sentencia hizo, esto es, para conservación de la sentencia.

SEGUNDO.- También con carácter previo debemos examinar la primera infracción alegada en el motivo segundo del recurso, según se dice, al amparo del apartado c) del 193, alegando vulneración del artículo 85.1 de la LJS porque, según se indica por el recurrente, en el acto del juicio la empresa demandante efectuó una modificación o variación sustancial de su demanda, dado que en ésta sólo solicitó los 180.000 euros en virtud de la cláusula séptima del contrato-anexo de 28-1-10, esto es, haciendo valer una cláusula de baja voluntaria simplemente y que fue en la ratificación en juicio cuando, como recoge la sentencia en su Fundamento Primero, añadió “en atención al pacto de no concurrencia previsto en el contrato de 01/07/2004. Subsidiariamente, se solicita la condena en el importe de 68.368,58 euros, que es la suma de los importes abonados en concepto de indemnización desde 2005 a 2011. Y subsidiariamente, la cantidad sería de 15.534,84 euros, como importe satisfecho en los años 2010 y 2011”, con lo que trató de hacer valer un pacto de permanencia o vinculación y además solicitando cantidades distintas, creándole una situación de indefensión. También al final del Motivo primero del recurso aduce que cuando en la Sentencia en el hecho probado 5 se dice “hecho no controvertido” es incierto.

Por su parte, la empresa recurrida, en su escrito de impugnación, aduce que no hubo variación en su reclamación ni en su causa de pedir, que sólo ofreció pronunciamientos subsidiarios atendiendo a todas las circunstancias existentes por importe inferior y sin variar el concepto, por lo que no le causó indefensión, que además debió el demandado haber puesto de manifiesto en el acto de la vista.

La norma citada por el recurrente como infringida no es sustantiva sino procesal, cuyo encuadramiento es el del apartado a) del artículo 193 de la LJS, que la parte recurrente no utiliza y tampoco pide expresamente nulidad de actuaciones. Sin embargo, el TS acepta la llamada petición tácita de nulidad, aún sin invocar el referido apartado ni pedir expresamente nulidad, diciendo <<En el escrito de interposición del recurso se proporcionaban "datos suficientes", la censura jurídica formulada, llevaba consigo, de ser estimada, la declaración de nulidad de la sentencia recurrida, por lo que implícitamente se formulaba tal petición>> (así en sentencia de 6-2-08, recurso 4.175/06).

Pues bien, según puede leerse en la demanda, la misma contiene solo tres HECHOS, en los que dice <<Que el demandado estuvo trabajando en la empresa desde 25/05/1998 y hasta el 19-10-2012>>; << Que a lo largo de los años se fueron firmando

diferentes anexos, por los cuales la empresa le satisfacía al trabajador determinados importes por su permanencia al final de cada año, y entre ellos el último suscrito en fecha 28 de enero de 2010, y de vigencia para los años 2010 a 2014, en el cual consta la siguiente cláusula: “Séptimo.- En el caso que el trabajador cese voluntariamente, éste vendrá obligado a satisfacer a la empresa la cantidad de 180.000 €(CIENTO OCHENTA MIL EUROS)” y <<Siendo que el trabajador causó Baja Voluntaria en la empresa, el pasado 19 de octubre de 2012, es por lo que mediante la presente demanda se reclama al trabajador la indemnización prevista de 180.000€>>. Con ello, aunque alude a abono de determinados importes por su permanencia al final de cada año, lo hace de un modo genérico e impreciso y posiblemente sin permitir prever al trabajador demandado las peticiones subsidiarias que luego se formularon en juicio y defenderse adecuadamente de ellas, hasta el punto de que la Juzgadora interpretó como hecho no controvertido lo que recoge en el hecho probado quinto y que en el recurso el recurrente niega fuera así, por lo que se ha procedido al visionado del acto del juicio y resulta que:

- la empresa demandante comenzó aludiendo al pacto de vinculación por 10 años del contrato de agencia del año 2000 con retribuciones por ello a finales cada año que dice sólo se cuantificaron desde 2005, siguió con alusión al contrato laboral de representante de comercio de 2004 diciendo que aunque no se establece referencia a indemnizaciones, se siguió cumpliendo por la empresa con indemnizaciones por vinculación hasta 2009 y, por último, aludió a que a partir de 2010, según el anexo para 2010 a 2014, se comprometía a pagar a final de año cantidades en compensación por vinculación, que fueron de 13.667'11 en 2010 y de 1977'73 en 2011, aludiendo incluso a pacto de no concurrencia y a haber el demandado compaginado en los últimos días trabajo con una competidora que indica y que dice es objeto de mención expresa en el contrato de 2004. Luego formula las peticiones subsidiarias de 68.368'58 euros satisfechos del 2015 al 2011 y de 15.534'84 satisfechos del 2010 y 2011.

-el trabajador demandado y hoy recurrente no alegó expresamente variación sustancial ni indefensión al contestar, pero si manifestó que debía ceñirse el juicio a lo pedido en la demanda y a la cláusula 7 del anexo y negó contraprestación alguna, lo que reiteró en conclusiones.

La falta de alegación de indefensión en el acto del juicio que pone de relieve la empresa en el escrito de impugnación es relevante a efectos de descartar una nulidad del juicio, pero la posible infracción e indefensión producida en la sentencia por no apreciación de la variación sustancial basta con que se alegue en el recurso, si bien no se aprecia porque la indefensión como requisito para la nulidad de la sentencia no sólo ha de ser formal sino material y ésta no se produce si es posible la subsanación mediante la revisión fáctica y jurídica, como aquí ocurre.

TERCERO.- En revisión de hechos probados, el trabajador demandado y recurrente solicita:

1) La modificación del inicio del hecho probado tercero para que donde ahora dice “A dicho contrato se unió un anexo de fecha 28-1-2010”en adelante diga “A dicho

contrato de fecha 1-7-2004 (folio 242 a 249) le siguió un nuevo contrato de fecha 28-1-2010 (folio 250 y 251)”, ello con base en los documentos obrantes en los folios que indica en su nuevo texto; argumentando que, aun cuando el documento de 28-1-10 contiene la denominación de anexo, no se están anexionando condiciones nuevas a las ya recogidas en un contrato anterior, sino que se está realizando una novación contractual total de las condiciones y fechas pactadas en un primer momento, por lo que debe ser considerado un contrato nuevo y que ello tiene trascendencia a los efectos que luego desarrolla: para su pretensión principal del recurso, por no contener el nuevo contrato pacto de vinculación alguno, siendo lo percibido que la Juzgadora computa, por objetivos y no por pacto de vinculación y, para su pretensión subsidiaria, de abono de lo que la Juzgadora considera plus de vinculación sólo de lo percibido de los años 2010 y 2011, por deber tenerse por cumplidas todas las condiciones estipuladas en el contrato anterior de 1-7-04.

No puede aceptarse porque de los propios términos del documento obrante a los folios 250 y 251 resulta lo que dice la Juzgadora y no lo que dice el recurrente en el texto que propone, no sólo porque el documento se denomina “anexo al contrato de trabajo”, sino por lo que indica en sus cláusulas o acuerdos Primero (“La relación laboral existente entre ambas partes se rige por el contrato suscrito entre ambos en fecha 01-07-2004...”) y Noveno (“Que mediante la firma del presente documento se deja sin efecto cualquier otro contrato, pacto o acuerdo, tanto con T. SA como con cualquier otra sociedad del Grupo, diferentes a las pactadas en el contrato al que se adjunta el presente, de fecha 1-07-2014 y que puedan existir a la fecha de hoy y, por lo demás el tema del alcance novatorio en determinadas cuestiones, conforme al resto de acuerdos o cláusulas contenidas en el referido Anexo es cuestión jurídica.

2) La sustitución del actual tenor del hecho probado quinto por el extenso texto que propone, que comienza diciendo “El demandado ha percibido las siguientes cantidades en concepto de objetivos, incentivos o salarios garantizados en relación con las ventas alcanzadas”, a lo que sigue el detalle por los mismos periodos y cantidades que contiene la versión judicial (salvo en cuanto a la cantidad del periodo de abril a diciembre 2005 que cifra en 9.616'35 euros, por tanto, 1000 euros menos que corresponden al mes de septiembre), pero indicando en cada caso concepto que especifica y que no es el de plus de vinculación, sino los de incentivo por consecución de objetivo personal, incentivos o salarios garantizados o asegurados. Se apoya en los Recibos de Liquidación aportados por la empresa demandante en su ramo de prueba con precisión del folio de los autos en cada caso, con la salvedad de 2009, en que no hay recibos de liquidación y se apoya en la orden de transferencia bancaria obrante al folio 135 para agosto 2009 y también en ella en relación con la falta de firma de la nómina obrante al folio 130, para diciembre 2009.

De los mencionados documentos resulta de modo patente y claro que los conceptos son los que indica el recurrente y no el de plus de vinculación que dice la sentencia, que no se ha basado en la testifical (el Fundamento primero dice que los hechos probados lo son en virtud de las apreciación conjunta de la prueba documental obrante en autos y de las alegaciones de las partes), sino, como indica en el hecho probado quinto, en ser hecho no controvertido, añadiendo en el Fundamento Tercero

“En el caso que nos ocupa, la propia parte actora reconoce la vinculación de tal cláusula con el plus de vinculación percibido a lo largo de toda la relación laboral, según el cuadro que aporta y que no es impugnado de contrario”. Como ya vimos, en el anterior Fundamento, en el juicio la parte demandada, aunque no impugnó expresamente el cuadro que aportó la empresa actora, si lo hizo tácitamente al negar contraprestación alguna, con lo que además el hecho si era controvertido, aparte de indicar en todo momento que había de estar sólo a lo pedido en la demanda.

Pues bien, no se acepta la reducción de 1000 euros de lo percibido en septiembre 2005 porque en el propio recibo de liquidación que invoca el recurrente y como indica el impugnante, al folio 93 vuelto aparecen, además de los 474'68 de segunda parte del mínimo asegurado anual, otros 1000 de incentivo por consecución de objetivo personal (septiembre). En cambio, si se acepta la variación de conceptos que propone el recurrente porque, como se ha dicho, así resulta de modo patente y directo de los recibos de liquidación aportados por la demandante y, en cuanto al año 2009, por la transferencia bancaria obrante al folio 135 aportada por la propia parte actora y que si recoge el concepto en su orden de transferencia de “a cuenta asegurado” de los 6000 de agosto y por el mismo documento los 10.000 de diciembre al no aportar la demandante recibo de liquidación de ese concepto como “resto asegurado”, siendo que por lo demás el que aporta al folio 137 (al que alude en el escrito de impugnación) es genérico y también comprende “incentivo”.

En consecuencia, el hecho probado quinto, sin ser necesario el minucioso detalle propuesto aunque incorporando el “a cuenta”, en adelante dirá: “El demandado ha percibido las siguientes cantidades en concepto de objetivos, incentivos o salarios garantizados en relación con las ventas alcanzadas o a cuenta de dichos conceptos: desde abril a diciembre de 2005: 10.616'35 euros; en diciembre de 2008: 26.107'39 euros; en agosto y diciembre de 2009: 16.000 euros; desde enero a diciembre de 2010: 13.667'11 euros y desde marzo a septiembre de 2011: 1.977'73 euros. Total: 68.368'58 euros”.

Por su parte, la demandante, solicita en su escrito de impugnación, con invocación, como se dijo, del artículo 197.1 y 193, b) de la LJS, <<que se haga constar como Hechos Probados en la sentencia -sin indicar dónde ni cómo- los siguientes:

- 1.- “El importe satisfecho de 68.368,58 € corresponde sólo al periodo que va desde 2005 a 2011, careciendo de datos por el tiempo transcurrido hasta ahora de los años anteriores a 2005”. Según consta en el documento del folio 61.
- 2.- “En el año 2011 el Sr. E. alcanzó una facturación de 121.498,62€, por lo tanto, por debajo de 140.000€”. Según consta en el último folio del Documento 11 de esta parte.
- 3.- El Sr. E. causó alta laboral en la empresa Z. el día 8 de octubre de 2012 (Documento 2 de la demandante, folio 66), competencia directa de T.T. SA según cláusula Adicional Cuarta del Contrato de Trabajo de fecha 1 de julio de 2004, folio 53)>>

El primero no se acepta porque ya resulta del hecho probado quinto y del

Fundamento Tercero de la sentencia que esa cifra es del 2005 al 2011 y el resto no resulta del folio 61.

El segundo tampoco se acepta porque, sin perjuicio de ser lo obrante a los folios 210 a 218 (el llamado documento 11 de la empresa demandante) un detalle de facturación de la propia parte, lo propuesto carece de trascendencia porque no permite extraer, como pretende la demandante, que el pago obedeciera a plus de permanencia, ya que los pagos de ese año que alcanzaron la cifra de 1.977'73 euros, según sus propios recibos de liquidación, los hizo “a cuenta incentivos” los de marzo, abril y mayo y “a cuenta asegurado” los de junio, julio y septiembre, siendo cuestión distinta y ajena a este pleito que procediera finalmente o no -no debe entrarse- en función de facturación el abono de incentivos o de asegurado.

El tercero no se acepta por referirse también a cuestión ajena a este pleito.

CUARTO.- En el examen del Derecho, se alegan en el recurso diversas infracciones normativas y, habiéndose ya respondido a la primera (la de la norma procesal del artículo 85.1 de la LJS), pasamos a las siguientes:

1ª) Del artículo 59 del ET por no haber acogido la excepción de prescripción que opuso basándose en que la empresa demandante pudo ejercitar la acción de reclamación desde que el trabajador realizó el 4-10-12 el preaviso, lo que dice la sentencia rechazó por entender que debía iniciarse el cómputo desde el día del cese porque el trabajador podía revocar su preaviso de baja voluntaria, frente a lo que el recurrente aduce que “lo cierto es que ello en ningún momento se produjo, por lo tanto la empresa era conocedora desde el primer momento que la fecha desde la que se debe empezar a realizar el cómputo era la de 04-10-12, siendo presentada la conciliación ante el SMAC de fecha 15/10/2015”. No se aprecia, porque la sentencia la rechazó en primer lugar y preferentemente porque el momento a partir del cual la acción pudo ejercitarse es el de la extinción contractual por cese voluntario del trabajador, que es el hecho al que se vincula la cláusula cuyo cumplimiento se reclama, argumento que la Sala comparte, de modo que al ser la fecha de efectos del cese voluntario el 19-10-12 (HP 4) y haberse presentado la papeleta de conciliación, que interrumpía el cómputo, el 15-10-13 (HP 6 correctamente entendido pues hay un manifiesto error de cambio de fechas entre la que señala como de presentación el 31-10-13 y la de celebración el 15-10-13, que evidentemente es a la inversa –del mismo modo que es un manifiesto error el del recurrente al aludir al año 2015 en lugar de al 2013-), volviendo a correr de nuevo el plazo del año (estamos ante prescripción y no caducidad, con interrupción y no suspensión), el mismo no había transcurrido cuando se presentó la demanda el 13-11-13 (HP 6).

2ª) Del artículo 1256 y del 1154 del Código Civil, en cuanto que la cláusula del anexo debe considerarse nula, como ha hecho la sentencia, pero no parcialmente sino en su totalidad sin obligación del trabajador de devolución alguna, máxime cuando la referida cláusula no habla en ningún momento de plus de vinculación u otro tipo de pacto ni indica o especifica el motivo de la cantidad de 180.000 euros que recoge y cuando no ha percibido cantidad alguna por plus de vinculación o permanencia sino en

unos casos como cumplimiento de objetivos, como a cuenta de incentivos o como una forma de asegurar un salario mínimo al trabajador y, subsidiariamente, si se mantuviese la consideración de percepción por plus de vinculación, la moderación debía ceñirse a lo considerado por la sentencia recurrida percibido por ese concepto en 2010 y 2011.

Dado que se ha aceptado la revisión fáctica del hecho probado quinto, de modo que lo percibido por el demandado no fue por plus de vinculación, no era de aplicación el 1154 del Código Civil ni el 9.1 del ET, no convirtiéndose lo percibido en contraprestación sin causa, pues no era contraprestación de lo que en la Cláusula 7 del Anexo se establecía como obligación del trabajador.

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

FALLAMOS

Estimando el recurso de suplicación formulado por D. J.R.E.S. contra la Sentencia de fecha 2 de Marzo de 2015, dictada por el Juzgado de lo Social núm. 1 de Castellón, en autos 1202/13 sobre cantidad, siendo parte recurrida T.T. S.A., revocamos la referida Sentencia; y, desestimando la demanda de T.T. S.A., absolvemos de ella a D. J.R.E.S.

Sentencia núm. 713, de 5 de abril de 2016

Materia: Despido: Extinción de la relación laboral y reclamación de cantidad.

Trabajadora que presta servicios en empresa dedicada al transporte de mercancías con contrato indefinido a tiempo completo. Posteriormente tiene reconocida jornada reducida por guarda legal. Retraso continuado en el pago de salarios. La actora solicita la extinción de la relación laboral. La actora es despedida por causas disciplinarias.

Juzgado: Desestima las demandas sobre extinción contractual y despido, declarando la procedencia del despido enjuiciado, declarando convalidada la extinción de la relación laboral, sin derecho a indemnización ni a salarios de tramitación. Estima la demanda sobre reclamación de cantidad, condenando a la empresa demandada a abonar a la trabajadora determinada cantidad en concepto de principal más cierta cantidad en concepto de intereses moratorios.

Sala: Estima en parte el recurso y revoca la sentencia de instancia. Queda probada la falta de pago de salarios de la trabajadora y el retraso continuado en el pago de los mismos, lo que da derecho a la extinción de la relación laboral por parte de la actora. Pero extendiendo el período de cómputo solamente hasta la fecha en que se produjo el despido posterior, cuando éste resulta procedente (trasgresión buena fe contractual).

Ponente: Ilma. Sra. María Isabel Moreno de Viana Cárdenas.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Recurre en suplicación la actora la sentencia que ha desestimado las acciones acumuladas de extinción y despido y ha estimado la de reclamación de cantidad, concediendo a la trabajadora los atrasos de convenio de 2013 y 2014 en la cuantía de 139,20 € mas 13,39 € en concepto de intereses moratorios.

El recurso, que se impugna de contrario, denuncia en el primer motivo, formulado por el cauce que permite la letra c) del art. 193 de la LRJS, la infracción por interpretación errónea del art. 50.1 b) del Estatuto de los Trabajadores, alegando que los salarios de marzo, abril y mayo de 2014 se cobraron con tres meses de retraso y los atrasos de convenio aún no se han pagado, que las cantidades abonadas lo fueron con posterioridad a la presentación de la papeleta de conciliación, y que los retrasos e impagos son graves, haciendo referencia a la falta de abono de los salarios hasta la fecha del despido. Por último menciona, en un denominado "segundo motivo", en el que no señala precepto procesal que lo ampare, que en cuanto al despido disciplinario no va a ser recurrido, porque en estos supuestos en que se acumula una demanda de extinción por impago de salarios y otra de despido disciplinario las acciones deben

analizarse por separado respetando el orden cronológico y la demanda de extinción se presentó primero.

Admitidos, por no impugnados, los hechos probados que constan en la sentencia a ellos hay que estar. En lo que interesa (solo la acción resolutoria), se trata de una trabajadora, con antigüedad de mayo de 2004, que inicialmente mantenía una relación indefinida y a tiempo completo con la empresa demandada, y a partir de 2008 con reducción de jornada por guarda legal (50%), que ejercita la acción resolutoria de su contrato, junto con la de reclamación de cantidad, presentado la papeleta de conciliación el 19 de junio de 2014 y la demanda el 4 de julio siguiente, y que es despedida por motivos disciplinarios con efectos 24 de octubre de 2014, que impugnado es acumulado en este procedimiento. Dice la sentencia que al tiempo de presentar la papeleta de conciliación la empresa tenía pendiente de pago parte de los salarios del mes de marzo de 2014, el mes de abril y mayo de 2014 y los atrasos de convenio de 2013 y 2014, y al de presentación de la demanda los meses de abril y mayo de 2014 y los atrasos de convenio de 2013 y 2014, porque la nómina del mes de marzo de 2014, por importe neto de 896,38 €, se abonó en tres veces el 4 de junio 2014 (300 €), el 20 de junio de 2014 (300 €) y el 26 de junio de 2014 (296,38 €), la nómina del mes de abril de 2014, por importe neto de 900,46 €, en otras tantas veces, el 15 de julio de 2014 (300 €), 22 de julio de 2014 (300 €) y 28 de julio de 2014 (300,46 €), y la del mes de mayo de 2014, por importe neto de 758,09 € en dos veces, el 20 de agosto de 2014 (300 €) y el 29 de agosto de 2014 (458,09 €). Se cuida la sentencia de matizar que el salario de la actora viene integrado por el salario base, la antigüedad, las gratificaciones extraordinarias y las comisiones que cifra en el periodo comprendido entre marzo y octubre de 2014 para computar la media como salario a efectos indemnizatorios, en su caso, importan 157,92 € brutos mensuales de media (hecho quinto). Además se dice que la empresa tras la demanda continuó con los atrasos, y al momento del juicio tenía al día los pagos a salvo los atrasos de convenio, porque el hecho sexto expresa que "La empresa abona a la trabajadora el salario mediante transferencia bancaria. El 20 de agosto de 2014 abonó a la trabajadora 300€ en concepto de "nómina". Los días 1 y 8 de septiembre de 2014 le abonó 458,09€ en concepto de "nómina". Los días 2 y 9 de octubre le abonó 300€ cada vez en el mismo concepto de "nómina". El 24 de octubre la empresa realizó cuatro transferencias bancarias por importes de 819,09€, 849,81€, 779,02€ y 681,34€ en concepto de "nómina" (las de julio, agosto, septiembre y octubre respectivamente)."

Pues bien, aunque sin fundamentar cumplidamente la infracción denunciada, el recurso plantea la cuestión jurídica de la gravedad de los atrasos en el pago de los salarios para conformar la causa de extinción indemnizada del contrato de trabajo prevista en el art. 50.1 b) del Estatuto de los Trabajadores. Sobre el particular la jurisprudencia ha venido elaborando todo un cuerpo de doctrina que relaciona la recurrida, en la que se señala tanto el momento en que se deben valorar tales

incumplimientos, como los efectos que el pago antes del juicio va a generar en el éxito de la reclamación. Sin embargo, entendemos que yerra la sentencia recurrida cuando valora solo los incumplimientos anteriores a la presentación de la demanda, porque aunque en ese momento la empresa debía a la trabajadora solo parte del mes de marzo de 2014 y el mes de abril y mayo de 2014, a parte de los atrasos de convenio de 2013 y 2014, reconocidos en el juicio por la empresa y a los que resulta condenada, mensualidades que se abonaron, no con tres meses de retraso, sino con algo más de dos meses, atendiendo a que el Convenio prevé que el pago del salario, ha de efectuarse dentro de los cinco primeros días hábiles al mes siguiente al de su devengo (art. 32), también hay que tener en cuenta el incumplimiento empresarial de abonar con retraso los meses siguientes de junio, julio y agosto porque los de septiembre y octubre se pagan puntualmente e incluso anticipadamente al ser despedida la trabajadora en octubre, poniéndose la empresa al día sorprendentemente coincidiendo con la decisión disciplinaria, de manera que los atrasos a valorar son de dos meses y medio, algo más el de julio, septiembre mes y medio y alcanzan al menos a seis meses ininterrumpidos. La jurisprudencia ha dicho que no enerva la acción resolutoria el que la empresa abone los salarios adeudados antes del juicio y para evitar que el trabajador vaya demandando sucesivamente al empresario según se produce la causa de resolución del contrato, ha señalado que hay atender los atrasos tanto anteriores como posteriores a la demanda, hasta el juicio, y en particular tanto al número de meses (o parte de ellos), como a los días o meses en que se produce el pago tardío, porque los arts 4.2 f) y 29.1 del Estatuto de los Trabajadores garantizan el derecho del trabajador al pago puntual del salario debido.

Por todas la STS de 27 de enero de 2015 (rec. 14/2014) que revoca la sentencia recurrida del TSJ de Castilla y León (Valladolid) de 23/10 2013 que desestimó la extinción valorando atrasos de un año, y de menos de un mes, que compara con la STS de 3/12/2012 (rec. 612/2012) que extingue considerando un período ininterrumpido de nueve meses, con un retraso medio de entre 9 y 12 días, señala:

"La solución acertada es la de la sentencia de contraste, que contiene la doctrina de esta Sala expresada en sentencias anteriores, que la propia sentencia de contraste cita, así como en sentencias posteriores a ella como. por ejemplo, la de 25/2/2013 (RCUD 380/2012) o la muy reciente de 19/1/2015 (RCUD 569/2014). Doctrina que debemos mantener por razones de seguridad jurídica, mientras no exista alguna razón para modificarla.

Dos son los argumentos clave en que basa la sentencia recurrida su decisión. El primero es que el momento que hay que tomar como referencia para valorar la conducta de la empresa en la que el trabajador fundamenta su demanda de extinción del contrato es el del acto del juicio y no el de la demanda, invocando para ello el art. 400 de la LEC. Ello es cierto. Sin embargo, siendo cierto, no puede conducirnos a la conclusión de que, habiéndose saldado la deuda antes del acto del juicio, ello afectaría -en mayor o menor grado- al fundamento de la demanda del trabajador. Y no es así, por una razón: porque el trabajador ejercita habitualmente dos acciones que se

acumulan en virtud de lo dispuesto en el art. 26.3, primer párrafo, segundo inciso, de la LRJS : la de extinción del contrato y la de reclamación de cantidad. Es claro que esta última decae si la deuda está saldada -a salvo de lo que haya podido ocurrir con los intereses por mora demandados en su caso- pero también es evidente que la acción extintiva sigue su curso sin que esa circunstancia le afecte en absoluto. Así lo hemos afirmado en nuestra ya citada STS de 25/2/2013, cuyo FD Tercero dice así:

" **1.-** Entendemos que debe mantenerse la doctrina consolidada de la Sala y declarar que cuando el trabajador ejercita la acción de extinción del contrato de trabajo por la causa justa de incumplimiento grave de sus obligaciones por parte del empresario consistente en " La falta de pago o retrasos continuados en el abono del salario pactado" (art. 50.1.b ET), la fecha límite hasta la que deben haber acontecido los hechos relativos a las demoras o impagos y/o a los abonos salariales, salvo supuestos de indefensión, puede extenderse hasta la propia fecha del juicio, tanto a efectos de constatar el alcance del denunciado incumplimiento empresarial, y, en su caso, como de la posible concreción de la acción de reclamación de cantidad acumulada.

2.- Esta interpretación es además la más acorde con lo preceptuado ahora en el art. 26.3 in fine LRJS (Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social), en el que se contempla que "... Cuando para la acción de **extinción** del contrato de trabajo del artículo 50 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores se invoque la falta de pago del salario pactado, contemplada en la letra b) del apartado 1 de aquel precepto, la reclamación salarial podrá acumularse a la acción solicitando la **extinción** indemnizada del vínculo, pudiendo, en su caso, ampliarse la **demand**a para incluir las cantidades posteriormente adeudadas".

3.- A los argumentos anteriores es dable adicionar, que dada la simplicidad de la causa o motivo invocado de falta de pago o demora respecto a otros incumplimientos empresariales y de la derivada prueba de los hechos, salvo supuestos excepcionales que pudieran generar efectiva indefensión (art. 24 CE), debe entenderse que a través, en su caso, de ampliaciones a la **demand**a inicial por parte del trabajador demandante o de alegaciones en la contestación de la **demand**a por la parte empresarial no se vulnerará lo establecido en el art. 85.1.III LRJS (" A continuación, el demandante ratificará o ampliará su **demand**a, aunque en ningún caso podrá hacer en ella variación sustancial ") ni en el art. 85.2 LRJS (" El demandado contestará afirmando o negando concretamente los hechos de la **demand**a, y alegando cuantas excepciones estime procedentes "); y evitando, con ello, además que posteriores incumplimientos empresariales de la propia obligación de pago puntual del salario acaecidos tras la **demand**a inicial deban comportar la necesaria presentación de nuevas demandas para evitar que los mismos resulten no valorados a los efectos extintivos, dado, también, las cada vez más frecuentes demoras en las fechas de señalamiento de los juicios en instancia en determinados órganos judiciales, con los efectos negativos que de ello puedan derivar, en especial sobre la seguridad jurídica; o, a la inversa, privar a la parte demandada la alegación de hechos, sin perjuicio de su valoración judicial, sobre posibles pagos efectuados tras la presentación de la **demand**a, con pretendida

incidencia en la acción de **extinción** contractual como, en su caso, en la acción acumulada de reclamación de cantidad. En definitiva, como ya desde antiguo se había reflejado también en la jurisprudencia civil "... *el sentido pragmático y economía procesal no es otro que el de acompañar las peticiones de las partes y el fin del proceso al tiempo y duración de su trámite, de tal modo que las variaciones sobrevenidas en su curso puedan ser tenidas en cuenta y también decididas, ya que no debe olvidarse de otro lado, que se ha de fallar en relación al tiempo y hechos de la sentencia, no de la **demand**, so pena de privar de sentido a la razonable previsión del Legislador al permitir con esa norma (548 LECiv) la aportación de nuevas circunstancias, respetándose ... la sustancia de la petición originaria*" (STS/Civil 5-octubre-1983)".

El segundo argumento de la sentencia recurrida se refiere ya concretamente al fundamento de la acción extintiva que, a su parecer, es inexistente, en el sentido de que el comportamiento de la empresa no alcanza la gravedad requerida, dado que "la misma efectúa pagos regularmente al demandante, esto es, todos los meses, si bien con un retraso que se ha ido arrastrando en el tiempo...". Tampoco consideramos acertado este argumento. Nótese que el art. 50.1,b) tipifica la conducta del empresario que puede dar lugar a la **demand** del trabajador sobre la base de dos hechos separados por la disyuntiva "o": "la falta de pago del salario pactado" es el primero; " **retrasos** continuados en el abono" del mismo, es el segundo. En el momento de la **demand** existían los dos. En el momento del juicio ya solamente queda el segundo. Pero ello es suficiente siempre que esos **retrasos** sean graves. La clave para determinar si concurre esa gravedad nos la proporciona el propio legislador: los **retrasos** deben ser "continuados". Obsérvese que el precepto no se refiere a la "magnitud" del retraso, es decir, al tiempo transcurrido entre el momento en que debió hacerse el abono y el momento en que se hizo (aunque, obviamente, ese será un dato a tener muy en cuenta, como de hecho hace nuestra jurisprudencia que, a veces, se ha referido al transcurso de 3 meses) sino a la duración de ese comportamiento moroso: debe ser continuado, si bien el legislador deja a los tribunales la apreciación de cuan larga deba ser esa reiteración en la conducta morosa. Y así lo ha hecho esta Sala Cuarta, como prueba la sentencia de contraste, aunque, como es prudente, sin fijar una duración concreta. Lo que es claro que, en el caso de autos, se cumple el requisito de la "continuidad" pues, como afirma con acierto la propia sentencia recurrida, con cita de la STS de 25/1/1999 (RCUD 4275/1997) , el comportamiento será grave cuando "no sea un retraso esporádico sino un comportamiento continuado y persistente". Que es lo que ocurre en el caso de autos: la empresa, durante más de un año, jamás ha pagado los salarios a su debido tiempo."

En el supuesto que aquí analizamos la continuidad es de seis meses, lo que unido a la magnitud del retraso más de dos meses, uno en el caso el mes de agosto, conforman la gravedad requerida por el precepto que se denuncia infringido en el recurso, gravedad que no se excluye por el hecho de que otros trabajadores de la empresa vinieran percibiendo el salario de la misma forma aplazada, sobre todo cuando la alegación empresarial de que había conformidad con los representantes de

los trabajadores no resultó acreditada "no se ha practicado prueba alguna al respecto...."

En definitiva consideramos que hay gravedad objetiva en el incumplimiento empresarial, que es causa de extinción del contrato. Y como el recurso se ha conformado con la procedencia del despido, siguiendo la STS de 27/2/2012 (rec. 2211/2011) deberá señalarse que procede la indemnización correspondiente por extinción contractual, pero extendiendo el período de cómputo solamente hasta la fecha en que se produjo el despido posterior, cuando éste resulta procedente. Doctrina de la STS Pleno de 25-01-2007 rec. 2851/05, con los matices explicativos de la de 27-11-2008 rec. 3399/07, lo que conduce a estimar el recurso, y a la revocación parcial de la sentencia.

FALLO

Que estimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de doña R.M.H., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 17 de los de Valencia de fecha 30 de octubre de 2015; y en consecuencia revocamos en parte la sentencia recurrida y declaramos extinguida la relación laboral con fecha 24 de octubre de 2014 y el derecho de la actora a percibir la indemnización de 27.688,5€, confirmándola en el resto.

Sentencia núm. 735, de 8 de abril de 2016

Materia: Declaración de invalidez. Trabajador afiliado al RGSS que ejerce funciones de mozo de almacén. El actor presenta determinado cuadro clínico, solicitando al INSS la declaración de incapacidad permanente. Grado de lesión necesario para alcanzar la declaración de incapacidad. Estimación.

Juzgado: Desestima la demanda, confirmando la resolución recurrida y absolviendo a los demandados de las pretensiones efectuadas en su contra. Las lesiones que padece el actor no alcanzan un grado suficiente de disminución para ser constitutivas de una incapacidad permanente.

Sala: Estima el recurso declarando al actor afecto de una incapacidad permanente parcial para el ejercicio de su profesión habitual. Las limitaciones que padece pueden suponer un mayor esfuerzo para realizar su trabajo y una mayor penosidad, supuesto característico de la incapacidad permanente parcial. Se condena al INSS al abono de una indemnización a tanto alzado de 24 mensualidades de la base reguladora del actor.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. El recurso interpuesto, que no ha sido impugnado de contrario, se estructura en dos motivos. El primero se formula al amparo del artículo 193.b) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LJS) propugnando: A) Se añada al relato histórico un nuevo ordinal (el octavo) que diga: “Que las funciones principales del trabajador en su profesión son la carga, descarga, colocación y manejo de materiales pesados (maquinaria, herramientas, ladrillos, sacos de cemento, etc...), posturas forzadas de flexión y extensión de columna al cargar y descargar dicha mercancía, la bipedestación y sedestación prolongada durante toda la jornada laboral, cargar y descargar mercancía en camiones, colocación de todo el material, herramientas y maquinaria en el almacén, recogida de material de construcción de otros almacenes, conducción de camiones de reparto encargándose igualmente de cargar y descargar los pedidos, etc..., entre otras funciones”. B) Se añada otro ordinal al relato fáctico (el noveno) que diga: “El trabajador padece las limitaciones siguientes: Extensión 5º (N=40), Flexión 30º (N=80º), rotaciones e inclinaciones limitadas en un 75%, dolor a la palpación en musculatura paravertebral dorsolumbar con contractura importante, Lassegue izquierdo positivo a 30ºm con Bragard positivo a 25º, Lassegue derecho positivo a 40º con Bragard positivo a 35º. Neri positivo bilateral, ROT disminuidos en MMII izquierdo sobre todo. Presentando a nivel secuela un déficit corporal muy importante con una limitación de la movilidad dorsolumbar del 70% y dolor de características neuropáticas refractario al tratamiento con analgesia convencional (está en el tercer escalón de tratamiento según la OMS: opiáceos y derivados).

2. Las adiciones fácticas propuestas deben seguir esta suerte: A) La primera, en tanto en cuanto se funda en no constituir las funciones propias de su profesión habitual un hecho controvertido al no haberse discutido el hecho tercero de la demanda inicial, no debe prosperar al no suponer resultado de probanza alguna sin perjuicio de que pueda ser apreciada por la Sala como hecho no controvertido. B) La segunda no debe prosperar por dos razones: a) Se basa en el informe pericial del Doctor B.M. en relación con el propio informe del EVI donde se reconocen “limitaciones de carácter álgico”, y los informes médicos que se encuentran en los folios “16, 19, 43 y en el propio Informe Médico de Evaluación de Incapacidad Laboral realizado por el INSS en 2012 y que se encuentra en el folio 88 del expte.” y como recordaron las sentencias del Tribunal Supremo de 3 de mayo de 2001 y 19 de febrero de 2002, con cita de otras muchas, en doctrina perfectamente extrapolable al recurso de suplicación, dada su naturaleza extraordinaria, subrayada incluso por el Tribunal Constitucional (véase su sentencia 71/02, de 8 de abril), la revisión de hechos “... requiere no sólo que se designen de forma concreta los documentos que demuestren la equivocación del juzgador, sino también que se señale de manera precisa la evidencia del error en cada uno de los documentos, "sin referencias genéricas". b) Por otra parte estos documentos ya han sido valorados por la Magistrado de instancia según se indica en los fundamentos jurídicos primero y segundo de la resolución impugnada, cuando indican que “Acreditados los extremos declarados probados mediante las documentales aportadas por las partes que no fueron impugnadas, y respecto a la situación médica del actor, especialmente por las propias conclusiones del informe médico de síntesis y del EVI y la exploración efectuada en el primero y prueba llevada a cabo en juicio, la documental aportada y el informe pericial médico efectuado a instancias del actor,...” y que “...el actor no carece de suficiente aptitud residual como para afrontar con profesionalidad, rendimiento y eficacia las tareas de mozo de carga... las limitaciones que restan al actor pueden suponer un mayor esfuerzo para realizar su trabajo y una mayor penosidad, presentando algunas dificultades para ello... dado que se valora con mayor rigor científico, objetividad u especialización, los informes emitidos por el facultativo del INSS que reconoció al actor y del EVI, frente a las alegaciones de la parte actora que no se corroboran con informes médicos públicos que pongan de manifiesto esa incapacidad y si solo por informe médico privado y efectuado a su instancia que se valora con menor entidad objetiva...”, por lo que también se olvida la reiterada doctrina jurisprudencial (véase por todas la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de julio de 2003) acerca de que la revisión debe resultar de forma clara, patente y directa de la prueba documental o pericial obrante en autos sin necesidad de argumentaciones o conjeturas, y que como esta Sala viene reiterando (véase por ejemplo la sentencia recaída en el recurso 871/2012), la revisión “no puede prosperar cuando se fundamente en otras pruebas, o en documentos o pericias ya tenidos en cuenta por el juez a quo, o cuando lo que se evidencie sea una mera discrepancia con la convicción alcanzada por el juzgador de instancia, el cual ha valorado todas las pruebas en su conjunto. No cabe olvidar que en el proceso laboral la valoración de la prueba en toda su amplitud únicamente viene atribuida por el art. 97.2 de la LPL –hoy idéntico precepto de la LIS- al juzgador de instancia, juzgador que ha formado su convicción de la valoración ponderada del conjunto de la prueba practicada, en particular del Informe Médico de Síntesis, permitiéndole la misma y su libre apreciación, el apoyarse en todos los informes

aportados, en sólo algunos, en uno de ellos o en determinada parte de uno o varios, desechando los demás, u otra u otras partes de uno sólo o de un conjunto documental”. Además el patente error del juzgador de instancia ha de ser irrefutable e indiscutible (sentencias del Tribunal Supremo de 24-11-85 y 18-7-89), requisito necesario para que prospere la revisión fáctica, y no debe sustituirse por el del recurrente el criterio más objetivo e imparcial del juez “a quo”, al que incumbe la misión de fijar los hechos probados con libertad de convicción, según lo actuado y el conjunto de pruebas practicadas (sentencia del Tribunal Supremo de 24-2-92), por lo que esta revisión, como quedó adelantado no debe prosperar.

SEGUNDO.- 1. El siguiente y último motivo de recurso se dedica al examen de infracciones de normas sustantivas o de la jurisprudencia denunciando infracción del “Art.137 de la LGSS”. Argumenta en síntesis que atendiendo a la profesión del trabajador y sus concretas exigencias físicas debió ser declarado en situación de incapacidad permanente en el grado de incapacidad permanente total para su profesión habitual., o al menos en situación de incapacidad permanente parcial para esa profesión, invocando el artículo 137.3 de la LGSS, atendiendo a la dificultad y penosidad que ha sido reconocida en la propia sentencia recurrida.

2. Del relato histórico de la sentencia impugnada y datos fácticos incluidos en la fundamentación jurídica de la misma destacamos: A) El actor, nacido el día 25/09/1975, se encuentra afiliado a la Seguridad Social y encuadrado en el Régimen General, ostentando la categoría profesional de mozo de almacén. B) Solicitó al INSS prestación por incapacidad permanente, iniciándose expediente administrativo, emitiéndose informe médico de síntesis apreciando: antecedentes de artrodesis L5-S1 en 2006, EMO, revisión quirúrgica de raíces, liberación de adherencias y fibrosis que engloba raíz S1, EMG de oct-12: compatible con radiculopatía crónica de L5 izquierda grado leve. El día 5/12/12 elevó Propuesta el Equipo de Valoración de Incapacidades estimando que la parte actora estimando que la parte actora no se encuentra afecta de invalidez permanente en ninguno de sus grados. Y el día 11/12/12 la Dirección Provincial del INSS dictó resolución denegatoria de la declaración de invalidez permanente del actor por no alcanzar las lesiones que padece, un grado suficiente de disminución para ser constitutivas de una incapacidad permanente. C) La parte actora padece las siguientes enfermedades y secuelas permanentes: antecedentes de artrodesis L5-S1 en 2006, EMO, revisión quirúrgica de raíces, liberación de adherencias y fibrosis que engloba raíz S1, EMG de oct-12: compatible con radiculopatía crónica de L5 izquierda grado leve. Y las limitaciones orgánicas y funcionales de: algias y radiculopatía crónica de L5 izquierda grado leve, cambios postquirúrgicos L5-S1, fibrosis epidural lateral y posterior izquierda y que engloba la raíz S1 homolateral, listesis grado I L5-S1 HD posterior paramedial izquierda con signos de fisura anular, protusión L4-L5.

3. Respecto del concepto de profesión habitual el Tribunal Supremo tiene dicho que “no es esencialmente coincidente con la labor específica que se realice en un determinado puesto de trabajo sino aquella que el trabajador está cualificado para realizar y a la que la empresa le haya destinado o pueda destinarle”, lo que significa

que - como ha reiterado esta Sala en SSTS 12-2-2003 (Rec.- 861/02) o 27-4-2005 (Rec.- 998/04)...- no solo hay que tener en cuenta a la hora de resolver sobre una demanda de invalidez cuáles eran las funciones o trabajos concretos que el trabajador afectado pudiera estar desarrollando antes o las que pueda estar realizando después del accidente sino todas las que integran objetivamente su "profesión", las cuales vienen delimitadas en ocasiones por las de su propia categoría profesional o en otras las de su grupo profesional, según los casos y el alcance que en cada caso tenga el "ius variandi" empresarial de conformidad con la normativa laboral aplicable.

4. Como quiera que la profesión habitual del actor es la de mozo de almacén de construcción, según se indicaba en el hecho tercero de la demanda inicial, que no consta fuera discutido por la representación del INSS, teniendo en cuenta con carácter orientativo la definición del Grupo 1 del Acuerdo de la Comisión Negociadora del Convenio Colectivo General de Construcción (BOE de 10 de julio de 2013). Cuando indica que “en este grupo profesional se incluyen los trabajadores que ejecutan tareas establecidas de forma concreta y con un alto grado de dependencia. Dichas tareas son sencillas y requieren, con carácter general, la aportación de esfuerzo físico...” y que las funciones descritas en el hecho tercero de la demanda inicial (la carga, descarga, colocación y manejo de materiales pesados (maquinaria, herramientas, ladrillos, sacos de cemento, etc...), posturas forzadas de flexión y extensión de columna al cargar y descargar dicha mercancía, la bipedestación y sedestación prolongada durante toda la jornada laboral, cargar y descargar mercancía en camiones, colocación de todo el material, herramientas y maquinaria en el almacén, recogida de material de construcción de otros almacenes, conducción de camiones de reparto encargándose igualmente de cargar y descargar los pedidos, etc...), no consta se discutieran pudiendo considerarse un hecho admitido, consideramos por todo ello que el demandante, ahora recurrente, se encuentra en situación de incapacidad permanente (artículo 136.1 de la Ley General de la Seguridad Social) pues, -después de haber estado sometido al tratamiento prescrito y de haber sido dado de alta médicamente (después de largos períodos de incapacidad temporal según consta en el informe de valoración médica, folio 85) presenta reducciones anatómicas o funcionales graves, susceptibles de determinación objetiva y previsiblemente definitivas, que disminuyen o anulan su capacidad laboral- en el grado de incapacidad permanente parcial para su profesión habitual (artículo 137.3 de la Ley General de la Seguridad Social) en su redacción originaria, dado lo indicado en la disposición transitoria 5ª bis de dicha ley) por cuanto estimamos que si bien podría continuar realizando las tareas fundamentales de su profesión habitual, la harán más penosa hasta el punto de ocasionarle una disminución no inferior al 33% en su rendimiento normal para dicha profesión, pues como se ha dicho las tareas fundamentales de su profesión habitual consistían esencialmente en la carga, descarga, colocación y manejo de materiales pesados (maquinaria, herramientas, ladrillos, sacos de cemento, etc...), posturas forzadas de flexión y extensión de columna al cargar y descargar dicha mercancía, la bipedestación prolongada durante toda la jornada laboral, cargando y descargando mercancía en camiones, y como se indica con valor fáctico en la fundamentación jurídica de la sentencia de instancia las limitaciones que restan al actor pueden suponer un mayor esfuerzo para realizar su trabajo y una mayor penosidad, característico de la incapacidad permanente parcial, según vino determinando desde antiguo el Tribunal

Supremo (véase por ejemplo su sentencia de 5 de octubre de 1979), y reiterada doctrina de esta Sala, así la contenida en la sentencia de 4 de noviembre de 2010 (R.418/2010).

TERCERO.- Corolario de todo lo razonado será la estimación del recurso interpuesto, y revocación de la sentencia de instancia para dar lugar a la pretensión subsidiaria e implícitamente ejercitada, reconociendo al actor en situación de incapacidad permanente en el grado de incapacidad permanente parcial para la profesión habitual, con derecho a percibir una indemnización a tanto alzado de 24 mensualidades de su base reguladora de 748,20 euros (inalterado hecho probado 6º), de conformidad con lo expresamente instituido en el artículo 139.1 de la Ley General de la Seguridad Social y artículo 9 del Decreto 1646/1972, de 23 de junio. Sin costas, dado el signo revocatorio del fallo.

FALLO

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de don D M.G.T. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 7 de los de Alicante el día veintitrés de mayo de dos mil catorce en proceso sobre prestaciones de incapacidad permanente seguido a su instancia contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y la TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, y con revocación de la expresada sentencia y estimación de la pretensión subsidiaria e implícitamente ejercitada debemos declarar como declaramos que el actor se encuentra en situación de incapacidad permanente en el grado de incapacidad permanente parcial para su profesión habitual, condenando a los demandados a estar y pasar por tal declaración, y al Instituto demandado a que abone al actor una indemnización a tanto alzado de 24 mensualidades de su base reguladora de 748,20 euros . Sin costas.

Sentencia núm. 743, de 8 de abril de 2016

Materia: Prestación por discapacitado a cargo. Denegación de asignación familiar. Devolución de cantidades indebidamente percibidas por la demandante. El causante de la prestación es perceptor de una prestación contributiva de incapacidad absoluta con posterior jubilación. Gestión de prestación: Deber de la actora de rellenar los formularios para conocimiento de la administración.

Juzgado: Desestima la demanda, absolviendo al organismo demandado de las peticiones contenidas en el escrito de la demanda. Procede la devolución de las prestaciones.

Sala: Desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia. La parte actora ha omitido la información necesaria en la declaración. No debe confundirse la obligación de no acreditar hechos que puede conocer la administración con el hecho de cumplimentar debidamente los formularios e indicar en los mismos los datos precisos para que la administración pueda comprobarlos y tenerlos por acreditados.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Frente a la sentencia de instancia que desestimó la pretensión actora y absolvió a la demandada INSS de las peticiones contenidas en el escrito de demanda, interpone recurso de suplicación la parte actora y en el primer motivo del recurso sin cita de precepto procesal que lo ampare se limita a mostrar su disconformidad con el hecho probado cuarto de la sentencia impugnada, pero aunque la parte expresamente no lo manifiesta se trata de la revisión de un hecho declarado probado y por lo tanto no bastan las alegaciones de parte que efectúa, sino que debió, si lo que pretendía era modificar tal hecho, con amparo procesal en el artículo 193, b) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social plantear que específica modificación, adición, o supresión postula para tal hecho, o proponer, en su caso una redacción alternativa, habiéndose limitado a expresar su particular valoración basado en la manifestación que efectúa sin soporte alguno en prueba documental o pericial alguna, por lo que no puede prosperar este motivo del recurso, según reitera la doctrina del Tribunal Supremo mostrada en reiteradas sentencias que por conocidas excusan su cita, al no observarse los requisitos formales exigidos por la norma procesal laboral.

SEGUNDO.- En el segundo motivo del recurso se alega la disconformidad con el fundamento de derecho segundo de la sentencia impugnada, al entender que la Administración no puede ir contra sus propios actos declarativos de derecho, dado que el administrado ha facilitado todos los datos y se ha reconocido el derecho a una prestación, debiéndose haber planteado demanda por parte de la administración INSS,

ya que no existe causa para la revisión de oficio el acto administrativo, ya que no hay ningún error material o aritmético, ni omisión por parte del beneficiario y considera que el INSS tiene una base de datos donde puede y debe cotejar los datos que aportan los solicitantes. También se muestra disconforme la parte recurrente de que la actora dejara en blanco los datos referidos a la convivencia y prestación económica del causante punto 3.2 de la solicitud, porque alega que la solicitud la redactó un funcionario y la actora la firmó y esta informó al funcionario de la prestación por incapacidad absoluta del causante. También se muestra disconforme con el fundamento de derecho cuarto respecto que la actora no facilitó los datos a la administración y de que el INSS no tenga obligación de cotejar sus propios datos que le constan, y que la propia página web del INSS señala que no es exigible aportar al ciudadano, datos, hechos o circunstancias que a la propia seguridad social le constan. Tras criticar en el recurso la actuación de la administración, el expediente administrativo que califica de caótico, denuncia vulneración del artículo 9.1º y 3º de la Constitución Española, considera que no se puede aplicar con efectos retroactivos una disposición sancionadora no favorable y que la actora no tiene que devolver aquello que le exige el INSS, cuando es este organismo el que ha actuado irresponsablemente. Sin que la administración pueda ir contra sus propios actos y tenía autorización de la actora para cotejar todos los datos económicos y personales. Y por último la actora tiene derecho a la prestación familiar por hijo o menor acogido a cargo, no siendo la prestación de Sr. P. no es contributiva y aunque lo hubiera sido atendiendo a la discapacidad también es compatible.

Los inalterados hechos declarados probados ponen de manifiesto que la actora instó la prestación de hijos o discapacitados a cargo, solicitud que efectuó en fecha 22-10-2010, siéndole reconocida la citada prestación por resolución de 1-2-2011 con efectos de 1-7-2010, siendo el causante de la misma D. A.P.T.. El referido Sr. fue declarado incapaz por sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 13 de Valencia, siendo la actora nombrada tutora del mismo, teniendo el Sr. P. declarada una discapacidad del 93% en base a una discapacidad física y psíquica de 85% más 9 puntos de factores sociales complementarios, y además es perceptor de prestación contributiva de incapacidad absoluta, con posterior jubilación. La actora en la solicitud de prestación entre los datos del causante de la misma se refirió al Sr. P. como tal, y en cuenta a sus datos sobre convivencia y dependencia económica guardó silencio en cuanto a los ingresos mensuales del mismo, así como respecto a la percepción de algún tipo de prestación (cuadrícula 3.2).

Aunque la actora sostiene que la solicitud la redactó un funcionario y la actora la firmó y esta informó al funcionario de la prestación por incapacidad absoluta del causante, los inalterados hechos declarados probados no acreditan tal alegación, y es lo cierto y constatado que en el apartado 3.2 de la solicitud relativa a los datos sobre convivencia/dependencia económica están en blanco, no figurando dato alguno y en ese apartado se interesaban entre otras cuestiones los ingresos mensuales actuales, si cobraba alguna prestación o subsidio, la cuantía mensual, la clase de prestación, que no fueron cumplimentados y que la actora debió comprobar antes de plasmar su firma, y esta omisión es transcendente, pues aunque la actora autorizara a la administración a cotejar los datos, previamente debió de facilitarlos, cuanto menos

indicando que el causante percibía una prestación para que el Organismo pudiera comprobar de que se trataba y su cuantía, y al no hacer referencia a tal extremo la administración puede entender que no percibe ninguna prestación o subsidio y en consecuencia no comprueba lo alegado y ello no contradice lo establecido en la pag web del INSS sobre gestión de prestación porque se refiere a que al solicitante no le es exigible acreditar hechos, datos o circunstancias que la administración de la seguridad social debe conocer por sí misma, pero no debe confundirse la obligación de no acreditar hechos que puede conocer la administración con el hecho de cumplimentar debidamente los formularios e indicar en los mismos los datos precisos para que la administración pueda comprobarlos y tenerlos por acreditados.

De conformidad con lo dispuesto en el art. 146 de la LRJS, si bien la Organismos Gestores no pueden revisar por si mismos sus actos declarativos de derechos en perjuicio de sus beneficiarios, debiendo en su caso, solicitar la revisión ante el Juzgado de lo Social competente, mediante la oportuna demanda que se dirigirá contra el beneficiario del derecho reconocido, en el apartado 2 del mencionado artículo se exceptúa las revisiones motivadas por la constatación de omisiones o inexactitudes en las declaraciones del beneficiario, así como la reclamación de las cantidades que en su caso, se hubieran percibido indebidamente por tal motivo, y este supuesto es de exacta aplicación al caso que nos ocupa, donde la parte actora ha omitido la información necesaria en la declaración y por lo tanto puede revisar la Entidad Gestora su actuación sin necesidad de acudir a la demanda, como ha realizado y procede la devolución de lo indebidamente percibido. Sin que por la parte actora se haya denunciado la infracción y la forma en que lo ha sido de norma alguna que autorice a la actora a percibir la prestación interesada, ni que exista compatibilidad para su percibo frente al criterio establecido en el art. 122 de la Ley General de la Seguridad Social. Razones que llevan a desestimar el recurso y a confirmar la sentencia de instancia.

FALLO

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por M.P.T.N. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Valencia, de fecha 23 de febrero de 2015 y, en consecuencia, confirmamos la sentencia recurrida.

2091

Sentencia núm. 752, de 12 de abril de 2016

Materia: Reclamación de cantidad. Percepción de paga extra por antigüedad en la empresa. Aplicación del convenio colectivo de empresas de enseñanza privada. Recargo por mora: Aplicación del interés previsto en el art. 29.3 del ET. Finalidad sancionadora frente a finalidad indemnizatoria de arts. 1.101 y 1.108 del Código Civil.

Juzgado: Estima parcialmente la demanda, reconociendo a la actora el derecho a percibir determinados conceptos retributivos más los intereses por mora del organismo demandado. Aplicación del interés previsto en el art. 29.3 del ET.

Sala: Desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia. Aplicación de la doctrina jurisprudencial a favor de la parte demandante. Se condena en costas a la parte recurrente.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Al amparo del apartado c del art. 193 de la Ley de la Jurisdicción Social (LJS) se introduce el único motivo del recurso de suplicación entablado por el Abogado de la Generalitat Valenciana contra la sentencia del juzgado que estima parcialmente la demanda y condena a la Administración autonómica a que abone a la demandante la cantidad de 11.116,25 euros por el concepto reclamado así como la cantidad de 1.111,63 euros en concepto de intereses por mora.

En dicho motivo que ha sido impugnado de contrario, se imputa a la resolución recurrida la jurisprudencia representada, entre otras, por la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 17 de noviembre de 2005, RJ 2008/683, y según la cual el recargo por mora al que se refiere el art. 29.3 ET únicamente cabe imponerlo cuando la realidad e importe de la retribución no satisfecha fuesen pacíficamente admitidos por las partes; esto es, cuando se trate de cantidades exigibles, vencidas y líquidas, sin que la procedencia o improcedencia de un abono se discuta por los litigantes y, en el presente caso, la demanda tan solo estima parcialmente la reclamación ejercitada ya que excluye del importe de la paga extraordinaria de antigüedad la cuantía del complemento de homologación al tratarse de un complemento autonómico retributivo, por lo que no procede la condena de los intereses de mora.

La censura jurídica expuesta ha de ser desestimada de acuerdo con la última jurisprudencia de nuestro Alto Tribunal que ha de prevalecer sobre pronunciamientos precedentes que se han de entender superados. En efecto, la reciente sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 17 de junio de 2014 (ROJ: STS 2785/2014),

Recurso: 1315/2013, al hablar del tema del recargo por mora manifiesta en sus fundamentos de derecho, lo siguiente:

“TERCERO.- La doctrina tradicional de la Sala en torno al art. 29.3 ET.

El criterio que tradicionalmente ha mantenido la Sala IV, conjugando lo que disponen los arts. 1100, 1101 y 1108 CC, siempre ha sido -efectivamente- que el recargo por mora al que se refiere el art. 29.3 ET únicamente cabe imponerlo cuando la realidad e importe de la retribución no satisfecha fuesen pacíficamente admitidos por las partes, esto es, cuando se trate de cantidades exigibles, vencidas y líquidas, sin que la procedencia o improcedencia de un abono se discuta por los litigantes, pues «cuando lo reclamado como principal es problemático y controvertido, queda excluida la mora en que podrían encontrar causa dichos intereses» [así, entre las que más recientemente habían tratado el tema, las SSTS 07/05/04 Ar. 4506; 27/09/04 Ar. 6329; 15/03/05 -rec. 4460/03 -; y 17/11/05 -rec. 290/05), por lo que ha de reconocerse sólo si la sentencia estima totalmente la reclamación salarial, pero no cuando -contrariamente- la estimación de la demanda es tan sólo parcial (así, STS 01/04/96 Ar. 2974; y ATS 10/06/02 Ar. 7801).

CUARTO.- Moderna postura en torno a los intereses de mora.-

1.- Pero esta doctrina, expresamente basada en criterios igualmente tradicionales de la Sala Primera en interpretación de los referidos preceptos del Código Civil, muy recientemente ha sido influenciada por planteamientos innovadores de la misma jurisprudencia civil, expresiva de que si «se pretende conceder al acreedor a quien se debe una cantidad una protección judicial completa de sus derechos, no basta con entregar aquello que, en su día, se le adeudaba, sino también lo que, en el momento en que se le entrega ..., porque si las cosas, incluso fungibles y dinerarias, son susceptibles de producir frutos -léase frutos civiles o intereses- no parece justo que los produzcan en favor de quien debió entregarlas ya con anterioridad a su verdadero dueño, es decir, al acreedor», y ésta es una conclusión apoyada por la «existencia de diversidad de grados de indeterminación de las deudas» y «la comprobación empírica de que los ... criterios tradicionales dejaban la aplicación de la sanción en manos del propio deudor, al que le bastaba con negar la deuda o discutir la cantidad reclamada para hacerla indeterminada», pero sobre todo por la consideración [STS I 19/02/04 -rec. 941/98 -] de que «la sentencia no opera la creación de un derecho con carácter constitutivo, sino que lo tiene meramente declarativo, pues a través de la misma lo que se hace es declarar un derecho a la obtención de una cosa o cantidad que, con anterioridad a la resolución judicial, ya pertenecía y debía haberle sido atribuida al acreedor, y así, la completa satisfacción de los derechos del acreedor exige que se le abonen los intereses de tal suma, aun cuando fuese menor de la por él reclamada, desde el momento en que se procedió a su exigencia judicial» (así, la STS I 09/02/07 -rec. 4820/99-, en línea con sus precedentes de 31/05/06 Ar. 3323 , 20/12/05 Ar. 286 , 30/11/05 Ar. 2006\79, 03/06/05 - rec. 4719/98-, 15/04/05 Ar. 3242 y 05/04/05 -rec. 4206/98-, que rechazan todo automatismo en la aplicación del brocardo «in illiquidis non fit mora ».

2.- Tal moderno planteamiento de la Sala Primera ha sido también acogido por esta Sala IV, en diversas resoluciones. Así, en materia de daños y perjuicios derivados de AT, y refiriéndose al art. 1108 CC [STS 30/01/08 -rcud 414/07 - FJ 7.1]; también en el caso de mejora voluntaria de IT y con idéntica aplicación del interés previsto en el art. 1108 CC [STS 10/11/10 -rcud 3693/09 - FJ 4.2]; e igualmente en el supuesto de indemnización por despido, con idéntica limitación a los intereses del art. 1108 CC [STS 23/01/13 -rcud 1119/12 - FJ 2]. Y en justificación ello afirmábamos en estas últimas decisiones que «... esta flexibilidad aplicativa de la máxima tradicional, todavía con mayor rotundidad ha de tenerse en cuenta en el campo del Derecho del Trabajo, terreno en el que los principios sociales han de imperar todavía con más fuerza que en el Derecho Civil [lo que justificaría interpretaciones «matizadas» respecto de las que hubiera llevado a cabo la propia jurisdicción civil, aun a pesar de ser ésta la genuina intérprete de las disposiciones del Código], sino que los intereses en juego -afectantes a valores de singular trascendencia- imponen una interpretación pro operario, contraria al tradicional favor debitoris que informa la práctica civil. Y estas singularidades de nuestro Ordenamiento laboral justifican plenamente que en el ámbito de esta jurisdicción social, la interpretación de los arts. 1101 y 1108 CC atienda -incluso- a un mayor automatismo que el orden civil, de manera que la regla general en la materia ha de ser - supuestos exorbitantes aparte- la de que las deudas en favor del trabajador generan intereses a favor de éstos desde la interpelación judicial». Y con mayor motivo cuando con el interés de demora «no trata de conservar el valor nominal consignado en la resolución judicial [STC 114/1992, de 14/septiembre], sino de indemnizar al acreedor impagado el lucro cesante, dándole lo que hubiera podido obtener en circunstancias normales de la cantidad líquida que se le adeuda» [STC 206/1993, de 22/junio]" (citada STS SG 30/01/08 -rcud 414/07 - FJ 7.1).

3.- También hemos de señalar que en un concreto supuesto ya se extendió la doctrina -aplicación objetiva- de los intereses previstos en art. 1108 CC a los de demora contemplados en el art. 29.3 ET , tratándose -como es lógico- de estricta deuda salarial [STS 29/06/12 -rcud 3739/11 - FJ 3.2]; y que con posterioridad, también en materia retributiva, se recordó nuevamente la moderna y flexible orientación ofrecida por la Sala Primera sobre la regla «in illiquidis», siquiera en el caso se justificó finalmente el abono del interés estatutario por considerar que no había sido razonable de la oposición del empresario, admitiendo la deuda pero alegando la prescripción -judicialmente rechazada- (STS 08/02/10 -rcud 4353/08 -). Pero a la par hemos de reconocer que se excluyen los intereses estatutarios por la vía -más bien tradicional- de argumentar el «tortuoso» camino -conflicto colectivo- que llevó al reconocimiento del plus [STS 29/04/13 -rcud 2554/12 -, FJ 3]; y a la misma solución se llegó igualmente en materia de horas extraordinarias en el sector de seguridad, por la «enorme litigiosidad» producida en cuestión tan «esencialmente controvertida» y determinante de dos sucesivos Conflictos Colectivos (STS 18/06/13 -rcud 2741/12 -).

QUINTO.-Clarificación de la actual posición de la Sala.-

A la vista de todo ello, singularmente las divergencias -más aparentes que reales- entre las sentencias que se han citado más arriba-, parece imprescindible aclarar la no tan rectilínea doctrina de la Sala. En el sentido de que:

a).- No cabe duda que el interés referido por el art. 1108 CC tiene una naturaleza claramente indemnizatoria, lo que se pone de manifiesto en el hecho de que su importe se limite al legal del dinero, garantizando así la cuando menos legal -ya que no real- «actualización» del débito que haya de satisfacerse, fuese o no discutible su posible devengo.

Por el contrario, aparentemente, en el contexto económico actual - escasamente inflacionario y próximo a la deflación-, el interés fijado por el art. 29.3 ET [diez por ciento de lo adeudado] parece que apunta más directamente -o de forma complementaria- a una finalidad sancionadora para el empresario incumplidor. Pero lo cierto es que a la fecha en que el primitivo Estatuto de los Trabajadores fue promulgado, con el mismo texto que el vigente a fecha de hoy, los datos oficiales proclamaron una inflación considerablemente más alta [15,592 para 1979; y 15,213% para 1980], aunque el interés legal del dinero fuese en las mismas fechas bastante menor [4%], lo que excluye que en el ánimo del legislador pudiera haber influido aquella intención «sancionadora», sino más bien ofrecer una cierta seguridad jurídica y una compensación por demora que superase la civil.

Es más, a esta interpretación llevan los trabajos parlamentarios, pues si bien el Proyecto de Ley era una simple remisión al régimen del Código Civil [«El interés por mora en el pago del salario será el exigible en las obligaciones civiles»], el texto ofrecido por el dictamen de la Comisión -con mejora de los derechos de los trabajadores, al decir de la enmienda 21 de CD- ya hacía referencia a que en caso de mora en el pago del salario «el empresario deberá indemnizar al trabajador» en la cantidad que se fijase en convenio colectivo o en su caso la jurisdicción competente, «que tendrá en cuenta el importe de la remuneración, cargas familiares y causas que hubieran motivado el retraso». Pero lo cierto es que el texto definitivamente aprobado -tras la enmienda 509 del PCE- fue la de establecer la cantidad fija del diez por ciento de lo adeudado, que es la consecuencia que en la actualidad sigue vigente.

b).- Por ello, de igual modo nuestra más reciente doctrina se inclina por la aplicación flexible del interés «indemnizatorio» del Código Civil como regla general en toda clase de deudas laborales, de manera tal que el mismo se devengue siempre desde la reclamación del débito, cualquiera que éste sea y siempre que haya prosperado [bien en todo o bien en parte], en la misma forma la convicción actual de la Sala es que tratándose de concretas deudas salariales la solución ofrecida por el legislador -ex art. 29.3 ET - ha de operar también de forma objetiva, sin tener en cuenta ni la posible razonabilidad de la oposición empresarial a su pago, ni que en los concretos periodos económicos esa cifra -diez por ciento- sea superior o inferior a la inflación. Y ello es así -consideramos-, tanto porque el mandato legal se expresa de forma imperativa y sin condicionamiento alguno [«El interés por mora en el pago del salario será el diez por ciento de lo adeudado»]; cuanto por el importante elemento interpretativo -ya aludido- que significan los trabajos parlamentarios previos «para desentrañar el alcance y sentido de las normas» [SSTC 108/1986, de 29/Julio, FJ 13 ; 109/1998, de 29/Mayo, FJ 2 ; 15/2000, de 20/Enero, FJ 7 ; y 90/2009, de 20/Abril , FJ 6], en los que claramente se pone de manifiesto -en este sentido, la Enmienda 21, de

CD- la intención de mejorar para los trabajadores el régimen civil común de la mora en el incumplimiento de las obligaciones, que contemplaba un interés legal más bajo que la inflación y que además se aplicaba con todas las limitaciones que ofrecía la interpretación tradicional de la regla «in illiquidis»; y muy probablemente se hizo así por atender a los valores en juego -la relevancia vital que el salario tiene para el trabajador- y por considerar que no sólo era aconsejable ofrecer seguridad jurídica, sino de alguna manera limitar controversias que pudieran comprometer el sustento del empleado.”

La aplicación de la doctrina jurisprudencial expuesta conlleva, como ya se adelantó, la desestimación del motivo examinado y la confirmación de la sentencia de instancia.

SEGUNDO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 235.1 LJS, procede la imposición de costas a la parte vencida en el recurso.

FALLO

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de la Generalitat Valenciana, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº Tres de los de Elche y su provincia, de fecha 20 de noviembre de 2014, en virtud de demanda presentada a instancia de D^a T.L.L. contra la recurrente; y, en consecuencia, confirmamos la sentencia recurrida.

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

Sentencia núm. 763, de 12 de abril de 2016

Materia: Reclamación de cantidad. Trabajador al servicio de empresa dedicada al sector del pescado con categoría profesional de encargado general. Suscripción de contrato mercantil. La empresa demandada debe al trabajador determinadas cantidades. Subcontratación de obra o servicio. Responsabilidad empresarial salarial de la empresa codemandada en la instancia. Condena solidaria. Responsabilidad solidaria de la contratista y de la subcontratista en el pago de la deuda salarial.

Juzgado: Estima la demanda declarando el derecho del actor a recibir determinada cantidad más los intereses por mora previstos en el art. 29.3 del ET. Estima falta de legitimación pasiva planteada por la codemandada. No procede responsabilidad solidaria

Sala: Estima el recurso declarando la responsabilidad solidaria de la empresa contratista y de la subcontratista en el pago de la deuda salarial reflejada en la sentencia.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Por la representación del demandante se formula recurso contra la sentencia de instancia, que estimó la reclamación de cantidad planteada en el escrito de demanda, pero que igualmente estimó la excepción de falta de legitimación pasiva planteada por la codemandada “H.D.L. SA” respecto dicha pretensión.

En definitiva, el recurso se centra en la condena solidaria que se interesa respecto dicha mercantil, y así, en primer término, con apoyo en el artículo 193 “b” de la LRJS, se solicitan sendas modificaciones del relato de hechos probados, en concreto del primero, para que al final de este, donde se consignan las circunstancias personales y laborales del trabajador, se añada la frase “y todo ello en las pescaderías H. SL”, y del tercer apartado del citado ordinal, a fin de que se sustituya la frase que allí se explicita, en referencia al contrato mercantil suscrito por esta con los empleadores del demandante, por la que se consigna en el recurso y se da por reproducida, peticiones que se apoyan en los documentos que se citan.

El motivo debe prosperar, pues de los documentos que se mencionan como soporte de aquél, y aunque ya fueron objeto de examen por el juez de la instancia, se desprenden las frases que se indican en el escrito de recurso, que en referencia a la segunda, a pesar de que no se pueda hablar de una equivocación o error en su valoración que implique el cambio de la redacción formulada en el motivo, lo que se deduce de dichos contratos es que a la sección de pescadería regida por Pescados P. y radicada en el supermercado H. se le prohibía su explotación con nombre comercial propio, pactándose asimismo que el cobro de las ventas efectuadas en la pescadería se

haría en la caja general del establecimiento, lo cual aconseja que se añada dicha aseveración, mientras que el añadido propuesto en primer término supone la consecuencia que se interesa en el recurso, de ahí que tenga de la relevancia precisa para acceder posteriormente a la modificación del fallo recurrido.

Asimismo, en este primer motivo se pretende que se añada al último párrafo del primer hecho probado una frase que recoja que las tres empresas demandadas se dedican a la misma actividad de venta al por mayor y menor de productos alimenticios, fundada en la prueba documental que cita, petición a la que también cabe acceder, por el mismo fundamento y razón consignada respecto la adición solicitada en primer lugar.

SEGUNDO.- El segundo motivo del recurso, que se apoya en el artículo 193 “b” de la LRJS, pero destinado al examen del derecho aplicado, censura a la sentencia la infracción del artículo 42, 1 y 2 del ET.

Argumenta la parte recurrente que estamos en presencia de una subcontratación de obra o servicio, pues el ahora recurrente prestaba servicios para su empleadora Pescados P. como encargado, en la pescadería de la cadena de supermercados H., que tiene la misma actividad, de manera que se trata de tareas esenciales o indispensables para el correcto desenvolvimiento de la actividad productiva de H., que, entre otras cuestiones que no hacen al caso, en los contratos suscritos con la empleadora del demandante hacía constar que el cobro del producto vendido se debía realizar en las cajas centrales del propio supermercado.

Desde ahora se anticipa que el motivo, y por extensión el recurso, deben prosperar, al encontrarnos a partir de los datos de hecho consignados en la sentencia y los que en esta se han introducido por la vía de la revisión, que estamos en presencia del concepto de la propia actividad recogido en la norma indicada en este apartado del recurso, pues en el supuesto de no haberse encomendado su realización a la empresa codemandada, mediante los contratos mercantiles aludidos en la sentencia recurrida, el propio empresario comitente, H. SA, tendría inexcusablemente que desenvolver la actividad productiva con personal de su propia plantilla de trabajadores, y al haberse subcontratado la pescadería de dicho supermercado con un tercero, Pescados P., debe aplicarse lo señalado en el artículo 42.2 del ET, que predica la responsabilidad solidaria de la contratista y de la subcontratista en el pago de la deuda salarial reflejada en la sentencia.

Consecuentemente, y al ser esta la única cuestión que se dilucida en el recurso, debe ser estimado y revocada la sentencia en el sentido que se pretende en el citado escrito.

FALLO

Estimamos el recurso de suplicación formulado por don A.V.S.B. frente la sentencia del Juzgado de lo Social nº 1 de Benidorm de 22 de octubre de 2014, recaída en autos sobre reclamación de cantidad instados por dicho trabajador frente a H.D.L.,

SA, Pescados P. SL y R.P.M., y con revocación parcial de la citada resolución judicial, debemos condenar y condenamos a H. SA, a que solidariamente con las mercantiles condenadas en la sentencia de instancia asuma el pago al citado recurrente de los 9.559,93 euros de la condena por salarios que recoge la parte dispositiva de la sentencia recurrida.

2093

Sentencia núm. 778, de 12 de abril de 2016

Materia: Reclamación de cantidad. Trabajadora que ejerce funciones de limpiadora con contrato indefinido a jornada parcial en empresa demandada. Subrogación empresarial al finalizarse la contrata. Impago de salarios por la empresa saliente. Responsabilidad solidaria. Actividad indispensable o principal frente a actividad inherente o complementaria

Juzgado: Estima la demanda, condenando solidariamente a las codemandadas al abono a la parte actora determinada cantidad más los intereses previstos. Desestima la falta de legitimación pasiva planteada por la Conselleria codemandada.

Sala: Estima el recurso de la Conselleria codemandada, declarando que la actividad desarrollada en el centro, y que es objeto de litigio, es complementaria a la actividad principal. No procede la responsabilidad solidaria del organismo codemandado en la instancia.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Frente a la sentencia de instancia que desestimo la falta de legitimación pasiva planteada por la Conselleria de Sanidad y estimando sustancialmente la demandada sobre reclamación de cantidad, condenó solidariamente a las empresas ELI, S.L., a la empresa K.L.E. S.L., y a la Conselleria de Sanidad, se interpone recurso de suplicación por el abogado de la Generalidad, siendo impugnado el recurso por la parte actora y por la empresa K.L.E. S.L.

Antes de entrar en el examen del primer motivo del recurso, conviene realizar la siguiente puntualización en orden a su admisibilidad. Como se acaba de exponer, la cantidad reclamada por la actora en este procedimiento no supera los 3.000 euros; lo que, en principio, vedaría su acceso al recurso de suplicación (art.192.2 g) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social) y así lo entendió esta Sala en sentencia anterior de 22 de septiembre de 2014 (rs.1011/2014). Ahora bien, desde entonces consta a este Tribunal la existencia de numerosos recursos pendientes de resolución – probablemente más de 200-, en alguno de los cuales las cantidades reclamadas superan los 3.000 euros. Estamos, por tanto, ante una situación generalizada de conflicto, lo que explica que el Juzgado de instancia haya apreciado la afectación general. Siendo ello así, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 191.3 b) de la citada ley procesal, procede la admisión del recurso, pese al precedente al que nos hemos referido anteriormente.

SEGUNDO.- Despejadas las dudas sobre la admisibilidad del recurso, procede entrar en el examen del único motivo del recurso y en él, la Conselleria recurrente con

amparo en el apartado c) del artículo 193 de la LRJS, alega la sentencia impugnada infringe el artículo 42, apartados 1 y 2 del Estatuto de los Trabajadores, interesando que la Conselleria de Sanidad demandada sea absuelta por no existir responsabilidad de la Administración Autonómica, por no ser aplicable lo dispuesto en el artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores.

Se argumenta por la Abogacía de la Generalitat que no nos hallamos ante un supuesto de subcontratación de obras y servicios correspondiente a la propia actividad de la empresa, y no encontrándose entre las actividades de la Conselleria citada la de prestar a terceros el servicio de limpieza, de modo que ninguna responsabilidad de orden salarial puede exigírsele ante la falta de abono de las retribuciones impagadas a la trabajadora.

La sentencia objeto de recurso considera que la Conselleria demandada debe ser condenada dado que el servicio de limpieza es absolutamente imprescindible para la prestación y el desarrollo de un adecuado servicio de sanidad, siendo impensable prescindir de la limpieza de un hospital, pero frente a ello debe tenerse en cuenta que el artículo 42 del ET solo puede ser aplicado a aquellos empresarios que contraten o subcontraten con otros la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad de aquellos.

La figura jurídica de la “propia actividad”, ha sido problemática al ser un término no definido en la norma, se ha distinguido en la jurisprudencia entre la llamada “actividad indispensable”, en la que quedan abrazadas la totalidad de las contrataciones que la empresa concierte, pues todas ellas han de estimarse como necesarias para el empresario principal, y entre la denominada “actividades inherentes”, donde se incluirían solo las obras o servicios que constituyen el núcleo de la actividad de la empresa principal, y por tanto deben quedar excluidas todas las actividades de carácter complementario, primando en dicha doctrina la tesis restrictiva, al hilo de que si el legislador ha introducido la diferencia apuntada en el artículo 42 del ET, ha sido con el propósito de restringir el área de responsabilidad del empresario principal. Aplicando esta distinción al caso examinado, es obvio que la actividad de limpieza del centro de trabajo Centro de Salud de A., asumida en virtud de contrataciones sucesivamente por las empresas codemandadas, es la limpieza de dicho inmueble que implica su mero mantenimiento y por lo tanto es complementaria a la actividad principal y fundamental desenvuelta por la administración pública aludida, la de dispensar la asistencia sanitaria como finalidad productiva, de modo que quedarían excluidos del concepto de propia actividad los servicios y las obras desvinculados o desconectados de dicha finalidad y de las actividades normales de la empresa, aún en beneficio de ella, lo que puede predicarse sin dificultad, además del servicio citado, a la vigilancia de las instalaciones y al servicio de cafetería para terceras personas, de ahí que no quepa imputar la responsabilidad solidaria que la sentencia de instancia efectúa, con la consecuente estimación de este recurso y absolución de la Conselleria demandada.

FALLO

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto por el Abogado de la Generalitat, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº. 3 de los de Alicante, de fecha 10 de diciembre de 2014, a que se contrae el presente rollo y la revocamos en parte en el sentido de absolver a la Conselleria de Sanidad de la Generalitat Valenciana, manteniendo el resto de los pronunciamientos de la sentencia de instancia en lo que no se opongan a la presente resolución.

Sentencia núm. 814, de 19 de abril de 2016

Materia: Pensión de viudedad. Solicitud prestación por convivencia aunque no ha existido vínculo matrimonial ni constitución formal de pareja de hecho. Consta certificación de convivencia en padrón municipal y recibos domiciliarios por cambio de residencia. Acreditación certificado de empadronamiento como documento válido.

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

Sala: Desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia. La actora no reúne el requisito formal de constitución de pareja de hecho, por lo que no tiene derecho a la prestación. No consta inscrito en el registro de parejas de hecho, ni consta su constitución formal como pareja de hecho mediante documento público.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- A través de dos motivos se articula el recurso de suplicación entablado por la representación letrada de la parte actora contra la sentencia del juzgado que desestima la demanda sobre reconocimiento de pensión de viudedad al considerar que la actora no cumple el requisito de haberse constituido como pareja de hecho mediante inscripción en el registro específico de parejas de hecho o mediante documento público en el que conste la constitución como pareja de hecho.

El primero de los motivos tiene por objeto la revisión de los hechos declarados probados y se dice formular al amparo del art. 196.3 de la Ley de la Jurisdicción Social (LJS), si bien se debe referir al apartado b del art. 193 de la ley indicada, mientras que el segundo motivo se dedica a la censura jurídica de la resolución recurrida y se dice formular al amparo del art. 196.1 de la LJS, cuando debe de referirse al apartado c del art. 193 de la susodicha ley, no impidiendo los indicados errores el examen del recurso al deducirse del tenor del mismo el objeto de los motivos en los que se sustenta; no habiendo sido el recurso impugnado de contrario, como se expuso en los antecedentes de hecho.

SEGUNDO.- Son varias las revisiones fácticas solicitadas en el primero de los motivos. Antes de entrar en su examen cabe hacer mención a la doctrina jurisprudencial recogida entre otras muchas, en la sentencia del TS de 22 de julio de 2015 (ROJ: STS 3433/2015 - ECLI:ES:TS:2015:3433), Recurso: 130/2014, y según la cual “En SSTs 13 julio 2010 (Rec. 17/2009), 21 octubre 2010 (Rec. 198/2009), 5 de junio de 2011 (Rec 158/2010), 23 septiembre 2014 (rec. 66/2014) y otras muchas, hemos

advertido que "el proceso laboral está concebido como un proceso de instancia única (que no grado), lo que significa que la valoración de la prueba se atribuye en toda su amplitud (art. 97.2 LRJS) únicamente al juzgador de instancia (en este caso a la Sala "a quo") por ser quien ha tenido plena intermediación en su práctica y la revisión de sus conclusiones únicamente puede ser realizada cuando un posible error aparezca de manera evidente y sin lugar a dudas de documentos idóneos para ese fin que obren en autos, por lo que se rechaza que el Tribunal pueda realizar una nueva valoración de la prueba, como si el presente recurso no fuera el extraordinario de casación sino el ordinario de apelación. En concordancia, se rechaza la existencia de error si ello implica negar las facultades de valoración que corresponden primordialmente al Tribunal de Instancia, siempre que las mismas se hayan ejercido conforme a las reglas de la sana crítica, pues lo contrario comportaría la sustitución del criterio objetivo de aquél por el subjetivo de las partes".

La suerte de las distintas revisiones fácticas se habrá de ajustar a la doctrina jurisprudencial a la que se ha hecho mención.

La primera de las modificaciones solicitadas atañe al hecho probado quinto para el que se insta la siguiente adición: "El causante abonaba a través de su cuenta mediante domiciliación gastos relativos a la vivienda de la demandante tales como el IBI (doc. 10 ramo actora), o el seguro de decesos de ambos (doc. 19 a 20 de la demanda y doc. 9 del ramo de la actora); siendo ésta además la única persona autorizada en dicha cuenta (doc. 26 de la demanda); constando tanto en el DNI como las Tarjetas Sanitarias SIP de ambos el mismo domicilio (doc. 16 y 17 de la demanda)."

El nuevo párrafo si bien se deduce de los documentos en los que se apoya no puede ser acogido al resultar irrelevante para modificar el sentido del fallo ya que la desestimación de la demanda se fundamenta en la falta de constitución formal de la pareja de hecho de la actora y el causante sin que en ningún momento se niegue la convivencia "more uxorio" de ambos que además se deduce de los hechos probados cuarto, quinto y sexto.

La segunda modificación concierne al hecho probado sexto para el que insta la adición de la siguiente frase en el primer inciso: "constando en dicha escritura la referida dirección como domicilio de ambos".

La adición pretendida no puede ser acogida ya que resulta innecesaria al hacer referencia el hecho probado en cuestión a la indicada escritura pública lo que permite a la Sala el examen íntegro de la misma.

A continuación se insta la adición al final del párrafo del hecho probado sexto del siguiente tenor: "constando en dicho testamento que era la persona con quien se hallaba conviviendo."

Tampoco dicha adición puede prosperar por las razones que determinaron la denegación de la modificación anterior, esto es, que resulta innecesaria por cuanto

que el hecho en cuestión ya recoge el testamento otorgado por la actora lo que hace que la Sala pueda examinar íntegramente su contenido.

Por último se propone la modificación del hecho probado octavo en el sentido de adicionar al final del primer párrafo este tenor: “por imposibilidad física del causante en dicho momento, estando prevista la celebración del matrimonio nuevamente para el día 15-2-2013 habiendo fallecido con anterioridad” (documento nº 8 aportado con el escrito de 29-10-2014)”.

Tampoco esta modificación puede ser estimada ya que del documento nº 8 que es un acta de comparecencia de la actora para que se celebre in artículo mortis su matrimonio con el causante no se evidencia la imposibilidad física de éste para la celebración del matrimonio que además fue denegada por el Registro Civil de San Vicente del Raspeig.

TERCERO.- En el motivo destinado al examen del derecho aplicado en la resolución recurrida se imputa a ésta la infracción del art. 174 de la Ley General de la Seguridad Social en relación con los arts. 1126 del Código Civil y 317 de la Ley de Enjuiciamiento Civil así como “la reciente jurisprudencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, nº 639/2014, de 28 de abril, que considera el certificado de empadronamiento como documento público suficientemente acreditativo de la constitución de la pareja de hecho en nueva doctrina posterior a la anulación por el Tribunal Constitucional en sentencia de 11 de marzo de 2014, del párrafo 5º del artículo 174 de la LGSS.”

Razona la defensa de la recurrente que la exigencia de la constitución de la pareja de hecho mediante documentos públicos no debe significar escritura notarial pues dicho concepto de documento público comprende todos los derivados de los artículos 1126 del Código Civil y 317 de la LEC por lo que es perfectamente válida la constitución mediante la inscripción en el Padrón Municipal debidamente acreditada mediante certificados obrantes al expediente. Además en el presente caso, continua diciendo la recurrente, concurren documentos notariales –poder representación y testamento –expedientes de celebración de matrimonio ante el Registro Civil de Alicante y San Vicente del Raspeig que deben considerarse perfectamente hábiles para acreditar la constitución de la pareja de hecho. Hace hincapié en la situación creada tras la anulación por el TC del párrafo 5º del art. 174 de la LGSS en base al principio de igualdad de forma que la acreditación mediante inscripción en registros específicos creados por Comunidades Autónomas ha perdido su virtualidad probatoria ante la diferencia de requisitos entre unas y otras normas autonómicas y de forma subsidiaria dice que cabe cuestionar la valoración de la exigencia formal relativa a la constitución de la pareja de hecho para dar trascendencia jurídica de dicha situación fáctica real.

Al margen de que la doctrina manifestada en las sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia no constituye jurisprudencia a efectos del recurso de suplicación ya que solo lo es la emanada del Tribunal Supremo al resolver recursos de casación en unificación de doctrina, como se desprende del art. 1.6 del Código Civil, la censura

jurídica expuesta no puede prosperar porque como señala la reciente sentencia de nuestro Alto Tribunal de 16 de diciembre de 2015 (ROJ: STS 5603/2015 – ECLI:ES:TS:2015:5603), Recurso: 3453/2014, *“La cuestión que plantea el presente recurso de casación para unificación de doctrina versa sobre la acreditación del requisito de existencia de una pareja de hecho a los efectos de reconocimiento de pensión al sobreviviente. Esta cuestión interpretativa ha surgido a la vista de la redacción del art. 174.3 de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS) establecida por la Ley 40/2007 de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social.*

2.- *En el referido art. 174.3 LGSS, en cuanto ahora directamente afecta, se disponía que:*

“3. Cumplidos los requisitos de alta y cotización establecidos en el apartado 1 de este artículo, tendrá asimismo derecho a la pensión de viudedad quien se encontrase unido al causante en el momento de su fallecimiento, formando una pareja de hecho, y acreditara que sus ingresos durante el año natural anterior no alcanzaron el 50 por ciento de la suma de los propios y de los del causante habidos en el mismo período. Dicho porcentaje será del 25 por ciento en el caso de inexistencia de hijos comunes con derecho a pensión de orfandad.

... A efectos de lo establecido en este apartado, se considerará pareja de hecho la constituida, con análoga relación de afectividad a la conyugal, por quienes, no hallándose impedidos para contraer matrimonio, no tengan vínculo matrimonial con otra persona y acrediten, mediante el correspondiente certificado de empadronamiento, una convivencia estable y notoria con carácter inmediato al fallecimiento del causante y con una duración ininterrumpida no inferior a cinco años. La existencia de pareja de hecho se acreditará mediante certificación de la inscripción en alguno de los registros específicos existentes en las comunidades autónomas o ayuntamientos del lugar de residencia o mediante documento público en el que conste la constitución de dicha pareja. Tanto la mencionada inscripción como la formalización del correspondiente documento público deberán haberse producido con una antelación mínima de dos años con respecto a la fecha del fallecimiento del causante.

En las comunidades autónomas con Derecho Civil propio, cumpliéndose el requisito de convivencia a que se refiere el párrafo anterior, la consideración de pareja de hecho y su acreditación se llevará a cabo conforme a lo que establezca su legislación específica ”.

Continua diciendo la meritada sentencia que *“1.- La jurisprudencia constitucional, con respecto al citado art. 174.3 LGSS , en STC 40/2014, de 11 de marzo (BOE 10-04-2014), ha declarado inconstitucional y nulo el último inciso del referido artículo relativo a las CC.AA., en los términos señalados en su FJ 6, en el que se razona que ” Con el objeto de eliminar la desigualdad que se deriva del párrafo quinto del art. 174.3 LGSS , en lo que a la forma de acreditación de la pareja de hecho se refiere, en relación con el párrafo cuarto, la Sala proponente de esta cuestión de inconstitucionalidad plantea como alternativa entender que la remisión del párrafo quinto a la legislación específica de las Comunidades Autónomas con Derecho civil*

propio debe entenderse hecha a las leyes de parejas de hecho de las Comunidades Autónomas, tengan o no las mismas Derecho civil propio. Sin embargo, de aceptarse esta solución persistiría la desigualdad dimanante de la propia diversidad de esas leyes autonómicas de parejas de hecho, porque el problema de fondo que el precepto cuestionado plantea no es la limitación de la remisión a las Comunidades Autónomas con Derecho civil propio, sino la remisión a la legislación autonómica en sí misma cuando se trata de determinar los requisitos de acceso a una prestación de la Seguridad Social. En consecuencia, las conclusiones alcanzadas en el examen de constitucionalidad del inciso del precepto cuestionado (acreditación de la pareja de hecho), deben extenderse por vía de conexión o consecuencia, en virtud del art. 39.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC), a todo el párrafo quinto del art. 174.3 LGSS", que " Por todo lo señalado, debemos estimar la cuestión de inconstitucionalidad planteada, y declarar inconstitucional y nulo el párrafo quinto del art. 174.3 LGSS por vulneración del art. 14 CE, en relación con el art. 149.1.17 CE" y que " Llegados a este punto resulta necesario pronunciarse acerca de la modulación del alcance de nuestra declaración de inconstitucionalidad y nulidad que, siguiendo en este punto la doctrina recogida -entre otras muchas- en las SSTC 45/1989, de 20 de febrero, FJ 11; 180/2000, de 29 de junio, FJ 7; 365/2006, de 21 de diciembre, FJ 8, y 161/2012, de 20 de septiembre, FJ 7, no solo habrá de preservar la cosa juzgada (art. 40.1 LOTC), sino que, igualmente, en virtud del principio constitucional de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), se extenderá en este caso a las posibles situaciones administrativas firmes, de suerte que esta declaración de inconstitucionalidad solo será eficaz pro futuro, esto es, en relación con nuevos supuestos o con los procedimientos administrativos y procesos judiciales donde aún no haya recaído una resolución firme> >.

2. - En posterior STC 44/2014, de 7 de abril (BOE 07-05-2014), el Tribunal Constitucional proclama el carácter formal " ad solemnitatem " de la forma de acreditación de la existencia de pareja de hecho, señalando que " a los efectos de la Ley, no son parejas estables que queden amparadas por su regulación las que no reúnan esos precisos requisitos para su existencia, al margen de que el derecho a la pensión exija, además, la acreditación de la realidad de la pareja de hecho a través de un requisito formal, ad solemnitatem, consistente en la verificación de que la pareja se ha constituido como tal ante el Derecho y dotada de análoga relación de afectividad a la conyugal, con dos años de antelación al hecho causante (STC 40/2014, de 11 de marzo, FJ 3). Y tales presupuestos suponen una opción libremente adoptada por el legislador a la hora de acotar el supuesto de hecho regulado que no resulta prima facie arbitraria o irracional. Téngase en cuenta que, como reconocimos en la STC 93/2013, de 23 de abril, FJ 7, el legislador puede establecer regímenes de convivencia more uxorio con un reconocimiento jurídico diferenciado al del matrimonio, estableciendo ciertas condiciones para su efectivo reconocimiento y atribuyéndole determinadas consecuencias, regulación que encuentra sus límites en la propia esencia de la unión de hecho (STC 93/2013, FJ 8), lo que no quiere decir que el legislador deba otorgar igual tratamiento a todas las posibles situaciones de parejas de hecho ".

3.- En la misma fecha, la STC 45/2014, de 7 de abril (BOE 07-05-2014) reitera y concreta sobre la acreditación de la existencia de pareja de hecho que es el supuesto ahora cuestionado en el presente recurso de casación unificadora, que " el

art. 174.3 LGSS se refiere a dos exigencias diferentes: la material, referida a la convivencia como pareja de hecho estable durante un período mínimo de cinco años inmediatamente anteriores a la fecha de fallecimiento del causante; y la formal, ad solemnitatem , es decir, la verificación de que la pareja se ha constituido como tal ante el Derecho y dotada de análoga relación de afectividad a la conyugal, con dos años de antelación al hecho causante (STC 40/2014, de 11 de marzo , FJ 3). Y todo ello presidido por un presupuesto previo de carácter subjetivo: que los sujetos no se hallen impedidos para contraer matrimonio y que no tengan un vínculo matrimonial subsistente con otra persona "; que " Quiere ello decir que, a los efectos de la Ley, no son parejas estables que queden amparadas por su regulación las que no reúnan todos esos precisos requisitos, lo que supone una opción adoptada por el legislador a la hora de acotar el supuesto de hecho regulado que no resulta prima facie arbitraria o irracional "; concluyendo que " la exigencia de la constitución formal, ad solemnitatem, de la pareja de hecho con una antelación mínima a la fecha del fallecimiento del causante de la pensión exigida en el párrafo cuarto del art. 174.3 LGSS ... no carece de una finalidad constitucionalmente legítima, en tanto que atiende a constatar, a través de un medio idóneo, necesario y proporcionado, el compromiso de convivencia entre los miembros de una pareja de hecho, permitiendo al legislador identificar una concreta situación de necesidad merecedora de protección a través de la pensión de viudedad del sistema de Seguridad Social ".

Por último señala la susodicha sentencia que "1.- Por su parte, la jurisprudencia de esta Sala ha venido interpretado el referido precepto legal de manera concordante con la jurisprudencia constitucional, tanto con anterioridad (entre otras, SSTS/IV 20-julio-2010 -rcud 3715/2009 -, 3-mayo-2011 -rcud 2897/2010 y rcud 2170/2010 , 15-junio-2011 -rcud 3447/2010 , 29-junio-2011 -rcud 3702/2010 , 22-noviembre-2011 -rcud433/2011 , 26-diciembre-2011 -rcud 245/2011 , 28-febrero-2012 -rcud 1768/2011 , 24-mayo-2012 -rcud 1148/2011 , 30-mayo-2012 -rcud 2862/2011 , 11-junio-2012 -rcud 4259/2011 , 27-junio-2012 -rcud 3742/2011 , 18-julio-2012 -rcud 3971/2011 y 16-julio-2013 - rcud 2924/2012) como con posterioridad (en especial, dictadas en Pleno tres SSTS/IV 22-septiembre-2014 -rcud 1752/2012 , 1958/2012 y 1098/2012 y STS/IV 22-octubre-2014 -rcud 1025/2012).

2.- En ellas hemos señalado lo siguiente:

" 1º) Que el apartado 3 del art. 174 LGSS establece la exigencia de dos simultáneos requisitos para que el miembro superviviente de la « pareja de hecho » pueda obtener la pensión de viudedad : a) de un lado, la convivencia estable e ininterrumpida durante el periodo de cinco años; y b) de otro la publicidad de la situación de convivencia more uxorio, imponiendo -con carácter constitutivo y antelación mínima de dos años al fallecimiento- la inscripción en el registro de parejas de hecho (en alguno de los registros específicos existentes en las Comunidades Autónomas o Ayuntamientos del lugar de residencia) o la constancia de su constitución como tal pareja en documento público.

2º) Que la solución por la que ha optado el legislador no consiste en una exigencia probatoria duplicada sobre un mismo extremo, tal y como pudiera deducirse

de la confusa redacción del precepto, sino que los dos mandatos legales van referidos a otras tantas exigencias diferentes: a) la material, de convivencia como estable pareja de hecho durante el mínimo de cinco años; y b) la formal - ad solemnitatem - de su verificación de que la pareja se ha constituido como tal ante el Derecho y dotada de «análoga relación de afectividad a la conyugal», con dos años de antelación al hecho causante (en forma muy similar a la que se produce en el matrimonio).

De ahí que concluyéramos que "la pensión de viudedad que la norma establece no es en favor de todas las parejas «de hecho» con cinco años de convivencia acreditada, sino en exclusivo beneficio de las parejas de hecho «registradas» cuando menos dos años antes [o que han formalizado su relación ante Notario en iguales términos temporales] y que asimismo cumplan aquel requisito convivencial; lo que ha llevado a afirmar que la titularidad del derecho -pensión- únicamente corresponde a las "parejas de derecho" y no a las genuinas "parejas de hecho".

Por ello hemos sostenido que, aunque la acreditación de la convivencia puede realizarse por cualquier medio de prueba que tenga fuerza suficiente para procurar convicción al respecto, sin que necesariamente haya de serlo por el certificado de empadronamiento, en todo caso no cumple el requisito la aportación del Libro de Familia -porque éste se entrega también a los progenitores de hijos matrimoniales y adoptivos, caso en el que únicamente acredita la filiación- (STS/4ª de 3 mayo 2011 -rcud 2170/2010 y 23 enero 2012 -rcud 1929/2011), ni el testamento nombrando heredera a la persona con la que se convive (STS/4ª de 26 noviembre 2012 -rcud 4072/2011), ni siquiera a disposiciones testamentarias de los convivientes en las que, además de legar una cuota del 30% de su herencia al otro, manifiestan que ambos convivían maritalmente (STS/4ª de 9 octubre 2012 -rcud 3600/2011)".

La proyección de la anterior doctrina al presente caso en el que la demandante ha convivido con el causante, figurando empadronados en el mismo domicilio durante más de cinco años con anterioridad al fallecimiento de aquel, pero sin constar inscritos en el registro de parejas de hecho, ni constar su constitución formal como pareja de hecho mediante documento público lleva a concluir que la demandante no reúne todos los requisitos para lucrar la pensión de viudedad y ello aunque otorgase por escritura pública poder notarial a D. J.G.Q. sobre la vivienda propiedad de la actora sita en c/ X. nº X piso 2X. puerta X de X. para que ostentase su representación en relación con actos de administración y disposición sobre la misma y otorgase testamento legando en el mismo a D. J.G.Q. el usufructo vitalicio de la referida vivienda y fuera D. J.G.Q. el titular del contrato de agua de la susodicha vivienda, figurando a nombre de aquél el teléfono fijo y el contrato de electricidad hasta su fallecimiento, ya que dichas circunstancias no suplen la falta de inscripción en el registro público que acredita la existencia de la pareja de hecho de la actora y el causante y es que la simple manifestación unilateral de la actora ante notario, manifestando la realidad de esa convivencia marital en el otorgamiento del poder de representación a favor del actor o en el testamento de la demandante no puede hacerse equivalente a la constitución de la pareja de hecho que exige el art. 174. 3º LGSS. Así lo ha entendido la Sala Cuarta del Tribunal Supremo al razonar en Sentencias de 22 de diciembre de 2011 (R. 886/2011) y 9 de octubre de 2012 (R. 3600/2011), que "una cosa es la expresión de la

manifestación de voluntad constitutiva de la pareja de hecho, y otra muy distinta que, a ciertos efectos en el ámbito jurídico civil o mercantil, se quiera hacer valer una cierta vinculación, que para el caso tiene un alcance meramente circunstancial y de oportunidad, limitado al negocio de que se trate". En el mismo sentido la sentencia del TS de 26 de noviembre de 2012, Recurso: 4072/2011, dice que el testamento nombrando heredera a la persona con la que se convive no es equiparable al documento público en que conste la constitución de la pareja de hecho a que se refiere la Ley, pues una cosa es nombrar heredero y otra distinta constituir una pareja de hecho, acto que necesita la intervención de los dos integrantes de la pareja.

En definitiva, al no reunir la actora el requisito de constitución formal de pareja de hecho con el causante que resulta insalvable para estimar su pretensión, la misma ha de desestimarse, tal y como ha apreciado la razonada sentencia de instancia que se ha de confirmar, previa desestimación del recurso.

FALLO

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de D^a M.A.G.B., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social n.º Siete de los de Alicante y su provincia, de fecha 1 de diciembre de 2014, en virtud de demanda presentada a su instancia contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social y, en consecuencia, confirmamos la sentencia recurrida.

2095

Sentencia núm. 830, de 19 de abril de 2016

Materia: Recargo de prestaciones. Falta de medidas de seguridad en el trabajo. Accidente sufrido por el trabajador. Deber de diligencia del empresario.

Juzgado: Desestima la demanda confirmando la resolución por la que se declaró la responsabilidad de la empresa actora por faltas de medidas de seguridad e higiene en el trabajo. Se declara procedente que las prestaciones de la Seguridad Social derivadas del accidente de trabajo sean incrementadas en el 30% de la base reguladora.

Sala: Desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia. Existe nexo causal entre la infracción cometida por el empresario y el resultado producido. El empresario no solo debe cumplir con las medidas de seguridad sino que también está obligado a la adecuada vigilancia del cumplimiento de sus instrucciones que deben tender a la prevención de imprudencias profesionales.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Frente a la sentencia de instancia que desestimó la demanda de la empresa sobre recargo por falta de medidas de seguridad, interpone recurso de suplicación la parte actora empresa Construcciones X., S.L., siendo impugnado el recurso por el trabajador demandado y en el primer motivo del recurso con amparo procesal en el artículo 193 b) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, se indica que el objeto de este recurso es revisar los hechos declarados probados a la vista de las pruebas documentales y periciales practicadas al considerar que la sentencia recurrida incurre en la total ausencia de valoración de pruebas fundamentales, así como la valoración errónea de pruebas y a continuación efectúa el recurso una relación de pruebas que alega constan en autos y ni son mencionadas ni valoradas por la sentencia, y en el segundo motivo sin amparo procesal alguno efectúa su particular valoración de los hechos a los que se refiere en su escrito y establece las consecuencias jurídica de tales hechos.

El recurso de suplicación es un recurso extraordinario que conlleva determinadas exigencias formales, que aunque no se contemplen de forma rigurosa sí que precisan de un mínimo de cumplimiento para que la Sala pueda cumplir con su función. El presente recurso de suplicación se circunscribe a alegar que el Juzgador “a quo” ha cometido un claro error en la apreciación de las pruebas, pero en lugar de señalar que especifica modificación, adición, o supresión postula para los hechos declarados probados, o de proponer, en su caso una redacción alternativa, se limita a expresar su particular valoración de las pruebas practicadas, por lo que no puede prosperar este motivo del recurso, según reitera la doctrina del Tribunal Supremo, al no observarse los requisitos formales exigidos por la Ley Reguladora de la Jurisdicción

Social. Sin que pueda esta Sala -como pretende la parte recurrente- examinar las pruebas practicadas, lo que es posible en el recurso de apelación, pero no en el extraordinario de suplicación, que por su carácter impide al Tribunal partir de otros hechos diferentes a los declarados probados por el Juez "a quo", que es el único juez competente para valorar en su plenitud la prueba, no pudiendo hacer el Tribunal Superior una valoración nueva y conjunta de la prueba, (como pretende la parte recurrente en su cuarto motivo del recurso) sino que tan solo tiene atribuida la posibilidad de revisar la valoración hecha por el Juez de instancia, si de algún documento o pericia se evidencia la equivocación del Juzgador, lo que no se acredita en el supuesto de autos.

SEGUNDO.- En el tercer motivo del recurso, sin cita de precepto procesal que lo ampare y sin denunciar precepto sustantivo o jurisprudencia que haya sido conculcada por la sentencia impugnada como exigen los artículos 193 c) y 196 de la LRJS, interesa que se revoque la sentencia impugnada por cuanto las afirmaciones de la sentencia recurrida quedan desvirtuadas por las apreciaciones y valoraciones que efectúa la parte recurrente en el presente recurso de suplicación, pero no habiendo prosperado la revisión fáctica interesada defectuosamente por la parte recurrente, debe estarse a los hechos declarados probados tanto los establecidos en la premisa histórica como en la fundamentación jurídica de la sentencia que se recurre con valor fáctico y de ello resulta que no se garantizó que el equipo de trabajo que se puso a disposición de los trabajadores cumplía con las medidas de seguridad, fiabilidad y adecuación al trabajo que debía realizarse, que faltaba una metodología de trabajo, el equipo de trabajo no reunía las condiciones más elementales de seguridad, ni de precaución ni cautela exigibles en la operación de elevación de un andamio colgado a más de cinco metros de altura, no contaba el andamio con un sistema efectivo de anclaje que le diera estabilidad y solidez. Y debe recordarse a propósito de esta cuestión lo establecido en el artículo 14 de la ley 31/1995, de 8 de noviembre de Prevención de Riesgos Laborales donde se dispone que "en cumplimiento del deber de protección, el empresario deberá garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores a su servicio en todos los aspectos relacionados con el trabajo ..." y, en el apartado 4 del artículo 15, señala que "la efectividad de las medidas preventivas deberá prever (incluso) las distracciones o imprudencias no temerarias que pudiera cometer el trabajador". También en el art. 18 de la citada Ley recoge la obligación del empresario de proporcionar al trabajador la información necesaria en relación a los riesgos de su puesto de trabajo y medidas de prevención. Semejantes prescripciones en esta materia de seguridad aparecen recogidas en el artículo 16 del Convenio 155 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) de 22 de junio de 1981, que impone a los empleadores, en la medida que sea razonable y factible, la obligación de garantizar que "los lugares de trabajo, la maquinaria, el equipo y las operaciones que estén bajo su control sean seguros y no entrañen riesgo alguno para la salud y seguridad de los trabajadores". Y el mandato constitucional, contenido en el artículo 40.2 de la Constitución, obliga a los poderes públicos a velar por la seguridad e higiene en el trabajo; y que las Directivas europeas relativas a la aplicación de las medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores, entre las que se encuentra, como más significativa la 89/391 CEE, así como los compromisos internacionales del Estado Español, figuran en el preámbulo de la repetida Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos

Laborales como factores determinantes para la publicación de dicha ley cuyo objeto (art. 5) es "la promoción de la mejora de las condiciones de trabajo dirigido a elevar el nivel de protección de la seguridad y salud de los trabajadores en el trabajo".

A la luz de estos preceptos y la reiterada doctrina jurisprudencial (por todas STS de 2 de octubre de 2000), en el presente caso, atendidos los hechos declarados probados no puede estimarse que el empleado haya cometido una imprudencia temeraria, y aunque el trabajador haya contribuido al montaje del andamio atendiendo la orden que se le había dado, la empresa ha incumplido la normativa aplicable, provocando la situación de riesgo que produjo el daño acontecido, por lo que es de aplicación al presente supuesto lo establecido en el artículo 123 de la LGSS procediendo el recargo de prestaciones, estando la empresa obligada a garantizar a sus trabajadores una protección eficaz en materia de seguridad e higiene en el trabajo; siendo de resaltar que incluso la propia LPRL dispone que la efectividad de las medidas preventivas deberá prever las distracciones o imprudencias no temerarias que pudiera cometer el trabajador. Y la obligación empresarial no se agota con facilitar a los trabajadores los medios de protección normales y adecuados, sino que también está obligada a la adecuada vigilancia del cumplimiento de sus instrucciones que deben tender a la prevención de imprudencias profesionales.

De lo que se deduce la existencia de nexo causal entre la infracción por el empresario y el resultado producido, siendo la conducta omisiva del empresario la causa eficiente del daño producido al trabajador, procediendo, en atención a lo expuesto, a desestimar el motivo del recurso de la empresa.

FALLO

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de CONSTRUCCIONES X. SL, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social n.1 DE CASTELLON y su provincia, de fecha 16 de febrero de 2015, en virtud de demanda presentada a su instancia contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y D. P.T.M.; y, en consecuencia, confirmamos la sentencia recurrida.

Sentencia núm. 897, de 26 de abril de 2016

Materia: Declaración de invalidez. Trabajadora afiliada al RGSS que presta servicios como expendedora de gasolinera. La demandante tiene reconocida por sentencia IPT para la profesión de encajadora. La actora solicita reconocimiento de nueva incapacidad para su profesión de expendedora de gasolina. Agravamiento lesiones.

Juzgado: Desestima la demanda no procediendo la declaración de incapacidad permanente total para el ejercicio de la nueva actividad desarrollada por la actora.

Sala: Estima el recurso y revoca la sentencia de instancia. Se ha agravado la patología psíquica de la trabajadora, impidiéndole realizar satisfactoriamente las funciones de su puesto de trabajo. Declara a la actora en situación de incapacidad permanente total para el ejercicio de su profesión de expendedora de gasolina.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. Se recurre por el letrado designado por doña J.U.M., la sentencia de instancia que desestimó su demanda por la que pretendía que se le reconociera una incapacidad permanente total para su profesión habitual de encajadora. La sentencia que ahora se recurre en suplicación, confirmó la resolución administrativa dictada por el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) de fecha 14 de abril de 2014, que desestimó la reclamación previa interpuesta contra la resolución de 27 de febrero de 2014, que declaró que la Sra. U. no se encontraba afecta de incapacidad permanente.

2. El recurso se estructura en base a dos motivos redactados, respectivamente, al amparo de los apartados b) y c) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS).

SEGUNDO.- En el primer motivo se solicita la revisión de los hechos que la sentencia declara probados, en los términos que pasamos a examinar:

1º) Se interesa, en primer lugar, que se adicione al relato fáctico de la sentencia un hecho nuevo en el que se deje constancia que la demandante permaneció en incapacidad temporal desde el 11-1-2013 hasta el 30-1-2014 por espondiloartrosis lumbar y sintomatología ansioso-depresiva; y que también fue baja el 12-3-2014 por perturbación de las emociones y el 16-2-2015 por deformidades adquiridas en la cadera. Petición a la que se accede, pues así resulta de la documental citada.

2º) La segunda petición tiene por objeto que se añada al hecho probado quinto lo siguiente: Alto nivel de ansiedad basal, dificultades atencionales, crisis de ansiedad, reclusión social, llanto fácil. Esta petición también se acepta pues se basa en el informe de valoración médica que obra en el expediente administrativo y que es, precisamente, en el que se apoya el magistrado de instancia para establecer las dolencias y limitaciones funcionales de la demandante.

TERCERO.- 1. En el segundo motivo del recurso se denuncia la infracción por la sentencia recurrida de lo dispuesto en el artículo 137.4 de la Ley General de la Seguridad Social, texto refundido de 1.994 –en adelante, LGSS-. Se sostiene en síntesis por la recurrente, que las dolencias que padece y las secuelas que de ellas derivan le incapacitan para el ejercicio de su profesión habitual de expendedora de gasolinera.

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

3. A la vista de la declaración de hechos probados que contiene la sentencia de instancia, con las modificaciones introducidas a instancia de la recurrente, entendemos que el recurso debe ser acogido. En efecto, se argumenta en la resolución recurrida para desestimar la pretensión de la demandante, que las dolencias que padece son las mismas por las que se le reconoció en el año 2004 una incapacidad permanente total para su profesión de encajadora y que ello no le ha impedido el trabajo como expendedora de gasolinera, “sin que se haya alegado ni probado un agravamiento sustancial que el impida el desarrollo de este nuevo trabajo”. Sin embargo, como hemos visto ello no es así, pues si bien pudiera considerarse que las dolencias físicas no se han visto alteradas sustancialmente con el paso del tiempo, no ha ocurrido lo mismo con las de carácter psíquico. Así, resulta que en el año 2004 presentaba un “trastorno en el estado de ánimo reactivo” –se supone que a sus problemas físicos-; mientras que en el informe de valoración médica del año 2014 se señala que padece un alto nivel de ansiedad basal, dificultades atencionales, crisis de ansiedad, reclusión social y llanto fácil. Como se ve, este cuadro nada tiene que ver con el consta que padecía en el año 2004; y no solo eso, sino que entendemos que es de intensidad suficiente como para impedirle continuar ejerciendo su profesión habitual. En este sentido, no está de más recordar que desde antiguo se ha venido manteniendo, que la aptitud para el desempeño de la actividad laboral habitual de un trabajador implica la posibilidad de llevar a cabo todas o las fundamentales tareas de la misma con profesionalidad y con unas exigencias mínimas de continuidad, dedicación, rendimiento y eficacia; sin que el desempeño de las mismas genere "riesgos adicionales o superpuestos" a los normales de un oficio, o comporte el sometimiento a

"una continuación de sufrimiento" en el trabajo cotidiano. Desde esta perspectiva consideramos, como ya hemos adelantado, que dada la patología psíquica de la demandante caracterizada por un alto nivel de ansiedad con reclusión social y labilidad emocional, está incapacitada para realizar todas o las fundamentales tareas de su profesión, lo que nos conduce a la estimación del recurso en los términos que figuran en la parte dispositiva de esta resolución, para lo que se ha tenido en cuenta que la Sra. Urbano tiene más de 55 años de edad.

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

FALLAMOS

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de DOÑA J.U.M. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº. 7 de Valencia de fecha 19 de mayo de 2015, en virtud de demanda presentada a su instancia contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL; y, en consecuencia, revocamos la sentencia recurrida y con estimación de la demanda declaramos que doña J.U.M. se encuentra en situación de incapacidad permanente total para su profesión habitual de expendedora de gasolinera derivada de enfermedad común; y condenamos al Instituto Nacional de la Seguridad Social a estar y pasar por esta declaración y a abonarle una pensión vitalicia en cuantía del 75% de la base reguladora de 775,34 euros con efectos económicos desde el 24 de febrero de 2014.

Sin costas.

2097

Sentencia núm. 935, de 27 de abril de 2016

Materia: Reclamación de cantidad. Personal docente que presta servicios en colegio concertado. Descuento en las nóminas de diciembre de 2012 de las pagas extraordinarias en virtud de la DA 2ª del Decreto del Consell 6/2012 de 28 de septiembre, en vigor desde el 1 de octubre de 2012, que desarrolla lo dispuesto en el art. 2 RD 20/2012 de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y el fomento a la competitividad. Procedencia de la medida. Devolución de la paga retenida.

Juzgado: Estima parcialmente la demanda reconociendo el derecho de las actoras a percibir determinada cantidad sin perjuicio de las retenciones y descuentos en materia impositiva y de seguridad social que corresponda, más los intereses de demora.

Sala: Estima parcialmente el recurso del organismo demandado, limitando el importe de las cantidades a devolver a cada uno de los demandantes al 44/180 parte de la paga extra correspondiente al segundo semestre del año 2012.

Ponente: Ilma. Sra. Dª María Mercedes Boronat Tormo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-La sentencia de la instancia, que estima parcialmente la demanda planteada por los actores, profesores del Colegio de educación concertada X. sito en la localidad de D. (Alicante), condena a la Conselleria de Educación de la Generalitat Valenciana, al abono a cada uno de los actores de la parte de paga extra correspondiente al segundo semestre del año 2012, devengada desde el 1 de Julio del 2012 hasta el 1 de octubre del mismo año, por entender que solo pudo efectuarse dicha supresión a partir del momento en que entró en vigor el Decreto del Consell 6/2012 de 28 de septiembre, que desarrolló el art 2 del RD 20/2012 de 13 de Julio de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y el fomento de la competitividad.

Contra el anterior pronunciamiento recurre en suplicación el Abogado de la Generalitat Valenciana en la representación legal que ostenta de la misma, y plantea un motivo único, con amparo en el apartado c) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS). En dicho motivo estima vulnerados los arts 2.1 del RD Ley 20/2012, la DA 2ª.1 del DL 6/12, de 28 de septiembre del Consell, el art 60 del Convenio Colectivo aplicable y la jurisprudencia interpretativa de dichas normas. Entiende la parte recurrente que ya ésta Sala se pronunció en sentencia de 10 de octubre del 2013, recaída en conflicto colectivo, al igual que otras salas de TSJs entendiendo que la paga extra suprimida solo podía serlo a partir de su devengo, concretado en el día 14 de Julio del 2012, fecha en que entró en vigor el RD 20/12, y no a partir del Decreto del Consell, dado que éste se dictó como una disposición de desarrollo.

SEGUNDO.- Y efectivamente debemos dar la razón a la defensa de la Generalitat Valenciana, revocando la sentencia de instancia en el aspecto concreto de entender que la parte de paga extra del segundo semestre del año 2012 debe ser objeto de devolución en la cantidad devengada hasta el 14 de Julio, fecha de entrada en vigor del RD-L 20/2012, y no hasta el 1 de Octubre del mismo año, en que entró en vigor el Decreto ley 6/2012 del Consell, dictado, según se señala en su título *“de desarrollo y aplicación de las disposiciones incluidas en el título I y disposiciones concordantes del Real Decreto Ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad”*.

Los motivos que avalan dicha interpretación tienen su fundamento en los siguientes argumentos:

1.- En lo ya resuelto por ésta misma Sala en sentencia nº 2106/13 de 10/10/2013, recaída en el procedimiento de conflicto colectivo 27/13, en la que se reconoció el derecho de los trabajadores afectados por el presente conflicto a percibir la parte proporcional de dicha paga extraordinaria por el periodo comprendido entre el 1 al 14 de julio, así como en procesos posteriores en relación con distinto personal donde ya se señaló que la norma del Consell se limitó a dictar disposiciones de desarrollo del RDL 20/2012 en directa ejecución de aquella (sent TSJCV en proceso 5072013 de fecha 17.12.13). Dicha interpretación debe mantenerse por razones de estricta aplicación igualitaria a los supuestos de hecho esencialmente iguales.

2.- En el texto del propio Decreto ley del Consell que en su Preámbulo señala que *“se dicta en desarrollo y aplicación de los preceptos incluidos en el título I y disposiciones concordantes”*, ello en relación con el RDL 20/12 reiteradamente citado. En dicha norma, se pone de manifiesto, tras señalar el objetivo de austeridad y contención del gasto, que son la causa de la norma estatal, que *“En este marco, el Consell considera necesario y oportuno, dictar, en razón de su ámbito competencial estatutariamente reconocido, una norma con rango de ley que desarrolle y adapte las medidas incluidas en el mencionado real decreto ley para el conjunto de la Generalitat y sus Instituciones, respetando, en todo caso, en su desarrollo tanto la vocación de universalidad de las medidas como el carácter temporal de alguna de ellas. Dichas circunstancias y la necesidad para la plena efectividad de las medidas vinculadas directamente a la consecución del ahorro en el gasto público, de ajustarse a los plazos establecidos por el real decreto ley, constituyen el hecho habilitante de extraordinaria y urgente necesidad que el Estatut exige en su artículo 44 para la adopción de un decreto ley.”*

Es decir, que admite, no solo la vocación de universalidad de la norma estatal, sino la aplicación de la misma con los mismos efectos y en los mismos plazos señalados en aquella.

La aplicación de esta norma al personal docente de los centros de enseñanza concertados se prevé en la Disposición Adicional Segunda del citado Decreto ley, con el mismo ámbito temporal que el resto del personal perteneciente al sistema público,

admitiendo que la fecha de efectos es la misma que el resto de personal estatal, con alguna excepción señalada por los tribunales, que no es el caso, disponiendo distinta fecha de efectos para supuestos concretos, por ejemplo, el caso de la prestación económica por Incapacidad temporal, para la que expresamente se establece la fecha de efectos del 1 de octubre, para los iniciados antes de dicha fecha. Por lo cual la norma ha distinguido en aquellos supuestos de hecho que expresamente ha considerado necesario distinguir. Lo que no ha efectuado respecto a la paga extra del segundo semestre del 2012.

3. Por último, debemos hacer mención de la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 1 de marzo del corriente año 2016, nº 1617/16, resolutoria del recurso de casación interpuesto en su día contra la sentencia de esta sala a la que se ha hecho mención en el punto 1 de este FºDº segundo. En ella se desestima el interpuesto por los demandantes en aquel proceso, con remisión a otras sentencias en las que ya se había resuelto la cuestión de cómo debía aplicarse la supresión de la paga extra de diciembre del 2012, con cita de la sentencia del Tribunal Constitucional nº 83/2015 de 30 de abril y posteriores, que resolvieron los recursos de inconstitucionalidad, o los dejaron sin efecto ante la aprobación de nuevas normas posteriores.

Por todo ello, y con independencia del dictado posterior de normas tanto estatales como autonómicas, tendentes a la recuperación de la parte en su momento retenida de dicha paga extra, que tendrán unas consecuencias en el terreno práctico que no son valorables en éste recurso, procede dictar sentencia estimatoria del recurso del Abogado del Estado, limitando la condena a la Generalitat Valenciana al abono del 44/180 parte, solicitada como pretensión subsidiaria de las demandas acumuladas.

TERCERO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 203 de la 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 GENERALITAT VALENCIANA, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº. UNO de los de BENIDORM (Alicante), de fecha 20 de febrero del 2015, en virtud de demanda presentada a instancia de J.S.F.V., M.M.C.P., P:G.A.M. Y OTROS VEINTICUATRO, y, en consecuencia, revocamos la sentencia recurrida y con estimación parcial de las demandas nº 1784, 1785 y 1786 acumuladas en las presentes actuaciones, limitamos el importe de las cantidades a devolver a cada uno de los demandantes al 44/180 parte de la paga extra correspondiente al segundo semestre del año 2012, estimando así la pretensión subsidiaria de dichas demandas.

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. 938, de 15 de marzo de 2016

Materia: Despido con vulneración de los derechos fundamentales. Trabajador que presta servicios en empresa ferroviaria como maquinista. Segregación ente ferroviario en tres empresas. El actor ha ostentado facultades de representación sindical de los trabajadores ante la empresa, actuando como abogado. El trabajador actúa como abogado por cuenta propia frente a la empresa. Expediente disciplinario. Despido: Tránsito de la buena fe contractual. Procedencia del despido.

Juzgado: Estima la excepción de falta de legitimación pasiva, absolviendo al ente público empresarial demandado y declarando procedente el despido del trabajador demandante.

Sala: Estima parcialmente el recurso interpuesto y declara nulo el despido del trabajador, por infracción de los derechos fundamentales de libertad sindical e indemnidad por su ejercicio. Condena a la readmisión del trabajador con abono de los salarios dejados de percibir más una indemnización económica por daños morales. Desestima las peticiones subsidiarias de vicios formales en la actuación de las codemandadas así como la declaración de despido improcedente.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. El recurso interpuesto, que ha sido impugnado de contrario, se estructura en quince motivos. Los seis primeros, se formulan al amparo del artículo 193.b) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LJS), a los fines respectivos siguientes: A) Se revise el hecho probado primero otorgándole esta redacción: “D.A.A:B, con DNI nº x. ha venido prestado servicios para la empresa RENFE Viajeros, S.A. (segregada de la Entidad Pública Empresarial RENFE Operadora en fecha 1-1-2014), desde el 28/04/1980, siendo su categoría profesional la de maquinista jefe de tren, con salario mensual de 4.530,99 euros brutos mensuales, incluida la parte proporcional de pagas extraordinarias (148,95 euros brutos diarios).

B) Se modifique el hecho probado segundo in fine otorgándole esta redacción: “Según el acuerdo tomado por el Comité de Dirección de RENFE Operadora, en reunión celebrada el 06/06/2012, ratificada por su Consejo de Administración en reunión celebrada el 26/6/2012, se clasifica organizativamente al personal de estructura de dirección en directores, gerentes de área y gerentes. Conforme al nuevo modelo de organización, la dirección de gerencia del área de negocio de viajeros, dirigida por D. A.M.G.A., pasó a integrarse por la gerencia de organización y recursos humanos, gestionada por D. F.J.P.I., la gerencia de área de control de gestión y

compras, gerencia de área de coordinación, gerencia de área de planificación y estrategia, junto con otros departamentos como comercial y marketing y de producción.

C) Se revise el hecho declarado probado tercero indicando: “En reunión celebrada en Barcelona el 15 de enero de 2003 se constituyó la coalición electoral denominada Coalición Ferroviaria, integrada además de por el Movimiento por la igualdad de los derechos de los ferroviarios, por la sección sindical de RENFE del Sindicato único de trabajadores Solidaridad Obrera, y por el Sindicato unitario ferroviario, con el objeto de presentar candidaturas a las próximas elecciones en RENFE, a celebrar el 26-2-2003, en nombre y representación de la citada coalición. Desde la constitución de Coalición Ferroviaria se nombra como Coordinador General de la misma a R.V.R. y Coordinadores Provinciales a R.I.L., ambos pertenecientes al Sindicato Unitario Ferroviario; F.V.P., perteneciente al Movimiento por la Igualdad y los Derechos de los Ferroviarios; y A.A.B., perteneciente a Solidaridad Obrera. En fecha 23-5-2003 se aprobaron los estatutos por los que habría de regirse la Coalición Ferroviaria, acordándose proceder al depósito de los mismos en la oficina pública correspondiente y facultando a D. A.A.B. para que representara a la coalición. Los citados estatutos fueron depositados ante el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales en fecha 23-6-2003. Establecen dichos estatutos en su acuerdo Sexto que es objeto principal de la Coalición Ferroviaria la unidad de los trabajadores de la empresa RENFE para canalizar sus reivindicaciones, y poder llevar a cabo una acción sindical unitaria”.

D) Se revise el hecho probado cuarto indicando: “D. A.A.B. ha sido miembro del Comité de Centro de Trabajo de Alicante en la empresa RENFE-operadora en los siguientes períodos: desde el 1-3-1999 hasta el 1-3-2003, en representación del sindicato Solidaridad Obrera; desde el 1-3-2003 hasta el 1-3-2007 en representación del sindicato Coalición Ferroviaria; desde el 1-3-2007 hasta el 1-3-2011 en representación del sindicato Solidaridad Obrera. En elecciones sindicales celebradas el pasado 1-3-2011 Solidaridad Obrera no obtuvo representación en la empresa. En el último año no ha ostentado representación sindical en la empresa”.

E) Se revise el hecho declarado probado quinto indicando: “D. A.A.B., durante el período en el que ostentaba facultades de representación sindical de trabajadores en el Centro de Trabajo de Alicante de la empresa, ha venido defendiendo en calidad de abogado los intereses de los trabajadores en los procesos judiciales seguidos contra la RENFE; de los cuales tres se tramitaron en Madrid por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, tres en Barcelona y uno en Murcia. En poder general para pleitos otorgado en fecha 21-10-1999 el Sindicato Único de Trabajadores Solidaridad Obrera otorgó poder de representación para actuar en Juicio a favor del Letrado D. A.A.B. el cual ostentaba el cargo de secretario general de su sección sindical en Alicante; al que también otorgaron poderes de igual naturaleza la federación sindical Coalición Ferroviaria en fecha 30-01-2003 y el Sindicato Unitario Ferroviario en fecha 15-09-2003. En fecha 7-7-2011 el Sindicato Unitario Ferroviario interpuso demanda contra RENFE-Operadora, actuando como representante con poder del citado sindicato D R.I.L., ante los Juzgados de lo Social de Barcelona. En dicha demanda

el SUF postulaba, en representación de ocho de sus afiliados ex art. 20.1 LPL, que RENFE-Operadora compensara con días de descanso a cada uno (desde 21 hasta 42 días) los minutos de mayor dedicación, extras y mermas de descanso generados durante el segundo semestre de 2.010. En la vista del Juicio celebrada el pasado día 25-6-2012 actuó como abogado del sindicato citado D. A.A.B. quien, asimismo, presentó escrito de impugnación del recurso de suplicación contra la sentencia dictada. En dicha vista declararon dos testigos relacionados con la dirección de la compañía. El 10-05-13 el TSJ de Catalunya confirmó la sentencia de instancia. En fecha 16-7-2013 D. R.I.L., actuando en nombre y representación del Sindicato Unitario Ferroviario, presentó demanda, ante los Juzgados de lo Social de Barcelona, frente a RENFE-operadora, firmando asimismo, la citada demanda, en calidad de abogado D. A.A.B.. Previamente, el 8-7-13, los trabajadores demandantes habían solicitado por escrito que RENFE-Operadora diera cumplimiento a la sentencia de instancia, acompañando propuesta individualizada, que no obtuvo respuesta. El Juzgado, mediante Auto de 18-7-13 despachó orden general de ejecución contra RENFE-Operadora, a la que se requirió por plazo de diez días para que cumpliera la sentencia en sus propios términos, proponiendo las jornadas en que han de tener lugar las compensaciones objeto de condena. El 10-9-13 RENFE-Operadora presenta escrito al Juzgado con propuesta de compensación de descansos, que trasladada a los actores, muestran su disconformidad, al pretender aquella que cierto número de días de compensación lo fueran en días de descanso. Ello suscitó que el Juzgado citara a las partes ex art.238 LRJS a una vista para el día 30-10-13, tras la cual se dictó Auto, con fecha 31-10-13, por el que se requirió a la ejecutada RENFE-Operadora para que en el plazo de diez días presentara una propuesta de turnos con las compensaciones declaradas en el fallo, debiendo incluirse todas estas compensaciones en días laborables, en el sentido de días de trabajo efectivo y no de descanso. Contra este Auto presentó RENFE-Operadora recurso de reposición, con fecha 12-11-13, que es impugnado mediante escrito de 2-12-13, suscrito por D.A.A.B. como abogado. El día 10-12-13 el Juzgado dicta Auto por el que, desestimando el recurso de reposición instado por RENFE-Operadora, confirma el auto de ejecución de 31-10-13. Notificado este Autos a RENFE-Operadora el 17-12-13, el día siguiente presenta escrito al Juzgado anunciando recurso de suplicación contra el mismo. En fecha 12-12-2013 D.A.A.B. actuó en calidad de abogado de los afiliados del sindicato unitario ferroviario en el Juicio Oral celebrado en Barcelona frente a RENFE operadora, sin percibir contraprestación.

F) Se revise el hecho declarado probado sexto otorgándole esta redacción: “En fecha 15-1-2014 D. P.I.M., Técnico de Operaciones y RR.HH. del Núcleo de Cercanías de Murcia y Alicante, adscrito a la Gerencia de Mercado Este y ésta a la Dirección Gerencia de Viajeros de RENFE, acordó la instrucción de un expediente disciplinario contradictorio al trabajador, a fin de determinar si los hechos imputados al mismo que a continuación se relacionan, son constitutivos de falta sancionable: Que informada esta Jefatura con fecha 18-12-2013 que Vd. el día 12-12-2013 ejerció de abogado por cuenta propia en defensa de trabajadores de RENFE Operadora y en contra de esta Empresa, EN LOS AUTOS 0971/2012 del Juzgado de lo Social nº 33 de Barcelona; lo que supone una transgresión de la buena fe contractual. Todo ello sin la debida autorización”. Notificada la instrucción del expediente disciplinario al trabajador en fecha 15-1-2014, al presidente del Comité de Empresa en fecha 16-1-

2014, al delegado sindical de Solidaridad Obrera, en fecha 21-1-2014, se acordó la apertura de un trámite de audiencia, presentando el trabajador escrito de alegaciones de fecha 21-1-2014. Asimismo, presentaron escritos el presidente del Comité de empresa de Alicante, en fecha 16-1-2014 y el delegado sindical de Solidaridad Obrera de Alicante, en fecha 31-1-2014. En fecha 30-1-2014 el Instructor D. A.M.L. emitió informe y calificación de hechos probados, calificando los hechos como falta muy grave. El trabajador interpuso recurso contra la sanción en fecha 11-2-2014, que fue desestimado en fecha 18-2-2014”.

2. Las revisiones propuestas deben seguir esta suerte: A) La primera no debe prosperar. Respecto de la numeración del DNI que señala, aparte de que la pretensión ejercitada no tiene relación alguna con el DNI que corresponda al actor, se quiere basar en la propia demanda, que no tiene eficacia revisoria como desde antiguo viene indicando el Tribunal Supremo (véase su sentencia de 26 de noviembre de 1991 –R.1350/1990). Respecto del montante del salario no resulta directa e inmediatamente de los solos documentos invocados tal y como se exige jurisprudencialmente –así sentencia del Tribunal Supremo de 15 de julio de 2003–, además, el salario regulador de la indemnización por despido tiene connotaciones jurídicas en general por lo que cuando se discute no cabe indicar su importe en un hecho probado, sino indicar concretamente los datos que determinarían ese importe, y es de ver que de la sola liquidación final de haberes en que el motivo se ampara no se deducen directa e inmediatamente los datos que daría lugar a considerar ese importe, y todo ello sin perjuicio de lo que pudiera resultar del examen de los motivos dedicados al examen del derecho. B) La segunda tampoco debe prosperar al basarse en el Acta de Reunión del Comité de Dirección de RENFE-Operadora de 16 de junio de 2012 (folios 311 a 313 Tomo II, en ramo de prueba de las demandadas) así como los folios 314 y 315 en el mismo ramo de prueba, puesto en relación con el folio 331 Tomo II en el mismo ramo de prueba. Por un lado, las actas carecen en general de eficacia revisoria (véase por ejemplo la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de julio 1995) y por otra –dicho sea a mayor abundamiento y obiter dicta- tampoco se deduce directa e inequívocamente el error de la Juzgadora de instancia de los solos elementos probatorios indicados, sin necesidad de interpretaciones tal y como se exige jurisprudencialmente, así por ejemplo en sentencia del Tribunal Supremo de 15 de julio de 2003, que ya citamos antes. C) La tercera sí debe admitirse al resultar directa e inequívocamente de la escritura pública que menciona (folios 94 a 102 del Tomo I –documental parte actora- y folios 28 a 45 Tomo II –documental de las demandadas-). D) La cuarta, quinta y sexta deben prosperar, fundamentalmente a efectos aclaratorios pues así se deduce directamente de la documental en que se apoya.

SEGUNDO.- 1.Razones de método conducen a examinar preferentemente el motivo décimo de recurso, donde al amparo del artículo 193.c) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LJS), denuncia infracción del artículo 85.1 de la misma ley, al entender que no ha habido modificación sustancial de la demanda por fijar de manera exacta el salario regulador del despido, al devenir el mismo de los datos puestos de manifiesto por la codemandada RENFE VIAJEROS, S.A. en 18 de marzo de 2014 mediante la liquidación final de haberes practicada.

2. Como ya indicamos en el apartado 2.A) del fundamento jurídico precedente, de la sola liquidación final de haberes en que se amparaba la modificación del salario regulador del despido no se deducían directa e inmediatamente los datos que podrían dar lugar a considerar el importe pretendido, por lo que aunque estimamos que la cuantificación del salario, en los términos indicados, no constituye una modificación sustancial de la demanda, ello no puede llevar sin más a apreciar el salario pretendido, por lo que este motivo se desestima, teniendo en cuenta a mayor abundamiento, que la norma denunciada como infringida no tiene carácter sustantivo.

TERCERO.- 1. Los motivos séptimo, octavo y decimotercero de recurso se formulan también al amparo del artículo 193.c) de la LJS y van a ser examinados conjuntamente. En ellos se denuncia A) Infracción del artículo 181.2 de la LJS así como del art.97.2 de la misma ley, en relación con el artículo 178.1 y 179.3 de igual norma, B) Vulneración de los artículos 7, 28.1 y 24.1 de la Constitución, y de los artículos 1.2.b) del Convenio Número 98 de la OIT sobre el derecho de sindicación y negociación colectiva, artículo 4 del Convenio Nº 151 de la OIT sobre las relaciones de trabajo en la Administración Pública, artículo 5.c) del Convenio Nº 158 OIT sobre la terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador y el artículo 4.2.g) del Estatuto de los Trabajadores, C) Infracción de las “reglas de la carga de la prueba, que establece el art.96 LRJS; así como el art.217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, puesto en relación con lo dispuesto en la Disposición Final 4ª LRJS”, en tanto en cuanto se refiera a la justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad, frente a los indicios de vulneración de los derechos fundamentales invocados.

2. Argumenta en síntesis, a) que existiendo indicios de vulneración de los derechos fundamentales invocados, pues como ya se exponía en la demanda inicial el actor estaba afiliado al Sindicato Único de Trabajadores Solidaridad Obrera (SO), del cual ostentaba el cargo de secretario general de su sección sindical de RENFE en Alicante, y que junto con el Sindicato Unitario Ferroviario (SUF) y el Movimiento por la Igualdad y los derechos de los Ferroviarios (MIDF), constituían la confederación sindical Coalición Ferroviaria (CF), desde 15 de enero de 2003, y de la cual también ostentaba el actor, ahora recurrente, el cargo de coordinador provincial, poseyendo poderes notariales de CF, SUF y SO, para representarlos en juicio y fuera de él, como así venía haciendo contra las recurridas, que conocían perfectamente que el actor venía ejerciendo la actividad sindical por aquellos sindicatos, incluso después de haber dejado de ostentar la condición de miembro del Comité de Empresa, al no haber obtenido el número de votos suficiente en las elecciones celebradas en marzo de 2011, actividad sindical que es la que precisamente estaba ejercitando el día 12 de diciembre de 2013 en Barcelona representando en juicio al SUF como abogado y sin percibir contraprestación alguna, y a su través a ocho de sus afiliados, ex art.20 LJS, con categoría profesional de Maquinista Jefe de Tren, con la pretensión de que se les compensara el tiempo de exceso de jornada efectuado desde 1-1-2001 a 12-6-2013, proceso que constituía continuación de otro anterior, entre iguales partes e igual pretensión, pero referido al segundo semestre de 2010, que había dado lugar a sentencia estimatoria del Juzgado de lo Social nº 10 de los de Barcelona, en autos 651/2011, sentencia nº 294/12, dictada el 26 de junio de 2012, condenando a RENFE

Operadora a compensar con tiempo de descanso a cada uno de los actores desde los 21 hasta los 42 días, sentencia confirmada por la sentencia del TSJ de Catalunya 3297/2013, de 10 de mayo (R.6052/12), y solicitada ejecución de la sentencia se dictó auto acordando que se compensara todos los días con días de trabajo y no de descanso, desestimándose el recurso de reposición interpuesto por otro auto de 10 de diciembre de 2013, notificado a las recurridas el 17-12-2013, habiendo anunciado recurso de suplicación contra el mismo, y acordando incoación de expediente disciplinario al actor el mismo día por haber actuado como abogado en el juicio oral del día 12-12-2013, por lo que entendía que el despido debía ser calificado de nulo por infracción de los derechos fundamentales de libertad sindical e indemnidad, mostrando su disconformidad con la motivación de la sentencia impugnada acogiendo la tesis de las recurridas, indicaba que mientras el actor fue delegado de personal no incurría en infracción alguna por su actuación como abogado, que el recurrente en los dos juicios celebrados en Barcelona (autos 651/11 y 971/12) actuó como abogado privado al no actuar poderes de representación del SUF, sin que constara la representación pretendida, y que la actuación del actor en los autos 651/11 “pudo pasar inadvertida para la parte demandada, pues el Letrado que defendía a la empresa era un Letrado externo”, b) que la vinculación orgánica del recurrente con las entidades sindicales no ofrecía duda (afiliación al Sindicato Solidaridad Obrera, siendo secretario general de su sección sindical en Alicante y apoderado del sindicato; y que de la alianza de ese sindicato con el SUF, del cual el recurrente también es apoderado, y el MIDE, surgió la confederación Coalición Ferroviaria, de la que el recurrente era coordinador provincial y apoderado) así como tampoco su ejercicio de actividad sindical en la empresa como abogado por cuenta de aquellas, todo ello con apoyo en la doctrina contenida en las sentencias del Tribunal Constitucional 23/1983, de 25 de marzo, 37/1983, de 11 de mayo, 197/1990, de 29 de noviembre, 141/1985, de 22 de octubre, 70/1982, de 29 de noviembre, 39/1986, de 31 de marzo, 51/1984, de 25 de abril, 51/1988, de 22 de marzo, 11/1981, de 8 de abril, 3/1981, de 2 de febrero y 70/1982, de 29 de noviembre, sobre la amplitud de la libertad sindical que comprende la actividad sindical tanto de los afiliados como de las organizaciones sindicales de las que formen parte, organizaciones que son asociaciones con relevancia constitucional, organismos básicos del sistema político, y piezas económicas y sociales indispensables para la defensa y promoción de los intereses de los trabajadores, estando el sindicato constitucionalizado mientras que no lo está el comité de empresa, de ahí que la circunstancia de que el actor, ahora recurrente, dejara de pertenecer al comité de empresa en nada empece a su vinculación sindical, por lo que su despido debe ser calificado de nulo al constituir pura represalia por su actividad sindical, ejercitada en nombre y representación de los sindicatos de los que formaba parte, incidiendo en que las demandadas toleraron la actividad del recurrente, y que no advirtieron dicha actividad en el procedimiento judicial precedente al que originó el despido.” Y en el concreto caso de su actuación como abogado en el procedimiento judicial origen de su despido, el recurrente ejercitaba actividad sindical por cuenta y en representación del Sindicato Unitario Ferroviario, y en nombre de éste, por cuenta y en representación de ocho de sus afiliados, en los que recaería el efecto de aquella actuación ex art.20.1 LRJS”, c)

3. La sentencia del Tribunal Constitucional 87/1998, de 21 de abril, después de subrayar la reiterada doctrina constitucional acerca del contenido de la libertad sindical en su vertiente individual que comprende también el derecho de los afiliados a desarrollar libremente su actividad sindical señala que “también las facultades organizativas empresariales se encuentran limitadas por los derechos fundamentales del trabajador. Los poderes empresariales se encuentran limitados en su ejercicio no sólo por las normas legales o convencionales que los regulen, sino también por los derechos fundamentales del trabajador, constituyendo un resultado prohibido el de una utilización de aquéllos lesiva de éstos. Tan elemental premisa no se excepciona en los supuestos en que el empresario no está sujeto por la norma a causas o procedimientos en su actuación, antes al contrario, opera si cabe con más intensidad en tales casos por cuanto en ellos el empleador puede, virtualmente, ocultar con más facilidad las verdaderas razones de sus decisiones”, y la sentencia del mismo Tribunal 11/1998, de 12 de febrero, recordando doctrina precedente afirmó que "el derecho a la libertad sindical que reconoce el art. 28 C.E. incluye como "contenido esencial" el derecho a que las organizaciones sindicales libremente creadas desempeñen el papel y las funciones que les reconoce el art. 7 C.E., de manera que participen en la defensa y protección de los intereses de los trabajadores", afirmándose en la STC 23/1983 que "por muy detallado y concreto que parezca el enunciado del art. 28.1 C.E. a propósito del contenido de la libertad sindical, no puede considerársele como exhaustivo o limitativo, sino meramente ejemplificativo, con la consecuencia de que la enumeración expresa de los derechos concretos que integran el genérico de libertad sindical no agota, en absoluto, el contenido global de dicha libertad".

4. Por su parte, la sentencia del Tribunal Constitucional 173/01, de 26 de julio, citando también otras sentencias anteriores, subrayó que "la libertad de afiliarse a un Sindicato y la libertad de no afiliarse, así como el desarrollo de la actividad inherente a la legítima actuación en el seno de la empresa para defender los intereses a cuyo fin se articulan las representaciones de los trabajadores, necesita de garantías frente a todo acto de injerencia, impeditivo u obstativo del ejercicio de esa libertad". En consecuencia, dentro del contenido del derecho de libertad sindical reconocido en el art. 28.1 CE se encuadra el derecho del trabajador a no sufrir, por razón de su afiliación o actividad sindical, menoscabo alguno en su situación profesional o económica en la empresa. Se trata de una "garantía de indemnidad" que veda cualquier diferencia de trato por razón de la afiliación sindical o actividad sindical de los trabajadores y sus representantes, en relación con el resto de los trabajadores. En definitiva, el derecho a la libertad sindical queda afectado y menoscabado si la actividad sindical tiene consecuencias negativas para quien la realiza o si éste queda perjudicado por el desempeño legítimo de la actividad sindical”, y la sentencia 16/2006, de 19 de enero, dictada por el Pleno del Tribunal Constitucional recordó “que la trasgresión de la tutela judicial efectiva no sólo se produce por irregularidades acaecidas dentro del proceso que ocasionen privación de garantías procesales, sino que tal derecho puede verse lesionado igualmente cuando de su ejercicio, o de la realización de actos preparatorios o previos necesarios para el mismo, se siguen consecuencias perjudiciales en el ámbito de las relaciones públicas o privadas para la persona que los protagoniza. En el campo de las relaciones laborales la garantía de indemnidad se traduce en la imposibilidad de adoptar medidas de represalia derivadas

del ejercicio por el trabajador de la tutela de sus derechos, de donde se sigue la consecuencia de que una actuación empresarial motivada por el hecho de haber ejercitado una acción judicial tendente al reconocimiento de unos derechos de los que el trabajador se creía asistido debe ser calificada como discriminatoria y radicalmente nula por contraria a ese mismo derecho fundamental. La prohibición del despido como respuesta al ejercicio por el trabajador de la tutela de sus derechos se desprende también del art. 5 c) del Convenio núm. 158 de la Organización Internacional del Trabajo (ratificado por España por Instrumento de 18 de febrero de 1985, publicado en el "Boletín Oficial del Estado" de 29 de junio de 1985), norma que ha de ser tenida en cuenta, por mandato del art. 10.2 de la Constitución, a efectos de la interpretación de derechos fundamentales. Tal precepto excluye expresamente de las causas válidas de la extinción del contrato de trabajo "haber planteado una queja o participado en un procedimiento entablado contra el empleador por supuestas violaciones de leyes o reglamentos o haber presentado un recurso ante las autoridades administrativas competentes". Esa restricción la hicimos extensiva en la STC 14/1993, de 18 de enero, FJ 2 ..., "a cualquier otra medida dirigida a impedir, coartar o represaliar el ejercicio de la tutela judicial, y ello por el respeto que merecen el reconocimiento y la protección de los derechos fundamentales, no pudiendo anudarse al ejercicio de uno de estos derechos, otra consecuencia que la reparación in natura cuando ello sea posible, es decir, siempre que quepa rehabilitar al trabajador perjudicado en la integridad de su derecho". En este sentido cabe citar también la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 22 de septiembre de 1998 (asunto C-185/97), la cual, si bien centrada en el principio de igualdad de trato y en la Directiva 76/207 CEE, declara que debe protegerse al trabajador frente a las medidas empresariales adoptadas como consecuencia del ejercicio por aquél de acciones judiciales. También es preciso tener presente la importancia que en estos supuestos tiene la regla de la distribución de la carga de la prueba. Según reiterada doctrina de este Tribunal, cuando se alegue que determinada decisión encubre en realidad una conducta lesiva de derechos fundamentales del afectado, incumbe al autor de la medida probar que obedece a motivos razonables y ajenos a todo propósito atentatorio a un derecho fundamental. Pero para que opere este desplazamiento al demandado del "onus probandi" no basta que el demandante tilde de discriminatoria la conducta empresarial, sino que ha de acreditar la existencia de indicios que generen una razonable sospecha, apariencia o presunción a favor de semejante alegato y, presente esta prueba indiciaria, el demandado asume la carga de probar que los hechos motivadores de su decisión son legítimos o, aún sin justificar su licitud, se presentan razonablemente ajenos a todo móvil atentatorio de derechos fundamentales. No se impone, por tanto, al demandado, la prueba diabólica de un hecho negativo -la no discriminación-, sino la razonabilidad y proporcionalidad de la medida adoptada y su carácter absolutamente ajeno a todo propósito atentatorio de derechos fundamentales, y en la sentencia del Tribunal Constitucional 183/2015, de 10 septiembre dictada también por el Pleno, se recordó que "Desde la STC 38/1981, de 23 de noviembre, hemos ido perfilando el marco de efectividad de la tutela constitucional, los márgenes y límites de nuestra función jurisdiccional y los criterios aplicables en el control que realizamos de las vulneraciones alegadas.

Así, en lo primero, cabe destacar que la distribución de cargas probatorias propia de la prueba indiciaria alcanza a supuestos en los que esté potencialmente comprometido cualquier derecho fundamental; también por tanto la garantía de indemnidad del art. 24.1 CE (entre otras, STC 125/2008, de 20 de octubre). En lo segundo, de su lado, este Tribunal Constitucional no realiza un examen de los actos empresariales eventualmente lesivos desde una perspectiva de legalidad que no le es propia, sino en atención a la cobertura que los derechos fundamentales invocados ofrecen. Y lo hace, por lo demás, sin alterar los hechos probados, conforme a la sujeción prescrita en el art. 44.1 b) LOTC, lo que no impide, según establecimos, entre otras, en las SSTC 224/1999, de 13 de diciembre; 136/2001, de 18 de junio, o 17/2003, de 30 de enero, alcanzar una interpretación propia del relato fáctico conforme a los derechos y valores constitucionales en presencia.

En cuanto al canon de control constitucional que corresponde, tenemos dicho que la prueba indiciaria se articula en un doble plano. El primero consiste en el deber de aportación de un indicio razonable de que el acto empresarial lesiona el derecho fundamental, principio de prueba o prueba verosímil dirigido a poner de manifiesto lo que se denuncia y que, como es obvio, incumbe al trabajador denunciante. El indicio no consiste en la mera alegación de la vulneración constitucional, ni tampoco en la invocación retórica del factor protegido, sino que debe permitir deducir la posibilidad de la lesión con base en un hecho o conjunto de hechos aportados y probados en el proceso. Sólo una vez cumplido este primer e inexcusable deber, recaerá sobre la parte demandada la carga de probar que su actuación tuvo causas reales absolutamente extrañas a la pretendida vulneración. En otro caso, la ausencia de prueba empresarial trasciende el ámbito puramente procesal y determina, en última instancia, que los indicios aportados por el demandante desplieguen toda su operatividad para declarar la lesión del derecho fundamental concernido (por todas, STC 104/2014, de 23 de junio, FJ 7).

En lo que atañe a la carga probatoria del empresario, una vez aportado por el trabajador demandante un panorama indiciario, este Tribunal ha sentado una serie de criterios coincidentes en casos de muy diversa naturaleza, disciplinaria o de otro carácter (por todas, SSTC 140/2014, de 11 de septiembre; 30/2002, de 11 de febrero, o 98/2003, de 2 de junio). Es menester sintetizarlos en los siguientes términos: i) no neutraliza el panorama indiciario la genérica invocación de facultades legales o convencionales; ii) no es suficiente tampoco una genérica explicación de la empresa, que debe acreditar ad casum que su acto aparece desconectado del derecho fundamental alegado; iii) lo verdaderamente relevante es que el demandado lleve a la convicción del juzgador que las causas que aduce para sustentar la decisión adoptada quedan desligadas y son por completo ajenas al factor protegido; iv) una vez acreditada la desconexión entre la medida empresarial y el derecho que se dice vulnerado será ya irrelevante la calificación jurídica que la causa laboral alegada merezca en un prisma de legalidad ordinaria”.

5. Del relato histórico de la sentencia impugnada con los datos incorporados por la presente destacamos: A) “En reunión celebrada en Barcelona el 15

de enero de 2003 se constituyó la coalición electoral denominada Coalición Ferroviaria, integrada además de por el Movimiento por la igualdad de los derechos de los ferroviarios, por la sección sindical de RENFE del Sindicato único de trabajadores Solidaridad Obrera, y por el Sindicato unitario ferroviario, con el objeto de presentar candidaturas a las próximas elecciones en RENFE, a celebrar el 26-2-2003, en nombre y representación de la citada coalición. Desde la constitución de Coalición Ferroviaria se nombra como Coordinador General de la misma a R.V.R., y Coordinadores Provinciales a R.I.L., ambos pertenecientes al Sindicato Unitario Ferroviario; F.V.P., perteneciente al Movimiento por la Igualdad y los Derechos de los Ferroviarios; y A.A.B., perteneciente a Solidaridad Obrera. En fecha 23-5-2003 se aprobaron los estatutos por los que habría de regirse la Coalición Ferroviaria, acordándose proceder al depósito de los mismos en la oficina pública correspondiente y facultando a D.A.A.B. para que representara a la coalición. Los citados estatutos fueron depositados ante el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales en fecha 23-6-2003. Establecen dichos estatutos en su acuerdo Sexto que es objeto principal de la Coalición Ferroviaria la unidad de los trabajadores de la empresa RENFE para canalizar sus reivindicaciones, y poder llevar a cabo una acción sindical unitaria". B) "D.A.A.B. ha sido miembro del Comité de Centro de Trabajo de Alicante en la empresa RENFE-operadora en los siguientes períodos: desde el 1-3-1999 hasta el 1-3-2003, en representación del sindicato Solidaridad Obrera; desde el 1-3-2003 hasta el 1-3-2007 en representación del sindicato Coalición Ferroviaria; desde el 1-3-2007 hasta el 1-3-2011 en representación del sindicato Solidaridad Obrera. En elecciones sindicales celebradas el pasado 1-3-2011 Solidaridad Obrera no obtuvo representación en la empresa. En el último año no ha ostentado representación sindical en la empresa". C) "D. A.A.B. durante el período en el que ostentaba facultades de representación sindical de trabajadores en el Centro de Trabajo de Alicante de la empresa, ha venido defendiendo en calidad de abogado los intereses de los trabajadores en los procesos judiciales seguidos contra la RENFE; de los cuales tres se tramitaron en Madrid por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, tres en Barcelona y uno en Murcia. En poder general para pleitos otorgado en fecha 21-10-1999 el Sindicato Único de Trabajadores Solidaridad Obrera otorgó poder de representación para actuar en Juicio a favor del Letrado D. A.A.B., el cual ostentaba el cargo de secretario general de su sección sindical en Alicante; al que también otorgaron poderes de igual naturaleza la federación sindical Coalición Ferroviaria en fecha 30-01-2003 y el Sindicato Unitario Ferroviario en fecha 15-09-2003. En fecha 7-7-2011 el Sindicato Unitario Ferroviario interpuso demanda contra RENFE-Operadora, actuando como representante con poder del citado sindicato D.R.I.L., ante los Juzgados de lo Social de Barcelona. En dicha demanda el SUF postulaba, en representación de ocho de sus afiliados ex art. 20.1 LPL, que RENFE-Operadora compensara con días de descanso a cada uno (desde 21 hasta 42 días) los minutos de mayor dedicación, extras y mermas de descanso generados durante el segundo semestre de 2.010. En la vista del Juicio celebrada el pasado día 25-6-2012 actuó como abogado del sindicato citado D.A.A.B., quien, asimismo, presentó escrito de impugnación del recurso de suplicación contra la sentencia dictada. En dicha vista declararon dos testigos relacionados con la dirección de la compañía. El 10-05-13 el TSJ de Catalunya confirmó la sentencia de instancia. En fecha 16-7-2013 D. R.I.L., actuando en nombre y representación del Sindicato Unitario Ferroviario, presentó demanda, ante los Juzgados de lo Social de Barcelona, frente a RENFE-operadora, firmando asimismo, la citada demanda, en

calidad de abogado D. A.A.B. Previamente, el 8-7-13, los trabajadores demandantes habían solicitado por escrito que RENFE-Operadora diera cumplimiento a la sentencia de instancia, acompañando propuesta individualizada, que no obtuvo respuesta. El Juzgado, mediante Auto de 18-7-13 despachó orden general de ejecución contra RENFE-Operadora, a la que se requirió por plazo de diez días para que cumpliera la sentencia en sus propios términos, proponiendo las jornadas en que han de tener lugar las compensaciones objeto de condena. El 10-9-13 RENFE-Operadora presenta escrito al Juzgado con propuesta de compensación de descansos, que trasladada a los actores, muestran su disconformidad, al pretender aquella que cierto número de días de compensación lo fueran en días de descanso. Ello suscitó que el Juzgado citara a las partes ex art.238 LRJS a una vista para el día 30-10-13, tras la cual se dictó Auto, con fecha 31-10-13, por el que se requirió a la ejecutada RENFE-Operadora para que en el plazo de diez días presentara una propuesta de turnos con las compensaciones declaradas en el fallo, debiendo incluirse todas estas compensaciones en días laborables, en el sentido de días de trabajo efectivo y no de descanso. Contra este Auto presentó RENFE-Operadora recurso de reposición, con fecha 12-11-13, que es impugnado mediante escrito de de 2-12-13, suscrito por D Arturo A.A.B. como abogado. El día 10-12-13 el Juzgado dicta Auto por el que, desestimando el recurso de reposición instado por RENFE-Operadora, confirma el auto de ejecución de 31-10-13. Notificado este Autos a RENFE-Operadora el 17-12-13, el día siguiente presenta escrito al Juzgado anunciando recurso de suplicación contra el mismo. En fecha 12-12-2013 D.A.A.B. actuó en calidad de abogado de los afiliados del sindicato unitario ferroviario en el Juicio Oral celebrado en Barcelona frente a RENFE operadora, sin percibir contraprestación. D) “En fecha 15-1-2014 D. P.I.M., Técnico de Operaciones y RR.HH. del Núcleo de Cercanías de Murcia y Alicante, adscrito a la Gerencia de Mercado Este y ésta a la Dirección Gerencia de Viajeros de RENFE, acordó la instrucción de un expediente disciplinario contradictorio al trabajador, a fin de determinar si los hechos imputados al mismo que a continuación se relacionan, son constitutivos de falta sancionable: Que informada esta Jefatura con fecha 18-12-2013 que Vd. el día 12-12-2013 ejerció de abogado por cuenta propia en defensa de trabajadores de RENFE Operadora y en contra de esta Empresa, EN LOS AUTOS 0971/2012 del Juzgado de lo Social nº 33 de Barcelona; lo que supone una transgresión de la buena fe contractual. Todo ello sin la debida autorización”. Notificada la instrucción del expediente disciplinario al trabajador en fecha 15-1-2014, al presidente del Comité de Empresa en fecha 16-1-2014, al delegado sindical de Solidaridad Obrera, en fecha 21-1-2014, se acordó la apertura de un trámite de audiencia, presentando el trabajador escrito de alegaciones de fecha 21-1-2014. Asimismo, presentaron escritos el presidente del Comité de empresa de Alicante, en fecha 16-1-2014 y el delegado sindical de Solidaridad Obrera de Alicante, en fecha 31-1-2014. En fecha 30-1-2014 el Instructor D. A.M.L., emitió informe y calificación de hechos probados, calificando los hechos como falta muy grave. El trabajador interpuso recurso contra la sanción en fecha 11-2-2014, que fue desestimado en fecha 18-2-2014”.

6. Aplicando a los hechos destacados en el anterior apartado la doctrina resumida en los apartados 3 y 4 de este fundamento jurídico se impone la estimación de estos motivos, por cuanto: a) el despido del actor se justifica por la empresa precisamente en haber actuado como abogado en el proceso de que se hace mención

en la carta de despido, b) el actor, ahora recurrente, perteneció a Coalición Ferroviaria –constituida en 15-1-2003- integrada además de por el Movimiento por la igualdad de los derechos de los ferroviarios, por la sección sindical de RENFE del Sindicato único de trabajadores Solidaridad Obrera, y por el Sindicato unitario ferroviario, siendo el actor uno de los coordinadores provinciales de esa Coalición y estando facultado para representarla, c) el actor ha sido miembro del Comité de Centro de Trabajo de Alicante en la empresa RENFE-operadora en los siguientes períodos: desde el 1-3-1999 hasta el 1-3-2003, en representación del sindicato Solidaridad Obrera; desde el 1-3-2003 hasta el 1-3-2007 en representación del sindicato Coalición Ferroviaria; desde el 1-3-2007 hasta el 1-3-2011 en representación del sindicato Solidaridad Obrera, que en las elecciones celebradas el 1-3-2011 no obtuvo representación en la empresa, c) el actor, ahora recurrente durante el período en el que ostentaba facultades de representación sindical de trabajadores en el Centro de Trabajo de Alicante de la empresa, ha venido defendiendo en calidad de abogado los intereses de los trabajadores en los procesos judiciales seguidos contra la RENFE; de los cuales tres se tramitaron en Madrid por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, tres en Barcelona y uno en Murcia. En poder general para pleitos otorgado en fecha 21-10-1999 el Sindicato Único de Trabajadores Solidaridad Obrera otorgó poder de representación para actuar en Juicio a favor del Letrado D. A.A.B., el cual ostentaba el cargo de secretario general de su sección sindical en Alicante; al que también otorgaron poderes de igual naturaleza la federación sindical Coalición Ferroviaria en fecha 30-01-2003 y el Sindicato Unitario Ferroviario en fecha 15-09-2003, d) en 7-7-2011 el Sindicato Unitario Ferroviario interpuso demanda contra RENFE-Operadora, actuando como representante con poder del citado sindicato D.R.I.L., ante los Juzgados de lo Social de Barcelona. En dicha demanda el SUF postulaba, en representación de ocho de sus afiliados ex art. 20.1 LPL, que RENFE-Operadora compensara con días de descanso a cada uno (desde 21 hasta 42 días) los minutos de mayor dedicación, extras y mermas de descanso generados durante el segundo semestre de 2.010. En la vista del Juicio celebrada el pasado día 25-6-2012 actuó como abogado del sindicato citado D.A.A.B., quien, asimismo, presentó escrito de impugnación del recurso de suplicación contra la sentencia dictada, en dicha vista declararon dos testigos relacionados con la dirección de la compañía, y el 10-05-13 el TSJ de Catalunya confirmó la sentencia de instancia, d) En fecha 16-7-2013 D. R.I.L., actuando en nombre y representación del Sindicato Unitario Ferroviario, presentó demanda, ante los Juzgados de lo Social de Barcelona, frente a RENFE-operadora, firmando asimismo, la citada demanda, en calidad de abogado D.A.A.B.. Previamente, el 8-7-13, los trabajadores demandantes habían solicitado por escrito que RENFE-Operadora diera cumplimiento a la sentencia de instancia, acompañando propuesta individualizada, que no obtuvo respuesta. El Juzgado, mediante Auto de 18-7-13 despachó orden general de ejecución contra RENFE-Operadora, a la que se requirió por plazo de diez días para que cumpliera la sentencia en sus propios términos, proponiendo las jornadas en que habían de tener lugar las compensaciones objeto de condena, e) el 10-9-13 RENFE-Operadora presenta escrito al Juzgado con propuesta de compensación de descansos, que trasladada a los actores, muestran su disconformidad, al pretender aquélla que cierto número de días de compensación lo fueran en días de descanso. Ello suscitó que el Juzgado citara a las partes ex art.238 LRJS a una vista para el día 30-10-13, tras la cual se dictó Auto, con fecha 31-10-13, por el que se requirió a la ejecutada RENFE-Operadora para que en el plazo de diez días

presentara una propuesta de turnos con las compensaciones declaradas en el fallo, debiendo incluirse todas estas compensaciones en días laborables, en el sentido de días de trabajo efectivo y no de descanso. Contra este Auto presentó RENFE-Operadora recurso de reposición, con fecha 12-11-13, que es impugnado mediante escrito de 2-12-13, suscrito por D. A.A.B. como abogado. El día 10-12-13 el Juzgado dicta Auto por el que, desestimando el recurso de reposición instado por RENFE-Operadora, confirma el auto de ejecución de 31-10-13. Notificado este Autos a RENFE-Operadora el 17-12-13, el día siguiente presenta escrito al Juzgado anunciando recurso de suplicación contra el mismo. En fecha 12-12-2013 D.A.A.B. actuó en calidad de abogado de los afiliados del sindicato unitario ferroviario en el Juicio Oral celebrado en Barcelona frente a RENFE operadora, f) la actuación del actor deberemos entenderla vinculada a las entidades sindicales de que antes se hizo referencia, entidades que desempeñen el papel y las funciones que les reconoce el art. 7 C.E., de manera que participan en la defensa y protección de los intereses de los trabajadores, y en este sentido la actuación del actor se enmarca dentro del contenido del derecho de libertad sindical reconocido en el art. 28.1 de la Constitución, con el consiguiente derecho del trabajador a no sufrir, por razón de su afiliación o actividad sindical, menoscabo alguno en su situación profesional o económica en la empresa, "garantía de indemnidad" que veda cualquier diferencia de trato por razón de la afiliación sindical o actividad sindical de los trabajadores y sus representantes, en relación con el resto de los trabajadores, quedando afectado y menoscabado el derecho a la libertad sindical si la actividad sindical tiene consecuencias negativas para quien la realiza o si éste queda perjudicado por el desempeño legítimo de la actividad sindical, debiendo tenerse en cuenta como ya señalamos el art. 5 c) del Convenio núm. 158 de la Organización Internacional del Trabajo (ratificado por España por Instrumento de 18 de febrero de 1985, publicado en el "Boletín Oficial del Estado" de 29 de junio de 1985) norma que excluye expresamente de las causas válidas de la extinción del contrato de trabajo "haber planteado una queja o participado en un procedimiento entablado contra el empleador por supuestas violaciones de leyes o reglamentos o haber presentado un recurso ante las autoridades administrativas competentes", así como la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 22 de septiembre de 1998 (asunto C-185/97) y la doctrina sobre la carga de la prueba ya reseñada indicada por el Tribunal Constitucional en sentencia 183/2015, de 10 septiembre dictada también por el Pleno, abonando la conclusión indicada que la actuación de la empleadora incoando expediente disciplinario y procediendo luego al despido del actor se produce casi coetáneamente con la actuación del mismo en un proceso, defendiendo a trabajadores afiliados al SUF, maquinistas como el demandante, máxime atendiendo a que en absoluto consta un ejercicio abusivo de la actividad sindical del actor –en este caso como abogado- que pudiera afectar los derechos dimanantes de tal ejercicio, y que esa actividad sindical del actor (que está constitucionalizada como se ha dicho) no puede depender de la condición o no de miembro del comité de empresa, como en la sentencia de instancia se efectúa acogiendo la tesis de la parte demandada, de acuerdo con la doctrina constitucional de referencia, y a que como subrayó la sentencia del Tribunal Constitucional 192/2003, de 27 de octubre “ a la hora de decidir sobre el contenido de mandatos como la buena fe, ha de partirse, en primer término, de la totalidad de las representaciones de valor fijadas en la Constitución que la sociedad ha alcanzado en un determinado momento de su desarrollo cultural. En

consecuencia, lo que en cada caso se decida que corresponde a la buena fe no podrá estar en desacuerdo con dichos mandatos constitucionales, toda vez que la Constitución es la norma suprema de todo el ordenamiento jurídico a la que se debe acomodar cualquier otra, así como la interpretación y aplicación de la legalidad por parte de los órganos judiciales...”.

CUARTO.- 1. Corolario de todo lo razonado será la estimación del recurso interpuesto (parcialmente como veremos, en lo atinente al salario regulador), para calificar como nulo por infracción de los derechos fundamentales de libertad sindical e indemnidad por su ejercicio, el despido del actor, acogiendo de este modo la pretensión principalmente ejercitada.

2. No procede por ello entrar en el examen de los motivos de recurso donde se denuncian vicios formales en la actuación de las codemandadas (así el motivo 11 que extrae de los preceptos del Convenio Colectivo que denuncia como infringidos exigencias formales para el despido que no se han cumplido a su juicio, y el motivo 12 al aludir a defectos en la carta de despido en relación con la conducta procesal de las demandadas), por cuanto como indicó la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de julio de 2013 (R.2350/2012), trayendo a colación lo dispuesto en el artículo 108.3 de la LJS (“Si se acreditara que el móvil del despido obedeciera a alguna de las causas del número anterior, el Juez se pronunciará sobre ella, con independencia de cuál haya sido la forma del mismo ”), “la protección de los derechos fundamentales ha de actuar con carácter prioritario sobre cualquier otra garantía de rango legal, de ahí que al titular del derecho invocado haya de dársele satisfacción mediante un análisis razonado de la afectación que sobre el mismo pueda tener la conducta de la parte demandada, con independencia de que la actuación empresarial se haya ajustado o no las formalidades legales exigidas para llevar a cabo la concreta decisión. La finalidad del art. 108.3 LJS es la de colmar la tutela judicial necesaria a la invocación de lesiones anticonstitucionales.

3. Tampoco procede entrar en el examen de los motivos 14 y 15, que fundamentan la petición subsidiaria de improcedencia del despido, por entender que la tolerancia de las demandadas desde 1999, sin advertencia alguna al actor, así como la teoría gradualista llevarían a tal conclusión de improcedencia en su caso, que, dicho sea obiter dicta correspondería de no haberse apreciado la infracción de derechos fundamentales como móvil del despido enjuiciado, y que por ello se impone a esa petición subsidiaria.

4. Respecto de la indemnización solicitada de 18.000 euros por daños morales, estimamos que la misma es procedente atendiendo a los derechos fundamentales vulnerados con el despido del actor según lo indicado en el fundamento de derecho tercero de la presente, teniendo en cuenta de modo indiciario la cuantía de la multa para las infracciones muy graves que en su grado mínimo oscila entre los 6.251 euros y los 25.000 (artículo 40.1.c) del T.R. de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de

agosto, y lo declarado al respecto por el Tribunal Constitucional en sentencia.247/2006, de 24 de julio (R.6074/2003).

5. Sin costas ante la revocación de la sentencia de instancia (artículo 235.1 de la LJS).

FALLO

Estimamos en parte el recurso de suplicación interpuesto en nombre de D. A.A.B. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 2 de los de Alicante el día cinco de marzo de dos mil quince en proceso sobre despido seguido a su instancia contra RENFE Viajeros, S.A. y RENFE Operadora, S.A., siendo parte el Ministerio Fiscal, y con revocación parcial de dicha sentencia y estimación parcial de la pretensión principal ejercitada debemos declarar como declaramos nulo el despido del actor condenando a la empresa RENFE Viajeros, S.A. a que readmita inmediatamente a la parte actora con abono de los salarios dejados de percibir a razón de 149,69 euros diarios, y a que en concepto de indemnización por infracción de derechos fundamentales le abone la cantidad de 18.000 euros. La presente sentencia que se notificará a las partes y al Ministerio Fiscal no es firme. Póngase certificación literal de la misma en el rollo que se archivará en este Tribunal y también en los autos, que se devolverán al Juzgado de procedencia tan pronto adquiera firmeza para su ejecución.

Sentencia núm. 951, de 2 mayo de 2016

Materia: Reintegro de prestaciones. Pensión de jubilación anticipada. Percepción indebida de complemento a mínimos. Compatibilidad percepción de jubilación anticipada del RGSS y situación de segunda actividad de carácter administrativo.

Juzgado: Desestima la excepción de modificación sustancial de la demanda, y con estimación de la misma condena al demandado al reintegro de las cantidades indebidamente percibidas.

Sala: Estima el recurso, absolviendo al trabajador demandado del reintegro de las cantidades reclamadas en primera instancia.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-Se recurre por el demandado D. F.A.C.S. la sentencia del Juzgado de lo Social de procedencia que, estimando la demanda de revisión del INSS, declaró la nulidad de la Resolución de éste de 20-1-11 que reconoció al demandado pensión de jubilación anticipada del Régimen General con efectos de 24-10-10 y lo condenó al reintegro de 26.912'52 euros como indebidamente percibidos por la pensión del periodo de 24-10-10 a 28-2-15 una vez restados 1.019, 85 euros reintegrados como consecuencia de la reclamación por percepción indebida de complemento a mínimos.

El recurso, que no ha sido impugnado, se articula a través de dos motivos: el primero, al amparo del apartado b) del artículo 193 de la LJS, para revisión de hechos probados y, el segundo, al amparo del c), para el examen de las infracciones de normas sustantivas que indica y termina suplicando Sentencia por la que, con revocación de la recurrida, se declare que el recurrente tenía derecho al reconocimiento de la pensión de jubilación anticipada del RGSS (al estar en segunda actividad sin destino y, por tanto, sin desempeñar un puesto de trabajo retribuido en la Administración pública que es lo incompatible) y, subsidiariamente, que no estamos ante un acto declarativo nulo de pleno derecho ya que el derecho debió reconocérsele sin efectividad económica y, si se entiende que hubo un error en el pago de la prestación como indebida, en todo caso se ceñiría al periodo de 24-10-10 al 22-10-12 (importe de 10.202'73 euros con descuento de los 4.758'87 euros que ya venía obligado a devolver por complemento), ya que a partir de 23-10-12 debía procederse al abono de la pensión de jubilación en el RGSS por cumplir la edad de 65 años y sin necesidad de nueva solicitud.

SEGUNDO.-En revisión de hechos probados solicita: 1) La sustitución del actual tenor del actual último párrafo del hecho probado primero por otro que diga "En la solicitud de jubilación presentada por el demandante, se hizo constar que el último día

trabajado había sido el 14 de abril de 2009, y no iba a seguir trabajando en la misma empresa a tiempo parcial, y por error que nunca había cotizado al Régimen de Clases Pasivas". El texto, comparado con el actual, supone: a) añadir que hizo constar en la solicitud no iba a seguir trabajando en la misma empresa a tiempo parcial, que efectivamente resulta del folio 7 invocado (solicitud acompañada por el INSS con su demanda) pero no se acepta por innecesario al tratarse de hecho admitido (ya lo recoge el INSS en el hecho primero de su demanda) y b) añadir el "por error" en cuanto a haber hecho constar que nunca había cotizado a Clases Pasivas, lo que tampoco se acepta porque no resulta de los folios invocados 31 a 40 y 63 a 69, ni siquiera de su argumentación o razonamientos incompatibles: de ser un error "manifiesto" por cuanto ha sido Policía Nacional durante básicamente toda su vida laboral y de haberse tratado de un error "interpretativo" al entender que su situación de segunda actividad no era situación en activo, lo que no tiene nada que ver con la pregunta que en el formulario de solicitud se le hacía que era ¿Ha cotizado alguna vez al régimen de Clases Pasivas del Estado? Y, siendo, por último, que si la indicación lo fue por error o no, es irrelevante a los efectos que nos ocupan. Y 2) La adición al mismo hecho probado primero de un último párrafo que diga "Que el organismo demandante conocía que el actor era perceptor de retribuciones económicas de la Dirección General de la Policía, por pase a segunda actividad, como lo acredita la revisión de oficio del reintegro de prestaciones indebidamente percibidas por superar sus ingresos los debidos para cobrar el complemento a mínimos, acordado en el año 2013, y por el que tuvo que devolver 4.758'87€". Lo apoya en los folios 63 a 68 de los autos, que son acuerdo del INSS de 25-9-13 de iniciación y trámite de audiencia de expediente de reintegro de prestaciones indebidamente percibidas por complemento a mínimos por percepción de rentas superiores a los límites con propuesta de reintegro de deuda cuantificada en 4.758'87 euros del periodo de 1-1-11 a 30-11-12, escrito de alegaciones del actor en que nada se dice sobre origen de esas rentas aludiendo sólo a ingresos distintos de su pensión, oficio del INSS con sello salida de 10-7-13 indicándole que de acuerdo con datos facilitados por la Administración Tributaria (con indicación al pie de importe rendimiento neto trabajo) sus ingresos en el ejercicio 2011 superaron el límite lo que es incompatible con la percepción del complemento a mínimos de dicho año y la comunicación de importe de la pensión para el 2015, sin complemento por mínimos y en cuyo pie figura como perceptor de otra pensión pública. Por tanto, de ellos no resulta el conocimiento por el INSS de que el actor fuera perceptor de retribuciones económicas de la Dirección General de la Policía, como tampoco que haya devuelto la totalidad del reintegro por el complemento a mínimos, que si aparece cuantificada en 4.758'87 euros, siendo recogido en el hecho probado quinto únicamente como reintegrados 1.019, 85 euros.

En consecuencia, no se aceptan las revisiones fácticas.

TERCERO.-En el examen del derecho, se alega vulneración, por aplicación indebida, del artículo 165 de la LGSS, ya que éste habla de "desempeño" de un puesto de trabajo en el sector público y él no lo desempeñaba porque estaba desde 23-10-02 en situación de segunda actividad pero sin destino, que no conlleva desempeño de trabajo sino sólo la percepción de las retribuciones que señala el artículo 9 de la Ley 26/1994 de 29 de septiembre, y lo que sí hizo fue desempeñar, durante esa situación

de segunda actividad sin destino, un trabajo en RGSS, que fue por el que solicitó la pensión de jubilación anticipada a la que entiende si tenía derecho, por lo que el reconocimiento de la misma en la Resolución de 20-1-11 con efectos de 24-10-10 no incurrió en nulidad alguna y, en todo caso, no en nulidad de pleno derecho, de modo que, si se apreciara incompatibilidad con las retribuciones que percibía por la situación de segunda actividad sin destino, lo que procedía era aquel reconocimiento de la pensión pero sin efectos económicos hasta su pase el 23-10-12 a la jubilación forzosa en clases pasivas por llegar a la edad reglamentaria y en que igualmente procedía su pensión de jubilación en RGSS por edad, siendo la cantidad a devolver de la pensión de jubilación anticipada del RGSS sólo la del periodo de 24-10-10 a 22-10-12.

El supuesto fáctico presente es el siguiente: Por Resolución del INSS de 20-1-11 se reconoció al demandado pensión de jubilación anticipada del Régimen General con efectos de 24-10-10 y se la abonó desde entonces. El demandado era Policía Nacional que estaba desde 23-10-02 en situación de segunda actividad pero sin destino con percepción de las retribuciones que señala el artículo 9 de la Ley 26/1994 de 29 de septiembre, que regula la situación de segunda actividad en el Cuerpo Nacional de Policía y que, durante esa situación de segunda actividad sin destino, desempeñó un trabajo en RGSS, que fue por el que solicitó la pensión de jubilación anticipada que se le reconoció. El demandado cesó en la situación de segunda actividad el 23-10-12 por su pase a la situación de jubilación forzosa por cumplir la edad reglamentaria y es beneficiario desde 1-11-12 de pensión de jubilación del régimen de Clases Pasivas del Estado. El importe de la pensión de jubilación anticipada del RGSS percibida desde 24-10-10 a 22-10-12 es de 10.202'73 euros con descuento de lo reclamado por complemento a mínimos indebidamente percibido y que ascendía a 4.758'87 euros, siendo el importe de lo percibido de la referida pensión desde el 24-10-10 hasta el 28-2-15 de 26.912'52 euros, una vez restados 1019,85 euros reintegrados como consecuencia de la reclamación por percepción indebida de complemento a mínimos. El INSS solicitó en su demanda (presentada en 2013) que, en revisión, se anulase su Resolución de 20-1-11 y se condenase al demandado al reintegro de la cantidad indebidamente percibida que en demanda fijó en 19.930,44 euros y en el juicio actualizó fijándola hasta el 28-2-15 (febrero fue el mes en que se celebró el juicio) en 26.912'52 euros.

La sentencia recurrida, para llegar a su fallo estimatorio de la demanda del INSS, partió de considerar que la situación de segunda actividad debe ser entendida "en todo caso" como servicio activo y que, de conformidad con el artículo 9 de la Ley 26/1994, de 29 de septiembre, que regula la situación de segunda actividad en el Cuerpo Nacional de Policía, para el supuesto de carecer de destino, se establecen unas retribuciones salariales que determinan la incompatibilidad con la pensión de jubilación tal como dispone el artículo 165.2 de la LGSS, por lo que el Sr. C. no reunía las condiciones necesarias para lucrar la pensión de jubilación que se le reconoció por la Resolución de 20-1-11, ya que su situación administrativa de servicio activo en segunda actividad era incompatible con la pensión según el referido 165.2 de la LGSS y, por otro lado, apreció que la Resolución era nula de pleno derecho, de acuerdo con el artículo 62.1.f) de la Ley 30/92, por tratarse de acto contrario al ordenamiento jurídico por el que se adquiriría derecho a la pensión cuando se carecía de los requisitos

esenciales para su adquisición, produciendo tal nulidad efectos ex tunc, sin que fuera posible considerar que en el periodo en que no se solapan la segunda actividad y la pensión de jubilación, ésta se haya lucrado conforme a Derecho por cuanto que faltaría la resolución del INSS reconociendo la pensión de jubilación, que necesariamente debe ser solicitada por el interesado, al no reconocerse de oficio por la Administración, y que en su caso debería dictarse teniendo en cuenta las circunstancias que concurrieran en ese momento -el de la solicitud- que puede ser muy diferente del tenido en cuenta en el momento inicial de su concesión en enero de 2011.

CUARTO.- El artículo 165.2 de la LGSS dice: “El desempeño de un puesto de trabajo del sector público delimitado en el párrafo segundo del apartado 1 del artículo primero de la Ley 53/1984, de 16 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al servicio de las Administraciones Públicas, es incompatible con la percepción de pensión de jubilación, en su modalidad contributiva. La percepción de la pensión indicada quedará en suspenso por el tiempo que dure el desempeño de dicho puesto, sin que ello afecte a sus revalorizaciones”.

El artículo 1.1 segundo párrafo de la Ley 53/84 dice: “... A los solos efectos de esta Ley se considerará actividad en el sector público la desarrollada por los miembros electivos de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y de las Corporaciones Locales, por los altos cargos y restante personal de los órganos constitucionales y de todas las Administraciones Públicas, incluida la Administración de Justicia y de los Entes, Organismos y Empresas de ellas dependientes, entendiéndose comprendidas las Entidades colaboradoras y concertadas de la Seguridad Social en la prestación sanitaria...” y el artículo 2 dice: “... Además no se podrá percibir, salvo en los supuestos previstos en esta Ley, más de una remuneración con cargo a los presupuestos de las Administraciones Públicas y de los Entes, Organismos y Empresas de ellas dependientes o con cargo a los de los órganos constitucionales, o que resulte de la aplicación de arancel, ni ejercer opción por percepciones correspondientes a puestos incompatibles.

A los efectos del párrafo anterior, se entenderá por remuneración cualquier derecho de contenido económico derivado, directa o indirectamente, de una prestación o servicio personal, sea su cuantía fija o variable y su devengo periódico u ocasional...”.

La Ley 26/1994, de 29 de septiembre, por la que se regula la situación de segunda actividad en el Cuerpo Nacional de Policía, en su artículo 1 dice “... La segunda actividad es una situación administrativa especial de los funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía, que tiene por objeto fundamental garantizar una adecuada aptitud psicofísica mientras permanezcan en activo, asegurando la eficacia en el servicio. Se exceptúa de su aplicación a los funcionarios que ocupen plazas de facultativos y técnicos del mencionado Cuerpo...” y, en su artículo 9, dice “... Durante la permanencia en la situación de segunda actividad sin destino se percibirán en su totalidad las retribuciones básicas que correspondan a la antigüedad que se posea y a la categoría de pertenencia, así como un complemento de una cuantía igual al 80 por

100 de las retribuciones complementarias de carácter general de la referida categoría, percibiéndose, además, la totalidad de las retribuciones personales por pensiones de mutualidad y recompensas...”

A partir de los preceptos indicados, se estima que la situación de segunda actividad sin destino, aunque se perciban las retribuciones antes señaladas, lo es, como de la propia expresión legal “sin destino” resulta, sin asignación de puesto de trabajo ni desempeño, por tanto, de puesto de trabajo, no existiendo en consecuencia prestación de servicios ni desarrollo de actividad y que la incompatibilidad con la percepción de pensión de jubilación que el artículo 165.2 de la LGSS establece se refiere, también según sus términos, no a percepciones económicas sino “al desempeño de un puesto de trabajo en el sector público”, cuya delimitación en el artículo 1.1, párrafo 2º de la Ley 53/84, al que remite, se hace aludiendo a “actividad” “desarrollada”, por lo que el demandante, que no desempeñaba puesto de trabajo en el sector público no desarrollando actividad en dicho sector (de hecho la desarrolló en el privado por lo que generó el derecho a la pensión de jubilación del RGSS), no incurría en la incompatibilidad establecida en el artículo 165.2 de la LGSS, por lo que ya procede la revocación de la sentencia recurrida que entendió se daba la incompatibilidad. Pero es que, además, la incompatibilidad que el referido precepto establece no lo es con el derecho a la pensión de jubilación sino con la percepción de la misma, percepción que quedará en suspenso -sin perjuicio de las revalorizaciones- mientras se mantenga el desempeño de puesto incompatible, tal y como el referido precepto también dispone, por lo que el reconocimiento del derecho a la pensión que el INSS hizo no incurría en ningún caso en supuesto de nulidad como apreció la sentencia recurrida ni procedía el efecto o consecuencia que se aplicó dejando al actor desprovisto del reconocimiento del derecho a la pensión que si tenía y condenándolo al reintegro de lo percibido por ella desde el 24-11-10 hasta el 28-2-15 (esto es, hasta el mes íntegro de la celebración del juicio según la actualización de cantidad reclamada que el INSS hizo al comienzo del juicio -como expone la sentencia en su Antecedente Segundo-), cuando el 23-10-12 el demandado había cesado en la situación de segunda actividad sin destino y pasado a la situación de jubilación forzosa por cumplir la edad reglamentaria, siendo beneficiario de pensión de jubilación de Clases Pasivas desde el 1-11-12.

En consecuencia, procede la estimación del recurso, revocación de la sentencia y la desestimación de la demanda del INSS con absolución del demandado de la petición de condena a reintegro que se formuló por el INSS en los autos, si bien dejando a salvo el tema del reintegro que pueda faltar por devolver del complemento a mínimos, respecto del que, según es de observar en los autos, hay otro procedimiento administrativo separado y, aunque el INSS lo incluye en su petición de devolución de todo lo percibido, debe seguir aquella vía por derivar de otra causa, además de no constar probada en estos autos la situación de la devolución, sólo que el INSS descuenta como ya pagada una parte y el demandado en su cálculo descuenta la totalidad.

FALLAMOS

Estimando el recurso de suplicación formulado por D. F.A.C.S. contra la Sentencia de fecha 13 de febrero de 2015, dictada por el Juzgado de lo Social núm. 3 de Castellón, en autos 1001/13 sobre SEGURIDAD SOCIAL (REVISION DE OFICIO), siendo parte recurrida el INSS, revocamos la referida Sentencia y, desestimando la demanda del INSS, absolvemos a D. F. de la petición de condena a reintegro que se formuló por el INSS en los autos indicados, si bien dejando a salvo el tema del reintegro que pueda faltar por devolver del complemento a mínimos.

Sentencia núm. 954, de 3 de mayo de 2016

Materia: Reintegro de prestaciones. Pensión de viudedad. Prestaciones indebidamente percibidas. Nulidad de la resolución dictada por el organismo demandante. Acto anulable frente acto nulo de pleno derecho. Existencia de plazo de prescripción o caducidad.

Juzgado: Desestima la excepción de la prescripción y estima la demanda, condenando a la demandada al reintegro de las cantidades indebidamente percibidas.

Sala: Desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia. La demandada carece de un requisito indispensable para lucrar la pensión, además de observarse un error de la entidad gestora y la consignación de un dato erróneo en la solicitud de la prestación. Estamos ante un acto nulo de pleno derecho, sin que exista sujeción a plazo alguno de prescripción o caducidad.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Frente a la sentencia de instancia, desestimatoria de la pretensión de la parte actora, centrada en la prescripción de la acción para pedir la revisión de la pensión de viudedad concedida en su día, se alza en suplicación la citada parte actora en un escrito con dos motivos de recursos, formulados ambos al amparo de lo dispuesto en el artículo 193 apartado c) de la LRJS.

La parte recurrente plantea en primer lugar la infracción por inaplicación del art. 146.3 de la LRJS, indicando que tanto la letrada del INSS como el juzgador de instancia dan por válido el apartado 1 (relativo a la revisión mediante la oportuna demanda) pero no dan por válido el apartado 3 del mismo artículo aduciendo que al tratarse de un acto nulo de pleno derecho, éste no está sujeto a la prescripción de 4 años. Sigue diciendo que solo es válida la lectura completa y que los Juzgados de lo Social serán competentes para revisar actos declarativos de derechos solo durante los cuatro años siguientes a su resolución, y en este concreto caso como la resolución sobre la concesión de prestación de viudedad es del 4-12-2002, la acción por vía social había prescrito el 3-12-2006, lo que no priva a la administración de recurrir a la vía contencioso-administrativa, donde está el proceso de lesividad. Finaliza diciendo que dicho defecto le acarrea indefensión por lo que pide la nulidad de la sentencia.

Así las cosas, ante todo debe indicarse que una petición de nulidad debe formularse con amparo procesal en el apartado a) del art. 193 de la LRJS, dedicado a “reponer los autos al estado en que se encontraban en el momento de cometerse una infracción de normas o garantías del procedimiento que haya producido indefensión”. La recurrente en este primer motivo no denuncia un vicio de procedimiento causante

de indefensión sino unas determinadas razones de oposición ligadas a su discrepancia con la tesis de la sentencia de instancia. Y tal y como ha señalado esta Sala con reiteración, para que la nulidad de las actuaciones prevista en la letra a) del artículo 191 LPL (actual art.193 LRJS) pueda ser acordada es necesario que concurren los siguientes requisitos: que se infrinjan normas o garantías del procedimiento y se cite por el recurrente la norma que estime violada; que esa infracción haya producido indefensión –STC.158/89- y que se haya formulado protesta en tiempo y forma pidiendo la subsanación de la falta, salvo que no haya sido posible realizarla. Se trata de una actuación excepcional establecida para supuestos igualmente especiales de sentencias o actos judiciales y fundadas en defectos de forma que hayan causado indefensión o carezcan de los requisitos mínimos necesarios para causar su fin, lo que no se aprecia en el presente caso por lo que se desestima la petición de nulidad de sentencia.

SEGUNDO.-En el segundo motivo de recurso la parte recurrente cita el principio de seguridad jurídica del beneficiario del acto administrativo, alegando no estar de acuerdo con la devolución de las prestaciones percibidas en los cuatro últimos años por importe de 41.652,55 euros; indica que la revisión del acto debe entenderse como una revocación del derecho, ya que el error aludido por la entidad gestora es imputable únicamente al INSS; se va a convertir un acto válido en inválido, y al invalidarlo, en ese momento debe tener efectos ex nunc en todo caso (es decir, sin efecto retroactivo).

Expuesto lo anterior, debemos entrar a analizar la oposición centrada en la prescripción de la acción de revisión, para lo cual partiremos de lo dispuesto el art. 146 de la LRJS punto 1 y 3:

"1. Las Entidades, órganos u Organismos gestores, o el Fondo de Garantía Salarial no podrán revisar por sí mismos sus actos declarativos de derechos en perjuicio de sus beneficiarios, debiendo, en su caso, solicitar la revisión ante el Juzgado de lo Social competente, mediante la oportuna demanda que se dirigirá contra el beneficiario del derecho reconocido.

(...)

3. La acción de revisión a la que se refiere el apartado uno prescribirá a los cuatro años (...)"

Conviene aclarar que la revisión de oficio de actos administrativos de las Entidades Gestoras no requiere previa declaración de lesividad. La ley 30/1992 distingue entre actos nulos de pleno derecho (art. 62) y anulables (art. 63). Si se trata de un acto favorable para un interesado pero en el que concurre una causa de anulabilidad, puede efectuarse la declaración de lesividad. Pero en aras a la seguridad jurídica se establece un plazo máximo de cuatro años para que pueda efectuarse esta declaración. Y en el ámbito de las prestaciones de la Seguridad Social (que es en el que nos encontramos y por eso es competente la jurisdicción social) el art. 146 de la LRJS establece un régimen similar, sujeto al mismo plazo cuatrienal, el cual impide que la Administración revise de oficio los actos administrativos en perjuicio de los beneficiarios más allá del plazo de cuatro años desde que se dictó el acto

administrativo (sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León con sede en Valladolid nº 710/2015, de 22-4 ; 705/2015, de 22-4 y 755/2015, de 30-4, entre otras). De este modo, el INSS no podrá revisar un acto declarativo de derecho en perjuicio del pensionista con base en una causa de anulabilidad cuando haya superado el plazo máximo de cuatro años impuesto por el art. 146.3 de la LRJS. Dicho de otro modo, en aras a la seguridad jurídica se establece un plazo máximo para que la Entidad Gestora pueda corregir sus errores en perjuicio de los beneficiarios, y si se supera dicho plazo, la acción habrá prescrito.

TERCERO.-Pues bien, en el presente caso no nos encontramos ante un acto anulable sino ante un acto, el reconocimiento de la prestación de viudedad, nulo de pleno derecho. Consta al relato fáctico que en virtud de resolución del INSS de 4 de diciembre de 2002 se le reconoció a la demandada M.S.M. una pensión de viudedad con una base reguladora de 805,31 euros, con un porcentaje del 46% y una prorrata temporal del 87,34%. En la solicitud presentada por la demandada, se hizo constar en el apartado correspondiente a la persona para la que se solicita la pensión que se encontraba casada y que se hallaba divorciada del causante D. D.D.M., que falleció el 25 de septiembre de 2002. La demandada había contraído nuevas nupcias con J.V.A. el 7 de septiembre de 2001 en Castellón. También consta en el impreso, entre los datos del solicitante de la prestación, que actúa en su propio nombre, por ser “viudo/a”. El INSS reconoce haber cometido un error y solicita al Juzgado la declaración de nulidad absoluta del acto y el reintegro de cantidades.

Dispone el art. 62.1.f) de la Ley 30/92 de 26 de noviembre que son nulos de pleno derecho los actos de las Administraciones Públicas contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieran facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición. Por su parte, el artículo 63.1 del mismo texto legal viene a establecer que son anulables los actos de la Administración que incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder. En el supuesto de autos, el art. 174.2 de la LGSS exige, en los casos de separación y divorcio que el cónyuge supérstite no hubiera contraído nuevas nupcias o no hubiera constituido una pareja de hecho, por lo que a la vista del nuevo matrimonio de la Sra. S.M. antes del fallecimiento del causante de la prestación, la demandada no reunía los requisitos para lucrar la pensión de viudedad a la fecha del hecho causante; en concreto no reunía el fundamental requisito de no haberse casado nuevamente. Por ello no era “viuda” del causante, contrariamente a lo que se hizo constar en el apartado del impreso relativo a “datos del solicitante”, al inicio del formulario. Debemos subrayar que las normas de Seguridad Social son de derecho público e imperativo, y que el acceso a las prestaciones se encuentra escrupulosa y técnicamente regulado. La Sra. S.M. carecía de un requisito imprescindible para ser beneficiaria de la pensión de viudedad que interesó, por lo que, con independencia de que se haya producido un error de la entidad gestora (sumamente lamentable) a lo que hay que sumar la consignación del dato erróneo de “viudo/a”, en la solicitud de la prestación, lo cierto es que no nos hallamos simplemente ante un caso de anulabilidad sino de auténtica nulidad radical y de pleno derecho por carecer la Sra. S. de los requisitos esenciales para la adquisición de la prestación de viudedad. Por ello, la acción para reclamar la nulidad del acto, la resolución del INSS de 4-12-2002, no está

sujeta a plazo alguno de prescripción ni de caducidad, y los efectos de la declaración de nulidad han de ser “ex tunc”, con efecto retroactivo, ante la nulidad plena y radical del citado acto administrativo.

Finalmente procede indicar que no es contradictorio acudir a una demanda de revisión ex artículo 146.1 de la LRJS ante la jurisdicción social, y no aplicar el plazo de 4 años del punto 3 del mismo precepto, puesto que, como hemos dicho, nos encontramos ante un acto de una entidad gestora relativo a una prestación que es nulo de pleno derecho, acto que, pese a ello, está desplegando sus efectos en el tráfico jurídico y necesita de una declaración para expulsarlo del mismo y proclamar su nulidad, así como para de tal declaración derivar la consecuencia del reintegro de unas prestaciones indebidamente percibidas (art. 45 de la LGSS). Esta declaración no puede quedar en manos del INSS, sino de los Tribunales, como así ha sucedido y se ha materializado con la sentencia de instancia que, con desestimación de la excepción de prescripción y con estimación de la demanda formulada por el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, declaró la nulidad de la resolución dictada el 4 de diciembre de 2012 por el Director Provincial del INSS en Castellón en el expediente sobre viudedad nº 2002/508638/01, condenando a la demandada al reintegro de las cantidades indebidamente percibidas por importe de 41.652,55 euros, sentencia que confirmamos.

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

FALLO

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de D^a M.S.M. contra la sentencia nº 51/2015 dictada por el Juzgado de lo Social nº 3 de los de Castellón, de fecha 12 de febrero de 2015; y, en consecuencia, confirmamos la sentencia recurrida.

Sin costas.

2101

Sentencia núm. 978, de 3 de mayo de 2016.

Materia: Prestación por desempleo: Revocación de prestaciones. Nacimiento del derecho a las prestaciones. Despido nulo. Salarios de tramitación.

Juzgado: Desestima la demanda, absolviendo al organismo demandado en la instancia de los pedimentos formulados en su contra. No procede prestación a favor de la actora.

Sala: Estima el recurso y revoca parcialmente la sentencia de instancia. La actora tiene derecho a la prestación por desempleo pero debe descontarse el periodo en que recibió los salarios de tramitación, siendo éste el único periodo incompatible con la prestación de desempleo percibida.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

UNICO.-Se interpone recurso de suplicación por la representación letrada de la parte actora, frente a la sentencia que desestima su demanda, en la que acciona frente a la resolución del Servicio Público Estatal de Empleo, sobre revocación de prestación por desempleo, acordando dejar sin efecto la Resolución de fecha 11-7-2011 y declarar la percepción indebida de 9.899,75 euros, correspondientes al período del 2-12-2008 al 13-9-2011, así como revocar la Resolución de 11-12-2008, por la que se reconoció derecho a la prestación por desempleo desde el 2-12-2008 y que percibió hasta el 1-4-2010.

1. El recurso se formula en un único motivo, que se dice redactado al amparo de “la letra c) del art. 191 del Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral”, -deberá entenderse referido al art. 193-c) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, en vigor desde el 11-12-2011-, en el que cita “la Sentencia 1255/2015 del Tribunal Supremo” y transcribe parte de la misma, en la que se cita la STS de 22-6-09 rec. 3856/08. Sostiene la recurrente que la cantidad que debiera entenderse como indebidamente percibida sería la correspondiente a los 150 días abonados por el Fogasa, pero no la totalidad de la prestación de desempleo percibida

2. El Tribunal Supremo en Sentencia de 2-3-2015, rec. 903/14, señala que, “*La cuestión litigiosa que se plantea en el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, ha sido resuelta por esta Sala IV del Tribunal Supremo en sentencia dictada en Pleno, de fecha 1 de febrero de 2011, recurso. 4120/09, invocada de contraste y consiste, en definitiva, en determinar las consecuencias que sobre la prestación por desempleo reconocida a un trabajador ha de tener el percibo de salarios de tramitación durante un tiempo parcialmente coincidente con aquélla, por aplicación de lo dispuesto en la letra a) del número 5 del artículo 209 de la Ley General de la Seguridad Social.*”

2.- Hemos de estar a lo resuelto por esta Sala IV en doctrina unificadora por elementales razones de coherencia, seguridad jurídica e igualdad en la aplicación de la ley, que rectifica de forma expresa la tesis mantenida por la STS de 22 de junio de 2009, recurso 3856/2008, partiendo, de que " no se trata de dos prestaciones por desempleo distintas, la que se obtiene cuando se produce la situación legal de desempleo protegida -el despido- y la que será fruto de la regularización cuando se conozca el título del que derivan los salarios de tramitación ", la discrepancia que pudiera apreciarse en la actual regulación de la materia debatida " ha de resolverse partiendo de la realidad de que la prestación por desempleo tiene su origen en la situación protegida (...), 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 " (FJ 5º STS 1-2-2011, R. 4120/09).

3.- En el asunto ahora sometido a la consideración de la Sala, de todo el periodo en el que percibió prestación de desempleo únicamente le fueron abonados salarios de tramitación, por el FOGASA durante 150 días, luego estos días son los que no tenía derecho a la percepción de la prestación por desempleo, que es indebida, y, en consecuencia ha de reintegrar al SPEE las cantidades correspondientes a dichos días que han sido indebidamente percibidas, pero no la totalidad de la prestación por desempleo percibida.

CUARTO.- Por cuanto antecede, y de acuerdo con el informe del Ministerio Fiscal, ha de estimarse el recurso formulado, limitando la obligación del trabajador beneficiario a la devolución de las cantidades indebidamente percibidas en la parte que simultaneó con salarios de tramitación, es decir, las referidas al periodo de 150 días en el que percibió salarios de tramitación abonados por el FOGASA. Procede por ello casar y anular la sentencia recurrida, y resolviendo el debate planteado en suplicación, estimar el recurso de tal naturaleza, limitando la obligación de devolución de las cantidades indebidamente percibidas por el trabajador en los términos señalados".

3. Aplicando la doctrina expuesta al presente supuesto, el recurso debe ser estimado, pues tras dictarse sentencia declarando el despido nulo, el FOGASA abono a la actora 150 días de salarios de tramitación, por lo que únicamente dicho periodo es incompatible con la prestación de desempleo percibida.

FALLO

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de M.M.C., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº.2 de los de Alicante, de fecha 26-febrero-2015, en virtud de demanda presentada a su instancia contra el SERVICIO PUBLICO DE EMPLEO ESTATAL; y, en consecuencia, revocamos la sentencia recurrida y con estimación parcial de la demanda, limitamos la obligación de la demandante a la devolución de las cantidades indebidamente percibidas en la parte que simultaneó con salarios de tramitación; es decir, las referidas al periodo de 150 días en el que percibió salarios de tramitación del FOGASA, condenando a la demandada a estar y pasar por tal declaración.

Sin costas.

2102

Sentencia núm. 981, de 3 de mayo de 2016

Materia: Prestación de jubilación. Trabajadora afiliada al RGSS que presta sus servicios como conserje con contratos de trabajo a tiempo parcial por contrato de relevo y a tiempo completo por transformación en contrato indefinido. Solicitud pensión de jubilación parcial. Cumplimiento periodo cotización para poder optar a la prestación solicitada.

Juzgado: Estima la demanda declarando el derecho de la actora al percibo de la jubilación parcial solicitada.

Sala: Desestima el recursos y confirma la sentencia de instancia. La actora cumple con el requisito exigido para tener acceso a la prestación de jubilación solicitada.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Al amparo del apartado c del art. 193 de la Ley de la Jurisdicción Social se fundamenta el único motivo del recurso de suplicación entablado por la Letrada de la Administración de la Seguridad Social contra la sentencia de instancia que estima la demanda y reconoce el derecho de la demandante a la pensión de jubilación parcial, habiendo sido impugnado el recurso de contrario, conforme se expuso en los antecedentes de hecho.

En dicho motivo se imputa a la resolución recurrida la infracción del art. 166.2 del Real Decreto Legislativo de 20 de junio de 1994, en la redacción dada por el art. 4 de la Ley 40/2007, de 3 de diciembre, que exige para poder acceder a la jubilación parcial, un período de antigüedad como trabajador a tiempo completo de 2.190 días, inmediatamente anterior a la fecha del hecho causante.

Razona la Letrada de la Administración de la Seguridad Social que la actora en los 6 años inmediatamente anteriores al hecho causante acredita un período de más de cuatro años a tiempo parcial, desde el 3.4.2006 al 27.7.2010, al 83,30% de la jornada, por lo que solo acredita 966 días y no los 2.190 días necesarios. Asimismo denuncia la infracción de la jurisprudencia representada por las sentencias del Tribunal Supremo de 25 de junio de 2012, rec. 2012/1986 y la de 12 de abril de 2011, rec. 2011/3829 que deniegan la pensión de jubilación parcial a trabajadores parciales, sin que sea aplicable la doctrina jurisprudencial establecida en la STS de 5.3.2013 que contempla un supuesto en el que hay más cotizaciones a tiempo parcial que a tiempo completo.

Para dilucidar si la actora tiene o no derecho a la jubilación parcial se ha de acudir a lo establecido en el art. 166 LGSS, conforme a la redacción dada al mismo por

el art. 4 de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, que introdujo una modificación sustancial, con efectos desde el 1 de enero de 2.008, fecha a partir de la cual ese precepto quedaba redactado de la siguiente forma:

'1. Los trabajadores que hayan cumplido 65 años de edad y reúnan los requisitos para causar derecho a la pensión de jubilación, siempre que se produzca una reducción de su jornada de trabajo comprendida entre un mínimo de un 25 por ciento y un máximo de un 75 por ciento, podrán acceder a la jubilación parcial sin necesidad de la celebración simultánea de un contrato de relevo. Los porcentajes indicados se entenderán referidos a la jornada de un trabajador a tiempo completo comparable.

2. Asimismo, siempre que con carácter simultáneo se celebre un contrato de relevo en los términos previstos en el art. 12.7 del Estatuto de los Trabajadores, los trabajadores a tiempo completo podrán acceder a la jubilación parcial cuando reúnan los siguientes requisitos:

a) Haber cumplido la edad de 61 años, o de 60 si se trata de los trabajadores a que se refiere la norma 2ª del apartado 1 de la disposición transitoria tercera, sin que, a tales efectos, se tengan en cuenta las bonificaciones o anticipaciones de la edad de jubilación que pudieran ser de aplicación al interesado.

b) Acreditar un período de antigüedad en la empresa de, al menos, 6 años inmediatamente anteriores a la fecha de la jubilación parcial. A tal efecto se computará la antigüedad acreditada en la empresa anterior si ha mediado una sucesión de empresa en los términos previstos en el art. 44 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, o en empresas pertenecientes al mismo grupo.

c) Que la reducción de su jornada de trabajo se halle comprendida entre un mínimo de un 25 por ciento y un máximo del 75 por ciento, o del 85 por ciento para los supuestos en que el trabajador relevista sea contratado a jornada completa mediante un contrato de duración indefinida y se acrediten, en el momento del hecho causante, seis años de antigüedad en la empresa y 30 años de cotización a la Seguridad Social, computados ambos en los términos previstos en las letras b) y d). Dichos porcentajes se entenderán referidos a la jornada de un trabajador a tiempo completo comparable.

d) Acreditar un período previo de cotización de 30 años, sin que, a estos efectos, se tenga en cuenta la parte proporcional correspondiente por pagas extraordinarias.

e) Que, en los supuestos en que, debido a los requerimientos específicos del trabajo realizado por el jubilado parcial, el puesto de trabajo de éste no pueda ser el mismo o uno similar que el que vaya a desarrollar el trabajador relevista, exista una correspondencia entre las bases de cotización de ambos, de modo que la correspondiente al trabajador relevista no podrá ser inferior al 65 por ciento de la base por la que venía cotizando el trabajador que accede a la jubilación parcial. Reglamentariamente se desarrollarán los requerimientos específicos del trabajo para

considerar que el puesto de trabajo del trabajador relevista no pueda ser el mismo o uno similar al que venía desarrollando el jubilado parcial.

f) Los contratos de relevo que se establezcan como consecuencia de una jubilación parcial tendrán, como mínimo, una duración igual al tiempo que le falte al trabajador sustituido para alcanzar la edad de sesenta y cinco años".

La interpretación de la letra b del apartado 2 del indicado precepto es la que es objeto de controversia en la presente litis, ya que la Letrada de la Administración de la Seguridad Social estima que la antigüedad de seis años a que se refiere dicho precepto no se puede computar en el caso de un contrato a tiempo parcial igual que se computa en un contrato a tiempo completo, mientras que la sentencia de instancia considera que el cómputo ha de ser el mismo, de acuerdo con la doctrina jurisprudencial establecida en la sentencia de nuestro Alto Tribunal de 05 de marzo de 2013 (ROJ: STS 2034/2013 – ECLI:ES:TS:2013:2034), Recurso: 1443/2012.

Como se dice en la meritada sentencia “la cuestión a resolver en el presente recurso, queda limitada a determinar si tiene derecho a la jubilación parcial el trabajador, con menos de 65 años de edad, que en los cuatro años inmediatamente anteriores a la fecha de la jubilación parcial, además de prestar servicios en la empresa a tiempo completo, durante un periodo de tiempo anterior prestó servicios en la misma empresa a tiempo parcial.” Y según la referida sentencia “La norma no exige que la antigüedad en la empresa sea en su totalidad a jornada completa. Es cierto que podrían darse los supuestos hipotéticos que apunta la sentencia recurrida; ahora bien, en tal caso nos encontraríamos ante un supuesto claro de fraude de ley, pues la contratación a tiempo completo se habría realizado con la única finalidad de poder superar el requisito que impedía el acceso a la jubilación parcial. Pero, sin perjuicio de que el fraude no puede suponerse, sino que ha de acreditarse, este no es el caso ahora enjuiciado, ni mínimamente puede intuirse de la larga relación laboral del trabajador con la empresa, (...)”

La aplicación de la doctrina expuesta al presente caso conduce a la desestimación del recurso ya que cuando la demandante solicita la jubilación parcial (el 20.3.2013) su relación laboral con la Comunidad de Propietarios X. era a tiempo completo y en cuanto a la antigüedad en dicha empresa si bien se constata que durante algo más de cuatro años, dentro de los seis inmediatamente anteriores a la fecha del hecho causante, la relación laboral fue a tiempo parcial (del 3.4.2006 al 27.7.2010), ello no obedeció a una actuación fraudulenta sino que respondió a la existencia de un contrato de relevo con un 83'30% de la jornada, pasando a continuación la actora a desarrollar una jornada a tiempo completo durante dos años y más de siete meses (desde el 27.7.2010 al 19.3.13), siendo también a tiempo completo la prestación de servicios de la actora para la referida comunidad durante los siguientes períodos de tiempo: del 31-5-04 al 30-11-04, del 3-5-05 al 15-10-05 y del 24-10-05 al 14-11-05, por lo que se ha de concluir, tal y como efectúa la sentencia recurrida, que la actora acredita un período de antigüedad en la Comunidad de Propietarios X. de, al menos, 6 años inmediatamente anteriores a la fecha de la jubilación parcial y no siendo objeto de discusión la concurrencia de los restantes

requisitos exigidos en el art. 166.2 de la LGSS, para acceder a la referida prestación, procede la desestimación del recurso y la confirmación de la sentencia de instancia.

SEGUNDO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 235.1 LJS, en relación con el artículo 2.b) de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita, no procede la imposición de costas al gozar las Entidades Gestoras del derecho a la asistencia jurídica gratuita.

FALLO

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de D.^a I.G.S., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social n.º Nueve de los de Valencia y su provincia, de fecha 30 de abril de 2015, en virtud de demanda presentada a su instancia contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social; y, en consecuencia, confirmamos la sentencia recurrida.

Sin costas.

2103

Sentencia núm. 988, de 3 de mayo de 2016

Materia: Pensión de viudedad. Cónyuges separados judicialmente que reanudan convivencia. Reclamación pensión de viudedad tras fallecimiento del causante. Procedencia. Compatibilidad pensión con otra prestación recibida por la viuda.

Juzgado: Desestima la demanda, absolviendo a la demandada de todas las pretensiones deducidas en su contra. No procede la prestación solicitada.

Sala: Desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia. Para que hubiese derecho a prestación de viudedad hubiese sido necesario que los cónyuges hubiesen comunicado la reanudación de la convivencia al órgano judicial. Además, en caso de otorgarse, esta prestación es incompatible con la prestación SOVI que recibía la demandante, habiendo actuado correctamente el organismo demandado en instancia.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. Se recurre por la letrada designada por doña A. y doña C.T.R., que actúan en el proceso en calidad de herederas de doña A.R.C., la sentencia de instancia que desestimó su demanda por la que se impugnó la resolución del Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) de 14 de marzo de 2013, que si bien reconoció a doña A.R. el derecho a la pensión de viudedad con efectos 1 de enero de 2013 por importe mensual de 375,81 euros, le comunicó que dado que también era perceptora de la pensión SOVI en cuantía mensual de 403,70 euros debía optar por una de las dos en el plazo de diez días dada la incompatibilidad entre ambas.

2. El recurso se interpone al amparo de un único motivo redactado por el cauce establecido en el apartado c) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS), en el que se denuncia la infracción por la sentencia recurrida de la disposición transitoria 18ª del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social 1/1994, así como del artículo 174.2 de esta misma ley. Pese a esta estructura formal, es lo cierto que en este motivo se suscitan dos cuestiones diferentes que deben ser examinadas separadamente.

SEGUNDO.- 1. En primer lugar, entienden las recurrentes que en el acto del juicio quedó acreditada la convivencia de sus padres a partir del año 1998 hasta finales de 2004 cuando el causante de la prestación que se reclama –don J.M.T.– ingresó en una residencia como consecuencia de la enfermedad degenerativa que padecía.

2. Pues bien, al respecto conviene hacer dos precisiones. La primera, es que en un recurso extraordinario como es el de suplicación, la valoración de la prueba

corresponde a la magistrada que presidió el acto del juicio. Y en relación con esta cuestión, hay que señalar que la reanudación de la convivencia entre el Sr. T. y la Sra. R. ni siquiera se ha considerado realmente acreditada dados los términos contradictorios de los certificados de empadronamiento emitidos por el Ayuntamiento de M. y de los informes de la Policía Local –que se reflejan en los hechos probados 2 y 3-.

3. Pero es que con independencia de lo que terminamos de exponer, este tribunal ha venido manteniendo en pronunciamientos anteriores –como por ejemplo en las sentencias de 4-3-2014 (rs.2256/2013) y 22-10-2014 (rs.947/2014)- *“que para que la reconciliación de los cónyuges separados produzca efectos en el reconocimiento de la pensión de viudedad es preciso que se produzca la comunicación de la reconciliación al órgano judicial, que exige el artículo 84 del Código Civil”* (SSTS, entre otras muchas, de 7 de diciembre de 2011 -rcud 867/2011- y 23 de abril de 2012 -rcud.3383/2011-). Lo que exige este precepto –el art.84 del Código Civil- es que *“ambos cónyuges separadamente deberán ponerlo en conocimiento del Juez que entiende o haya entendido del litigio”*. Esta doctrina ha sido ratificada por la reciente STS de 16 de febrero de 2016 (rcud.33/2014), en la que se insiste en que *“Nada impide que, de hecho y privadamente, los cónyuges separados se reconcilien y convivan de nuevo, con lo cual desaparece el efecto principal de la separación que es el cese de la convivencia conyugal, pero tal situación les obliga a ellos y no a los terceros -entre los cuales está la gestora de la Seguridad Social- porque como viene señalando nuestra jurisprudencia desde la citada sentencia de 15/12/2004, por razones de seguridad la reconciliación tiene que estar vinculada a un reconocimiento oficial, es decir, por resolución del órgano judicial que desplegará su publicidad en el Registro Civil en el que se publicó la separación y el cese de convivencia. En palabras de dicha sentencia “la voluntaria y comúnmente aceptada continuación de la convivencia matrimonial entre dos personas, que legalmente tienen suspendida dicha convivencia, no puede surtir efecto jurídico similar al de la convivencia matrimonial propiamente dicha”*. Y en el presente caso, no consta ni que se reanudara efectivamente la convivencia entre los cónyuges tras su separación judicial que tuvo lugar en el año 1989, ni mucho menos que se comunicara la reanudación al Juzgado.

TERCERO.- 1. Como hemos señalado, en el recurso se plantea una segunda cuestión “de forma subsidiaria”, y es la infracción del apartado 2º de la disposición adicional –sic- 18ª de la LGSS, pues consideran las recurrentes que doña A.R. cumplía con los requisitos exigidos por esa norma para lucrar la pensión de viudedad, mostrando su desacuerdo con que sea incompatible con la pensión SOVI que también venía percibiendo. A tal fin se cita la STS de 18 de julio de 2007, si bien, como seguidamente hemos de ver, la doctrina de esta sentencia no puede resultar de aplicación al presente caso por evidentes razones temporales, toda vez que cuando se dictó todavía no estaba vigente el apartado 2 de la disposición transitoria 18 de la LGSS.

2. A efectos de resolver este motivo conviene recordar que la la DT 18ª LGSS es una norma transitoria sobre pensión de viudedad en supuestos de separación judicial o divorcio anteriores al 1 de enero de 2008, que dispone lo siguiente:

1. *El reconocimiento del derecho a la pensión de viudedad no quedará condicionado a que la persona divorciada o separada judicialmente sea acreedora de la pensión compensatoria a que se refiere el segundo inciso del párrafo primero del apartado 2 del artículo 174 de esta Ley, cuando entre la fecha del divorcio o de la separación judicial y la fecha del fallecimiento del causante de la pensión de viudedad haya transcurrido un periodo de tiempo no superior a diez años, siempre que el vínculo matrimonial haya tenido una duración mínima de diez años y además concorra en el beneficiario alguna de las condiciones siguientes:*

- a) La existencia de hijos comunes del matrimonio o*
- b) Que tenga una edad superior a los 50 años en la fecha del fallecimiento del causante de la pensión.*

La cuantía de la pensión de viudedad resultante se calculará de acuerdo con la normativa vigente con anterioridad a la fecha de entrada en vigor de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social.

En los supuestos a que se refiere el primer párrafo de esta disposición transitoria, la persona divorciada o separada judicialmente que hubiera sido deudora de la pensión compensatoria no tendrá derecho a pensión de viudedad.

En cualquier caso, la separación o divorcio debe haberse producido con anterioridad a la fecha de la entrada en vigor de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social.

Lo dispuesto en esta disposición transitoria será también de aplicación a los hechos causantes producidos entre el 1 de enero de 2008 y el 31 de diciembre de 2009, e igualmente les será de aplicación lo dispuesto en el artículo 174, apartado 2, de esta Ley.

2. *También tendrán derecho a la pensión de viudedad las personas que se encuentren en la situación señalada en el primer párrafo del apartado anterior, aunque no reúnan los requisitos señalados en el mismo, siempre que se trate de personas con 65 o más años, no tengan derecho a otra pensión pública y la duración del matrimonio con el causante de la pensión no haya sido inferior a 15 años.*

3. Pues bien, como ya hemos apuntado la situación de la Sra. R. no encaja en el apartado primero de la DT 18ª, pues siendo cierto que tuvo hijos comunes con el causante –las hoy demandantes-, no lo es menos que le falta un requisito previo para lucrar la pensión, toda vez que entre la fecha de la separación judicial (10/1989) y la fecha del fallecimiento del causante de la pensión de viudedad (9/2012) transcurrió un período muy superior al que marca la norma de diez años.

4. Y por lo que respecta al apartado 2 de la DT 18ª, ya hemos visto que esta norma impide el acceso a la pensión de viudedad a quien es titular de otra pensión pública, y el SOVI lo es. Es cierto que la DT 7ª LGSS, en la redacción dada por la Ley 9/2005, permite hacer compatible la percepción de pensiones de vejez o invalidez SOVI con una pensión de viudedad, alterando la regla general de incompatibilidad de la pensión SOVI con cualquier otra prestación derivada de un régimen público de protección social. Pero también lo es, que el apartado 2 de la DT 18ª es ley especial y de publicación posterior, pues se incorporó al texto refundido de la LGSS por la Ley

27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social. Por tanto, dado que la Sra. R. percibía al tiempo del fallecimiento del causante una pensión SOVI, hay que concluir que la actuación del INSS que le requirió para que optase entre esta o la de viudedad que había solicitado, se debe considerar ajustada a derecho, tal y como resolvió la sentencia recurrida que, en consecuencia, debe ser confirmada.

CUARTO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 235.1 de la 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.

FALLAMOS

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de DOÑA A. Y DOÑA C.T.R. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº. 10 de Valencia de fecha 24 de abril de 2015; y, en consecuencia, confirmamos la resolución recurrida.

Sin costas.