

**Sentencia núm. 49, de 19 de enero de 2016**

**Materia: Prestación por desempleo. Subsidio. Trabajador cobrando subsidio de desempleo que se desplaza al extranjero y no solicita autorización. Sanción. Extinción del subsidio y prestación.**

**Juzgado: Estima la demanda y condena al organismo demandado a dejar sin efecto la resolución, acordando la suspensión del derecho al subsidio durante determinado periodo, con las consecuencias legales inherentes a dicha declaración.**

**Sala: Estima el recurso y revoca la sentencia de instancia. No procede el subsidio en tanto el demandante no reúne los requisitos legales para su reconocimiento.**

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

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Se recurre por el representante del Servicio Público de Empleo Estatal (SPEE) la sentencia de instancia que estimó la demanda presentada por D. E.A. en el sentido de dejar sin efecto la resolución de 26 de enero de 2012 en la que se acordaba la extinción del subsidio por desempleo que venía percibiendo el Sr. A. y, en su lugar, acordar la suspensión de dicho subsidio en el periodo del 7 al 8 de agosto de 2011 –si bien, sin duda por error mecanográfico, se cita en el fallo de la sentencia el año 2012-.

**SEGUNDO.-** 1. El recurso se sustenta un motivo único redactado al amparo del apartado c) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS), en el que se denuncia la infracción del artículo 222 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que establece el llamado efecto positivo de la cosa juzgada. Se argumenta por la Entidad recurrente, que siendo que el subsidio que percibía el Sr. A. derivaba de una prestación contributiva que no fue agotada sino extinguida por sanción confirmada por sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 1 de Alicante de 17 de abril de 2014, “no es posible ni legal ni lógicamente que se suspenda un derecho que no debió nacer”.

2. Dispone el artículo 222.4 de la LEC lo siguiente: “Lo resuelto con fuerza de cosa juzgada en la sentencia firme que haya puesto fin a un proceso vinculará al tribunal de un proceso posterior cuando en éste aparezca como antecedente lógico de lo que sea su objeto, siempre que los litigantes de ambos procesos sean los mismos o la cosa juzgada se extienda a ellos por disposición legal.” *Como se ha señalado por la jurisprudencia, sirva como ejemplo la STC 226/2002, de 9 de diciembre, “el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE protege y garantiza la eficacia de la cosa juzgada material, tanto en su aspecto negativo o excluyente de nuevos pronunciamientos judiciales con idéntico objeto procesal al ya resuelto en sentencia firme, como en su aspecto positivo o prejudicial, impidiendo que los Tribunales, en un*

*proceso seguido entre los mismos sujetos, puedan desconocer o contradecir las situaciones jurídicas declaradas o reconocidas en una sentencia que haya adquirido firmeza”. En esta misma línea la STS de 26-10-2004 (recurso 4286/2003) señala que “la función del instituto de cosa juzgada es doble pues –amén del efecto negativo o excluyente- cabe el efecto positivo o prejudicial cuando no hay identidad absoluta de los elementos de la pretensión pero sí hay una parcial identidad en el objeto de uno y otro proceso.”*

3. Pues bien, en el caso que ahora se enjuicia son hechos nos discutidos los siguientes: A) El Sr. A. venía percibiendo el subsidio por desempleo desde el 13 de mayo de 2011, tras haber disfrutado de una prestación de igual clase desde el 13 de junio de 2009. B) La Entidad Gestora dictó dos resoluciones: una en fecha 26 de enero de 2012, en la que se acordó extinguir el subsidio con efectos de 7 de agosto de 2011 con causa en la salida al extranjero del actor sin que tal circunstancia fuera comunicada al SPEE; y otra el 13 de junio siguiente por la que se acordó la extinción tanto de la prestación como del subsidio con efectos del 19 de febrero de 2010, con causa también en haber salido al extranjero el 19 de febrero de 2010 y haber regresado el 15 de marzo de 2010; haber salido el 25 de julio de 2010 y el 3 de diciembre de 2010, sin que conste las fechas de entrada; y haber salido de nuevo el 6 de agosto de 2011 y regresado al día siguiente. C) Por sentencia del Juzgado de lo Social número 1 de Alicante se desestimó la demanda presentada por el Sr. A. en la que se impugnaba la extinción de la prestación acordada en la resolución de 13 de junio de 2012; si bien dicha sentencia no se pronunció sobre la extinción del subsidio por estar “sometido a otro procedimiento”, que es el que ahora nos ocupa.

4. Siendo estos los hechos más relevantes, el recurso no puede prosperar. En efecto, es cierto, como se razona en la sentencia recurrida, que la salida al extranjero por tiempo no superior a 15 días naturales por una sola vez cada año, no es causa de extinción sino de suspensión de la prestación o el subsidio por desempleo. Así lo venía manteniendo el Tribunal Supremo en las sentencias que se citan en la resolución recurrida y así fue positivizado en el artículo 212.1 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) tras la reforma operada por la Ley 1/2014, de 28 de febrero, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social. Pero con todo y con eso, es evidente que no se puede reconocer el derecho al percibir el subsidio si no concurren los presupuestos exigidos legalmente para ello que se encuentran reseñados en el artículo 215.1 de la LGSS, en la redacción vigente al tiempo de suceder los hechos. Pues bien, tal y como se argumenta por la Entidad Gestora en su recurso, si la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 1 de Alicante –cuya firmeza no se cuestiona- confirmó la sanción de extinción de la prestación por desempleo, es obvio que ya no puede sostenerse que el acceso al subsidio por parte del Sr. A. lo fue tras “haber agotado la prestación por desempleo”, que es lo que, en un principio, le permitió disfrutar del referido subsidio. Dicho de otro modo, si se estimara la demanda del actor y se le reconociera el derecho a percibir el subsidio –como hace la sentencia recurrida-, se estaría desconociendo lo resuelto en el procedimiento anterior seguido entre las mismas partes; es decir, se estaría privando a la sentencia dictada en ese proceso del efecto positivo de la cosa

juzgada con la consiguiente vulneración del mandato contenido en el artículo 222.4 de la LEC. Y, en definitiva, se le estaría reconociendo un subsidio al que no tiene derecho por no reunir todos los requisitos de acceso al mismo. En efecto, como ya tuvo ocasión de señalar el Tribunal Supremo en su sentencia de 24 de enero de 2000 (rcud.214/1999), “La Ley 31/1984 establecía, como uno de los requisitos para tener la consideración de beneficiario del subsidio, el haber agotado la prestación por desempleo, norma que se ha transcrito en el artículo 215.1.1 a) del Texto Refundido de la Ley de la Seguridad Social. De modo que si el perceptor de la prestación básica no la agota no puede acceder a la condición de beneficiario del subsidio, y ello tanto, si dejó de agotarla por haber accedido durante su disfrute a un nuevo empleo como si fue por sanción. No se trata por tanto de una nueva sanción, sino de la ausencia de un requisito”.

5. En este punto conviene recordar que de acuerdo con una consolidada doctrina jurisprudencial que arranca de la STS de 28 de junio de 1994 (rcud. 2946/1993) dictada en Sala General y que ha sido seguida por sentencias posteriores como la STS de 10 de marzo de 2003 (rcud. 2505/2002), en los procesos de Seguridad Social en donde se pide normalmente el reconocimiento del derecho a una prestación, *“El actor tiene que probar los hechos constitutivos de su derecho (la existencia de la situación protegida, la concurrencia de los restantes requisitos de acceso a la protección ...) y la entidad gestora tiene la carga de probar los hechos impeditivos, los extintivos y los excluyentes. La ausencia de un hecho constitutivo puede ser apreciada por el Juez, si resulta de la prueba, incluso aunque no se haya alegado por la parte demandada y lo mismo sucede con los hechos impeditivos y extintivos. La razón está, como ha señalado la doctrina científica, en que los órganos judiciales están vinculados por el principio de legalidad y no pueden otorgar tutelas infundadas. Sólo los hechos excluyentes son excepciones propias en el sentido de que el juez no puede apreciarlas si no son alegadas por la parte a quien interesan y ello porque estos hechos no afectan a la configuración legal del derecho. Pero en cuanto a los otros hechos el juez debe apreciarlos cuando se prueben aplicando las normas correspondientes, aunque no exista oposición del demandado o aunque éste no comparezca en juicio para oponerse. En este sentido, el hecho de que la Entidad Gestora desestime la solicitud por una causa cuando está acreditada en el procedimiento la existencia de otra no impone al juez la obligación de estimar la demanda y reconocer la prestación cuando considera improcedente la causa aplicada en la resolución administrativa, pero procedente la que debidamente acreditada no se tuvo en cuenta por el organismo gestor. De no ser así la tutela judicial y la garantía de la cosa juzgada podría no otorgarse en contra del mandato de la ley, que no es disponible ni para el juez (artículo 1 y 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial), ni para la Administración (artículo 52.2 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común ).”*

6. En definitiva y por las razones expuestas, procede estimar el recurso interpuesto por el SPEE y desestimar la pretensión contenida en la demanda que ha dado origen al presente procedimiento.

**TERCERO.-** No ha lugar a la imposición de costas (art.235.1 LRJS).

## FALLO

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre del SERVICIO PÚBLICO DE EMPLEO ESTATAL contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº.6 de Alicante de fecha 28 de julio de 2014, en virtud de demanda presentada a instancia de DON E.A.; y, en consecuencia, revocamos la sentencia recurrida y con desestimación de la demanda iniciadora de las presentes actuaciones absolvemos al Organismo demandado de la reclamación deducida frente a ella.

Sin costas.

**Sentencia núm. 68, de 19 de enero de 2016**

**Materia:** Reclamación de cantidad. Trabajador que cesa en la empresa por despido objetivo declarado procedente. Ejecución por vía de apremio de la sentencia. Declaración de insolvencia provisional de la empresa. Concesión de determinada cantidad en reclamación de determinado porcentaje de la indemnización por despido objetivo. Incumplimiento plazo para dictar resolución por el organismo demandado.

**Juzgado:** Estima parcialmente la demanda condenando al organismo demandado a pagar al actor determinada cantidad, en concepto de 40% de indemnización por despido, absolviéndole del resto de peticiones formuladas en su contra. No procede la indemnización por preaviso omitido.

**Sala:** Desestima el recurso del organismo demandado y confirma la sentencia de instancia. Acto presunto declarativo de derecho a favor del actor.

**Ponente:** Ilma. Sra. D<sup>a</sup>. Gema Palomar Chalver.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Se recurre por parte de la representación procesal del FGS, al amparo del apartado c) del art. 193 de la LRJS, la sentencia que dictó el día 29 de octubre de 2014 el Juzgado de lo Social número 6 de los de Alicante, juzgado, que estimó parcialmente la demanda planteada por el trabajador frente al Fondo de Garantía Salarial (en adelante FOGASA), en reclamación del 40% de la indemnización por despido objetivo, que la concedió, y no así la cantidad relativa al preaviso omitido. Se ha presentado escrito de impugnación.

En el único motivo del recurso, destinado a la censura jurídica, se denuncia en primer lugar la infracción del art. 43 de la Ley 30/92 de 26 de noviembre y jurisprudencia de la Sala III relativa al silencio administrativo positivo; art. 33.8 del ET en relación con el art. 59.2 del mismo texto y art. 1969 del Código civil así como jurisprudencia unificadora de la Sala IV del TS establecida, entre otras, en sentencia de 3-5-2004. Se alega que la resolución del FGS de 31-12-2012 no es una resolución desestimatoria, sino estimatoria de la solicitud del trabajador, por ello no contraria al sentido del silencio, si bien ajusta el reconocimiento a los términos en que legalmente está regulada la responsabilidad del FGS, tanto la subsidiaria (apdo 2 del art. 33) como la directa (apdo 8). Insiste el organismo demandado en que la resolución expresa posterior es estimatoria pero en toda la extensión en que el organismo puede autorizar aplicando la normativa reguladora de su responsabilidad. Así, el plazo para reclamar el 40% (cuya responsabilidad para el FGS es directa) es de un año contado desde la firmeza de la sentencia que declaró la procedencia del despido objetivo, plazo que fue sobrepasado, lo que unido a una indebida aplicación del régimen legal del silencio administrativo determina que la sentencia deba ser revocada y sustituida por

otra absoluta del FGS.

**SEGUNDO.**-Para resolver el motivo hemos de partir de los siguientes datos:

A).-El demandante cesó en la empresa el 19.1.10 por despido objetivo declarado procedente por sentencia de fecha 2.6.10, aclarada el 5.7.10, dictada por el Juzgado de lo Social nº 6 de Alicante en los autos nº 78/2010, condenando a la empresa a abonar al actor la cantidad de 24.598'80 euros en concepto de indemnización y 2.049'90 euros en concepto de falta de preaviso. B).- Solicitada la ejecución por vía de apremio de la sentencia por las cantidades anteriores, la misma concluyó con la declaración de insolvencia provisional de la empresa por resolución de fecha 13.9.11. C).- DON J.G.G. solicitó en fecha 7.10.11 del FONDO DE GARANTIA SALARIAL el pago de las anteriores cantidades reconociéndosele únicamente mediante resolución de fecha 31.5.12 la cantidad de 14.473'71 euros en concepto de 60% de indemnización. La denegación del resto de cantidades se basa en el transcurso del plazo de prescripción por lo que se refiere al 40% de la indemnización y que la falta de preaviso no tiene naturaleza salarial sino indemnizatoria.

A la vista de estos datos, la Abogacía del Estado en nombre del FGS, con cita de la STS de 3-5-2.004, considera prescrita la reclamación del actor en cuanto al 40 por ciento de la indemnización por el cese objetivo de la que por ministerio del art. 33.8 E.T (vigente al tiempo del hecho causante) debe responder el Organismo demandado directamente, porcentaje que es el único que se reclama en este proceso, al haber sido abonado el 60% restante, en función de la responsabilidad subsidiaria del FGS en los supuestos de insolvencia empresarial (art. 33.2 ET)

Debemos recordar, a efectos de una mayor claridad, que respecto del abono del 40% de la indemnización legal que corresponde a los trabajadores, ello es sin necesidad de acreditar la situación de insolvencia de la empresa, porque su obligación es "ope legis", y se ha sostenido en diversos pronunciamientos de esta Sala, (sentencias de 27 de junio, 24 de noviembre, 12 y 16 de diciembre de 1992 -Recursos 19331/91, 2410/91, 679/92y 2269/91-, 11 de mayo y 9 de junio de 1994 -Recursos 1454/93y 3102/93y 3 de julio de 2001 -Recurso 486/00EDJ2001/29321 -, que la responsabilidad del FOGASA, establecida, en el art. 33.8, es:

a) Pura, al no estar sujeta a condición o término, de modo que puede exigirse, sin necesidad de acreditar situación de insolvencia, suspensión de pagos, quiebra o concurso de acreedores del empresario.

b) Directa e inmediata, al imponer el deber del pago de la indemnización con eficacia desde el primer momento.

c) Limitada, por fijar su alcance en el 40% de la tasa indemnizatoria legal, y no superior a la que, en su caso, pudiera pactarse.

La aplicación de la Doctrina Unificada de la Sala 4ª del TS, contenida en la sentencia de 3-5-2004, debería llevarnos a la estimación del recurso, pues para interrumpir el plazo de prescripción del cuarenta por ciento de la indemnización correspondiente al FOGASA en concepto de responsabilidad directa, el trabajador debería haber reclamado tal responsabilidad al mismo, de la que por ministerio de la ley debe hacerse cargo exclusivamente el organismo demandado, en el plazo de un

año desde la fecha del despido, o en este caso en que ha habido sentencia declarando la procedencia, un año desde la firmeza de la misma, año que estaba sobrepasado a fecha 7-10-2011.

**TERCERO.**-Dicho lo anterior, debemos tener en cuenta para resolver la presente controversia lo establecido por esta Sala al resolver el recurso de suplicación 2925/2014 e indicar que, "conforme dispone el RD 505/1985, de 6 de marzo, regulador de la organización y funcionamiento del Fondo de Garantía Salarial, art. 28. 6 y 7, las resoluciones dictadas en procedimientos de solicitud de prestaciones al Fondo de Garantía Salarial serán notificadas a los interesados, mediante traslado del texto íntegro de aquélla y sus anexos, limitándose el plazo máximo para la resolución en primera instancia a tres meses, contados a partir de la presentación en forma de la solicitud.

Transcurridos dichos tres meses, y habida cuenta que conforme al art. 1.3 del RD 432/1999, de 12 de marzo, el Fondo se rige, entre otras normas, por la Ley 30/92, de 26 de noviembre, debe examinarse la posible aplicación del art. 43 de la citada disposición legal, en virtud de la cual, "los interesados podrán entender estimados por silencio administrativo sus solicitudes en todos los casos, salvo que una norma con rango de ley o norma de Derecho comunitario europeo establezca lo contrario". Efectivamente, el art. 43.1 de la Ley 30/92 señala: "1. En los procedimientos iniciados a solicitud del interesado, sin perjuicio de la resolución que la Administración debe dictar en la forma prevista en el apartado 3 de este artículo, el vencimiento del plazo máximo sin haberse notificado resolución expresa legitima al interesado o interesados que hubieran deducido la solicitud para entenderla estimada por silencio administrativo, excepto en los supuestos en los que una norma con rango de ley por razones imperiosas de interés general o una norma de Derecho comunitario establezcan lo contrario."

Pues bien el plazo máximo para dictar la Resolución por el FOGASA es de tres meses desde la fecha de la solicitud, y en nuestro caso tal plazo no se ha cumplido ya que, según consta en el propio recurso del FGS y al hecho probado 3º, la solicitud del demandante fue de 7-10-2011 y la resolución administrativa impugnada es de 31-5-2012, fecha en la que ya se había superado el referido lapso temporal. Y no podemos entender, como dice el Fondo, que esa resolución expresa posterior es estimatoria ya que, por lo que afecta a la pretensión del 40% no lo es, puesto que deniega su pago y por eso se está pidiendo, ello con independencia de que sí otorgue el 60% relativo a la responsabilidad subsidiaria.

En cuanto a los efectos del silencio administrativo positivo, ha declarado la Sala Tercera del TS, en Sentencia de 17 de julio de 2012 (Rec. 5627/2010) por remisión a la dictada el 15 de marzo de 2011 que: «El silencio administrativo positivo, según el artículo 43.3 de la Ley 30/1992, tiene todos los efectos propios o característicos que tendría un acto finalizador del expediente, salvo el de dejar formalmente cumplido el deber de resolver; de ahí, que el apartado 4.a) de ese precepto en la redacción actual, disponga que "en los casos de estimación por silencio administrativo, la resolución expresa posterior a la producción del acto sólo podrá dictarse de ser confirmatoria del

mismo " (...). Ahora bien, una vez operado el silencio positivo, no es dable efectuar como realiza el Tribunal de instancia, un examen sobre la legalidad intrínseca del acto presunto, pues, si bien es cierto, que según el artículo 62.1.f) de la Ley 30/1992 son nulos de pleno derecho los actos presuntos "contrarios" al Ordenamiento Jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición, no es menos cierto, según declaramos, entre otras, en nuestra sentencia de uno de abril de dos mil cuatro, recaída en el recurso de casación 1602/2000, que para revisar y dejar sin efecto un acto presunto (nulo) o anulable la Administración debe seguir los procedimientos de revisión establecido por el artículo 102, o instar la declaración de lesividad". Dicho criterio ha sido confirmado en Sentencia también de la Sala Tercera, de 25 de septiembre de 2012, Rec. 4332/2011, con cita de las anteriores."

Partiendo de tal criterio y dado que no podemos acoger en este proceso un motivo de oposición material como es el de la prescripción, el motivo de recurso debe de ser desestimado pues, no cabe tomar en consideración la Resolución dictada por el FOGASA extemporáneamente, relativa al abono del 40%. Esta misma conclusión se alcanza en resoluciones dictadas por diferentes Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia, pudiendo citarse a título de ejemplo, las citadas por las Salas de Castilla y León, sede Valladolid de 16 de septiembre de 2014 (Rec. 1051/2014); Madrid, 7 de julio de 2014, (Rec. 2106/2013) y 2 de junio de 2014 (Rec. 1968/2013); Asturias, 16 de mayo de 2014 (Rec. 918/2014) y 27 de junio de 2014 (Rec. 1308/2014); Valencia 1 de abril de 2014 (Rec. 2399/2013) y 11 de abril de 2014 (Rec. 2596/2013); y Murcia, 26 de enero de 2015 (Rec. 348/2014).

En resumen, en el caso enjuiciado nos encontramos ante un acto presunto declarativo de derecho a favor del actor, pues su solicitud de abono del 40% de la indemnización no fue resuelta por el Fondo de Garantía Salarial dentro del plazo de tres meses que establece el art. 28-7 del RD 505/85. Esa estimación, por silencio administrativo positivo, sólo puede dejarse sin efecto acudiendo a los procedimientos legalmente establecidos para la revisión de los actos administrativos, no mediante una resolución expresa tardía denegando el derecho, por lo que resulta forzoso concluir que la sentencia de instancia, al condenar al FGS al abono de la suma interesada, debe ser confirmada y el recurso planteado por el FOGASA debe ser desestimado.

## FALLO

Que desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por la representación del Fondo de Garantía Salarial contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 6 de los de Alicante de fecha 29 de octubre de 2014, por lo que confirmamos la citada sentencia.

Sin costas.

**Sentencia núm. 75, de 19 de enero de 2016**

**Materia:** Despido. Trabajadora, representante de los trabajadores, que lleva a cabo repetidas conductas irregulares constitutivas de faltas muy graves: consumo de productos sin proceder al abono de los mismos. Tránsito de la buena fe contractual. Declaración de despido procedente. Estimación.

**Juzgado:** Estima la demanda declarando nulo el despido, condenando a la demandada a la readmisión de la trabajadora demandante en las mismas condiciones que regían antes de producirse el mismo, en cuanto a horario y retribución, con abono de los salarios dejados de percibir hasta la notificación de la sentencia.

**Sala:** Estima el recurso y revoca la sentencia de instancia. La conducta de la trabajadora es merecedora de la declaración de despido procedente, absolviendo a la recurrente de los pedimentos formulados en la demanda.

**Ponente:** Ilma. Sra. D<sup>a</sup>. Ana Sancho Aranzasti.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Dictada sentencia por el Juzgado de lo Social número 1 de Elche el 18 de agosto de 2015, por la que se estimaba la demanda interpuesta por Doña N.S.S. frente a la empresa M.E. S.A.U, recurre en suplicación la empresa demandada, impugnando el recurso la trabajadora.

**SEGUNDO.-** Al amparo del apartado b) del art. 193 LRJS, solicita la empresa sea revisado el relato fáctico de la sentencia de instancia, y en concreto su ordinal quinto, para que en su redactado se añadan los concretos productos que la actora abonó el día 5 de noviembre de 2013, de manera que la redacción de dicho antecedente fáctico, resulte del siguiente modo:

“La actora en fecha 30 de octubre de 2013 cogió de la charcutería una loncha de queso cheddar no constando su abono en caja, consta el abono de una loncha de queso sacada el día 13/11/2013 y abonada al día siguiente. La actora en fecha 2 de noviembre de 2013 cogió una bagueta de pan para su almuerzo que fue abonada a las 13,29 horas. La actora en fecha 5 de noviembre de 2013 cogió una manzana y un tomate y una bagueta de pan, procediendo al abono por la tarde de diversos productos en los que no consta la baguette ni el tomate, pero que ascienden a 9.94 euros *siendo los mismos los que constan en la factura de dicha fecha: Manzana R.Gala, panec con c/pipa cala, piña, bombon Ferrero r., jabón mano glice, cerv. Quilmes 33 y suav. Flor az. Con.* La actora conocía que la norma de la empresa era abonar los productos antes de consumirlos. Era práctica habitual en el centro de trabajo guardar los tiques de lo consumido y abonarlo todo junto con la compra del día”.

Apoya su revisión en el documento número 15 de su ramo de prueba, y en concreto en la factura de los productos abonados el día 5 de noviembre puesto en relación con el documento número 13 de la demandante, que consiste en el ticket de compra de ese mismo día.

La revisión debe prosperar, pues la misma se deriva literalmente del documento indicado, sin necesidad de realizar conjeturas, deducciones o elucubraciones sobre su contenido. El importe de la factura, coincide con el ticket de compra aportado por la demandante y su contenido resulta relevante a efectos de modificación del fallo, pues a través de la concreta expresión de los productos abonados, puede constatarse la falta de abono de determinados productos, que es en definitiva lo que se pretende por la recurrente. Además, dicha factura no ha sido impugnada por la actora.

**TERCERO.-** A continuación, a través de dos motivos diferenciados, redactados al amparo del apartado c) del art. 193 LRJS, combate el recurrente la solución alcanzada en la instancia. Si bien ambos motivos se redactan de forma independiente, lo cierto es que mantienen una misma línea argumental y denuncian la infracción de los mismos preceptos legales y jurisprudencia, por lo que, aun cuando el motivo tercero se plantee de forma subsidiaria a la desestimación del motivo segundo, ambos pueden ser examinados conjuntamente.

Y así, se dice conculcado por el Juzgador de Instancia el art. 54.1 ET, en relación con el art. 54.2.b) y d) ET, y arts. 35.c) y 36 del Convenio Colectivo de Supermercados, Autoservicios y Detallistas de Alimentación en General de la Provincia de Alicante. Y ello por cuanto la conducta desplegada por la trabajadora y acreditada en la instancia, consistente en el consumo de productos sin proceder a su abono, constituye una clara transgresión de la buena fe contractual y abuso de derecho, que se ha visto además agravada por la condición de miembro del comité de empresa de la actora, a quien, conforme a jurisprudencia de la Sala Cuarta que cita, se le exige una mayor diligencia en la observancia de las normas.

Tal y como ha expresado el Tribunal Supremo, “La fidelidad o lealtad mutua entre las partes es una de las notas fundamentales del contrato de trabajo, dimanante de la propia naturaleza del nexo jurídico que vincula a la empresa y trabajador, por lo cual la deslealtad se ha configurado por la jurisprudencia de esta Sala como una conducta totalmente contraria a los deberes básicos que el nexo laboral comporta, por parte del empresario hacia el trabajador en su dignidad y en sus derechos fundamentales, o por parte de éste respecto de aquél, además de en razón de esos mismos principios, en base de los quehaceres que se ha obligado a realizar, según su propia función, profesión u oficio tanto frente al empresario como frente a los terceros que reciben las prestaciones que la empresa ofrece (STS 30/01/1981).

El actuar del trabajador debe ajustarse a las “exigencias de un obrar acorde con las reglas naturales de la “bona fides” y de la rectitud conforme a los criterios morales y sociales imperantes, principio general de necesaria observancia que preside la contratación, al estar implícito en el nacimiento, perfección y desarrollo de todo

negocio jurídico acorde con la ley, y que se conecta directamente con la significación fundamental que en la relación de trabajo alcanzan las normas de la buena fe y de la fidelidad, como expresión de probidad en el cumplimiento del servicio encomendado, que debe desempeñarse con todo celo y lealtad, en aras del buen orden laboral, de los intereses patronales y de la confianza en el trabajador depositada que éste no puede defraudar (STS 21/12/1987).

Y así, la transgresión de la buena fe contractual que como determinante de despido se contempla en el art. 54.2.d) ET, se trata evidentemente de una materia en la que resultan decisivas las circunstancias específicas de cada caso concreto, precisando que el trabajador “sea juzgado atendiendo a los elementos objetivos y subjetivos que hayan intervenido en el ilícito laboral que se le achaca y por tanto, no sólo en relación con la vinculación empresarial, sino la que tiene con los demás y con el fenómeno que se desarrolla y la intervención que haya tenido en el mismo” (STS 18/07/1990).

La resolución del presente recurso se ha de sujetar a las concretas circunstancias fácticas que han resultado acreditadas en la instancia y que a dichos efectos, se circunscriben únicamente al consumo de productos del supermercado en el que trabajaba la demandante sin abonar su importe. Ha resultado acreditado que la actora, miembro del comité de empresa, el día 30 de octubre de 2013 cogió de la sección de charcutería una loncha de queso cheddar, sin constar su abono en caja. Igualmente, el día 5 de noviembre de 2013, cogió una manzana, un tomate y una bagueta de pan, abonando por la tarde únicamente los siguientes productos: Manzana R.Gala, panecillos con c/pipa cala, piña, bombón Ferrero r., jabón manos glicerina, cerveza Quilmes 33 y suavizante Flor. Así se desprende de la revisión de hechos probados que ha prosperado a través del presente recurso.

Ante tales incumplimientos, el Juzgador a quo valora la conducta de la demandante para terminar concluyendo que el despido de aquélla resultó desproporcionado, pues: a) El abono tardío de los productos no puede convertirse en una falta de abono; b) La empresa no identificó la hora concreta en que se produjeron los hechos imputados, por lo que en lo que consta pagado, no puede determinarse si el lapso temporal entre el hecho y el pago es mayor o menor; c) No puede comprobarse la identificación correcta de los productos abonados el día 5 de noviembre, pues los códigos de los productos pueden confundirse unos con otros, d) Y que respecto al consumo de una loncha de queso, se aprecia una confusión de la demandante al tratar de justificar su abono.

Ante tales argumentos, esta Sala sólo puede mostrar su disconformidad. En primer lugar porque no entendemos en qué medida puede resultar confusa la identificación de los productos abonados el día 5 de noviembre por la demandante. De la simple lectura del documento apuntado por el recurrente en el motivo de revisión de hechos, consistente en la factura correspondiente a ese día, se desprende con total claridad, sin tener que realizar un especial esfuerzo interpretativo, cuáles fueron los productos abonados por la trabajadora. Entre ellos no consta ni el tomate, ni la bagueta de pan, de lo que se deduce que los mismos fueron consumidos por la

actora sin pagar su importe.

En segundo lugar, porque la conducta desplegada no se circunscribe a un simple retraso en el abono de productos, como así pretende hacer ver el Juzgador, conducta que pudiera quedar justificada por la costumbre habitual en la empresa de abonar los productos consumidos al final del día, junto con otras compras que se hubieran podido producir. Por el contrario, ha constado acreditado que la Sra. S., tanto el día 30 de octubre como el 5 de noviembre de 2013, tomó del establecimiento en el que trabajaba, productos alimenticios de los que en ningún caso consta abonado su valor. Y ello, contraviniendo la norma expresa y de la que tenía conocimiento, pues así se hace constar al hecho probado quinto, de la prohibición de tomar productos sin abonar previamente su importe. Así se expresa en el Manual de empleados que refiere expresamente que “queda terminantemente **prohibido el consumo de productos**, aunque se trate de los productos retirados de la venta por cualquier motivo, dentro del centro. Todos **los productos se consumirán pasada la línea de cajas previo pago de su importe**”.

En tercer lugar, porque no pueden invertirse los términos del debate, tratando de imputar a la empresa una falta de justificación de los concretos horarios en los que se produjeron los hechos, puestos en relación con el momento en que fueron abonados y el mayor o menor lapso temporal transcurrido para justificar la actuación de la actora. En el supuesto enjuiciado, ninguna comparativa puede realizarse, pues los días 30 de octubre y 5 de noviembre el lapso temporal se tornó en indefinido, al no existir pago alguno.

Y en cuarto y último lugar, y en la misma línea que el razonamiento anterior, tampoco tratar de imputar responsabilidad a los testigos, cajeras o encargadas por los hechos acontecidos, y la ausencia de conducta impeditiva por su parte, pues la responsabilidad sobre los hechos declarados probados recae única y exclusivamente sobre la demandante, que con su actuación, conculcó las normas de funcionamiento de la empresa, y el deber de acatamiento de las mismas, contraviniendo las órdenes expresas de no consumir ningún producto que no hubiera sido abonado.

A juicio de esta Sala, la conducta desplegada reviste la gravedad suficiente para estimar procedente el despido operado, máxime cuando además la demandante, ostenta la condición de miembro del comité de empresa, que le exige si cabe una mayor disciplina en el acatamiento de las normas dadas. Y teniendo en cuenta que siendo indiferente la gravedad de la transgresión, una vez que la misma haya sido apreciada, pues la infracción del deber de buena fe se produce “per se” (STS 26-05-86), sin que sea posible acudir como elemento mitigador de la conducta desplegada a la gravedad o daño causado a la empresa (STS 21-2-83), procede revocar la sentencia dictada en la instancia, y con desestimación de la demanda, declarar el despido procedente, absolviendo a la empresa demandada de todos los pedimentos de la demanda.

**CUARTO.-** De conformidad con lo dispuesto en el art. 235.1 LRJS, no ha lugar a la imposición de costas al recurrente. Se acuerda la devolución de las consignaciones y

del depósito constituido para recurrir y cancelación en su caso de los aseguramientos prestados, una vez firme la presente, de conformidad con el art. 203.1 LRJS.

En virtud de lo expuesto,

### **FALLO**

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de la empresa M.E. S.A.U frente a la Sentencia dictada el 18 de agosto de 2015 por el Juzgado de lo Social número 1 de Elche, autos número 106/2014 sobre despido, seguidos a instancia de Doña N.S.S. frente a la precitada recurrente; y en consecuencia, con revocación de la sentencia de instancia, y desestimación de la demanda, declaramos procedente el despido operado y absolvemos a la recurrente de todos los pedimentos de la demanda. Sin imposición de costas.

2049

**Sentencia núm. 119, de 26 de enero de 2016**

**Materia:** Declaración de invalidez. Trabajador afiliado al RGSS, con profesión habitual de albañil, que solicita prestación por incapacidad la cual le es denegada por no alcanzar las lesiones que padece un grado suficiente para ser constitutivas de incapacidad permanente. Reconocimiento incapacidad total/parcial para ejercicio profesión habitual.

**Juzgado:** Desestima la demanda, confirmando la resolución recurrida y absolviendo al demandado de las pretensiones efectuadas en su contra. No procede la declaración de invalidez solicitada en la instancia.

**Sala:** Estima el recurso y revoca la sentencia de instancia. Las lesiones que padece el actor le incapacitan para desarrollar con seguridad el normal ejercicio de su profesión habitual. Declara al actor afecto de una incapacidad permanente total para el ejercicio de su profesión habitual, derivada de enfermedad común, con derecho a una pensión vitalicia mensual en cuantía del 55% de su salario base regulador.

**Ponente:** Ilma. Sra. D<sup>a</sup>. Teresa Pilar Blanco Pertegaz.

#### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-** Por el cauce del apartado c del art. 193 de la Ley de la Jurisdicción Social (LJS) se introduce el único motivo en que se articula el recurso de suplicación entablado por la representación letrada de la parte actora contra la sentencia del juzgado que desestima tanto la pretensión sobre reconocimiento de la situación de incapacidad permanente total para la profesión habitual como la pretensión sobre reconocimiento de la situación de incapacidad permanente parcial para la profesión habitual, no habiendo sido impugnado el recurso de contrario, como se refirió en los antecedentes de hecho.

En el único motivo del recurso se denuncia la infracción por no aplicación del art. 137.4 de la LGSS ya que entiende la defensa del recurrente que las lesiones que padece el trabajador son incompatibles con el adecuado ejercicio de las tareas fundamentales de la profesión habitual de oficial primera albañil, caravistero, por ser una profesión eminentemente física que exige la realización continua de esfuerzos físicos y completa visión binocular y habida cuenta que el actor no puede realizar grandes esfuerzos reiterados, no tiene una buena discriminación auditiva ni visión binocular y además debe evitar ambientes ruidosos (propios de cualquier obra).

El artículo 137.4 de la Ley General de la Seguridad Social en su redacción anterior a la reformada por la Ley 24/1997 de 15 julio, de Consolidación y Racionalización del Sistema de Seguridad Social, aplicable con arreglo a lo establecido en la Disposición Transitoria Quinta bis LGSS, prevé 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”. Del contenido del indicado precepto se desprende, tal y como señala la sentencia de la Sala de lo Social del TS de 21 de Marzo del 2005 (ROJ: STS 1761/2005), Recurso: 1211/2004 que “No cabe entonces llevar a cabo un análisis aislado de las lesiones que presente un trabajador, sino que las mismas han de proyectarse sobre las tareas habituales que el ejercicio de la profesión habitual comporta. Exigencia o premisa esencial en todo caso pero que, si cabe, se hace aún más evidente en los supuestos de pérdida de visión parcial, como el que se resolvió en la sentencia que hoy se impugna por medio de este recurso.”

El hoy demandante que nació en el año 1964 tiene como profesión habitual la de oficial 1ª albañil de la construcción, si bien ha trabajado en la ONCE del 25-10-12 al 22-4-13 y del 10-5-13 al 11-8-14 y padece las siguientes enfermedades: hipoacusia neurosensorial moderada bilateral, ambliopía por anisometropía del ojo izquierdo irrecuperable, hepatitis C crónica más trombopenia, HBSAC e hipercolesterolemia leve. Y tiene las limitaciones orgánicas y funcionales de: déficit auditivo bilateral: OD 18,75%, OI 35,62% y bilateral 21,56%, agudeza visual: ojo derecho 1,2, con corrección cercana por presbicia, y ojo izquierdo ve bultos, hepatitis C crónica desde hace 20 años, con trombopenia, HBSAC e hipercolesterolemia leve. Debe evitar ambientes ruidosos y fármacos ototóxicos, no puede efectuar tareas que requieran visión estereoscópica y está limitado para realizar esfuerzos físicos intensos reiterados y exposición a tóxicos hepáticos.

De los anteriores datos se evidencia que el demandante no puede realizar trabajos que requieran visión estereoscópica la que sin duda es necesaria en su profesión habitual que es la de albañil, oficial de 1ª de la construcción, a fin de calcular las distancias y trabajar con una mínima seguridad sobre todo cuando haya de realizar trabajos en altura que son frecuentes en la construcción de obras y en la que también son habituales los esfuerzos físicos intensos al requerir su desempeño bipedestación y/o deambulación mantenida a lo largo de toda la jornada, constante movilización del raquis y de las extremidades superiores, carga de pesos y adopción de posturas forzadas, desarrollándose además en un ambiente que suele ser ruidoso, lo que también está contraindicado por el déficit auditivo que presenta el actor, todo lo cual lleva a concluir que la situación del demandante se ha de incardinar en el apartado 4 del art. 137 de la Ley General de la Seguridad Social en su redacción original, vigente por mor de lo establecido en la Disposición Transitoria Quinta bis del mismo texto legal, con la consiguiente estimación del recurso y revocación de la sentencia impugnada, declarando al demandante en situación de incapacidad permanente total para la profesión habitual derivada de enfermedad común con derecho a percibir una pensión vitalicia y mensual del 55% de la base reguladora no controvertida de 861,65 euros mensuales, con la fecha de efectos que legalmente corresponda.

## FALLO

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de D. C.M.P. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social n.º Siete de los de Alicante y su

provincia, de fecha 12 de noviembre de 2014 y, en consecuencia, revocamos la sentencia de instancia, estimando la demanda interpuesta contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social, declaramos al demandante D. C.M.P. en situación de incapacidad permanente total para la profesión habitual, derivada de enfermedad común, condenando a la Entidad Gestora a estar y pasar por esta declaración y a abonar al demandante una pensión vitalicia y mensual en cuantía del 55 por ciento de su salario base regulador de 861,65 euros mensuales, más los incrementos legales correspondientes y con la fecha de efectos legales.

**Sentencia núm. 144, de 26 de enero de 2016**

**Materia:** Invalidez. Trabajador afiliado al RGSS que ejerce sus funciones como albañil. El demandante sufre un accidente de tráfico. Lesiones en la planta del pie, que le ocasionan limitaciones orgánicas y funcionales. Derecho a declaración de invalidez. Indemnización.

**Juzgado:** Estima la demanda, declarando al actor afecto de una incapacidad permanente parcial para profesión habitual por la contingencia de accidente no laboral con derecho a indemnización.

**Sala:** Estima el recurso y revoca la sentencia de instancia. El rendimiento del trabajador, con independencia de las lesiones que padece, no se ve afectado en un porcentaje superior al 33%, por lo que no procede la declaración de invalidez parcial como se ha concluido en la resolución de instancia. La profesión habitual del trabajador no se limita a trabajos de albañilería sino a la actividad de mecánico-ajustador, que no precisa exclusivamente de los requerimientos físicos alegados en la instancia.

**Ponente:** Ilma. Sra. D<sup>a</sup>. Ana Sancho Aranzasti.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** El recurso de suplicación a cuya resolución se contrae la presente resolución se interpone frente a la sentencia dictada el 10 de diciembre de 2014 por el Juzgado de lo Social número 8 de Valencia, en materia de reclamación de incapacidad permanente, y por la que se estimó parcialmente la demanda interpuesta por D. V.D.K. frente a Instituto Nacional de la Seguridad Social y Tesorería General de la Seguridad Social, reconociendo al demandante un grado de incapacidad permanente parcial.

**SEGUNDO.-** El recurso presentado por el Instituto Nacional de la Seguridad Social se articula a través de un único motivo, redactado al amparo del apartado c) del art. 193 LRJS, entendiéndose infringido el art. 137.3 LGSS. Y sostiene que tal y como resulta del hecho probado quinto de la sentencia de instancia, el actor fue dado de alta médica con una buena evolución de sus lesiones, con marcha independiente, sin ayuda ni claudicación. Que de hecho, ha continuado en la empresa, sin que se haya aportado prueba alguna de que exista una falta de rendimiento superior al 33% en su actividad de mecánico ajustador, actividad técnica y de habilidad manual, por lo que no constando necesidad alguna de adaptación del puesto de trabajo, mayor penosidad y otras circunstancias que hagan pensar en la reducción del rendimiento por encima del porcentaje indicado, procede estimar el recurso y revocar la sentencia de instancia.

Tomando en consideración la regulación contenida en el art. 137.3 LGSS, la valoración de la incardinación del trabajador en la situación de Incapacidad Permanente Parcial debe partir de la repercusión efectiva que las dolencias padecidas por aquél puedan tener en su oficio habitual, debiendo superar, en el caso de aquélla, un 33% del rendimiento normal para dicha profesión, ostentando los padecimientos carácter previsiblemente definitivos. A mayor abundamiento, cuando se trata de analizar la incapacidad permanente parcial, se ha de tener en cuenta no sólo la disminución del rendimiento, sino también la minoración en la capacidad de trabajo productiva entendiendo que, aún sin merma del rendimiento, o sin reducción de las percepciones salariales, se ha de reconocer una incapacidad permanente parcial siempre que el trabajador haya de emplear un mayor esfuerzo físico para mantener tal rendimiento, tal y como han declarado las SSTSJ Sala Social Madrid 14-2-05, 18-10-04 y Cataluña de 25-2-03.

Entiende la Juzgadora de instancia que atendiendo a la categoría profesional en la que se encuentra encuadrado el actor (oficial en empresa de construcción, grupo de cotización ocho), el trabajo que desempeña no es de carácter manual únicamente sino que requerirá deambulación por todo tipo de terrenos y la eventual adopción de posturas forzadas. Y que con base a ello, a la vista de las dolencias que el actor presenta, y las limitaciones que acarrearán, el actor, si bien no se encuentra incapacitado para realizar las principales tareas de su profesión, el desempeño de la misma se encuentra afecto de una mayor penosidad en su ejecución, valorable en un porcentaje superior al 33%, por lo que le reconoce un grado de incapacidad permanente parcial.

Se opone el INSS a dicha conclusión, por las razones expuestas anteriormente, y esta Sala se inclina por estimar el recurso que se nos presenta. Cierto es que en alguna ocasión en el expediente administrativo, se ha consignado que la profesión del demandante es la de albañil (solicitud del interesado y dictamen propuesta) y que el resto de la documentación indica que la profesión es la de mecánico ajustador de maquinaria de construcción (solicitud de Incapacidad, informe médico forense, informe médico de evaluación del EVI e informe de la Mutua de fecha 27/3/2013 al que remite este último, y en el que expresamente se consigna “operario de taller”). La Juzgadora a quo tomando como base el grupo profesional al que pertenece el actor, estima que su trabajo no será sólo de carácter manual sino que requerirá deambulación por todo tipo de terrenos y la eventual adopción de posturas forzadas.

Siendo así las cosas, la sentencia expone en sus hechos probados las distintas valoraciones médicas que se han practicado al demandante, siendo la última de ellas y más reciente, la practicada con carácter previo al alta el día 20/5/2013, dos meses después de la emisión del informe médico de síntesis. Aquél reseña, conforme al ordinal quinto, que el actor tiene marcha independiente, no precisa apoyos y tampoco claudicación, siendo la flexoextensión a 30º. Dichas consideraciones ponen

de manifiesto la mejoría del demandante respecto a las secuelas apreciadas por el EVI, que en el mes de marzo sí que apreció ligera claudicación en el actor, con deambulación independiente y limitación de la flexoextensión a 20º.

Tomando como punto de partida aquéllas dolencias y teniendo en cuenta que la actividad del actor no solamente presentará como requerimientos la deambulación prolongada y adopción de posturas forzadas, pues también desarrolla, como él mismo indica en su solicitud de prestación la actividad de mecánico-ajustador, que no precisa de los requerimientos físicos antedichos, por ser una actividad eminentemente manual, sostenemos que no se ha acreditado que el rendimiento del demandante esté afectado en un porcentaje superior al 33% como se concluye en la resolución de instancia. Por todo ello, con estimación del recurso, procede desestimar la demanda interpuesta, absolviendo a los demandados de las pretensiones de la demanda, al no recurrirse el pronunciamiento denegatorio de la incapacidad permanente total que también se reclamaba. Sin imposición de costas.

En virtud de lo expuesto,

### **FALLAMOS**

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada del Instituto Nacional de la Seguridad Social frente a la sentencia dictada el 10 de diciembre de 2014 por el Juzgado de lo Social número 8 de Valencia, en autos sobre Seguridad Social número 860/2013 seguido a instancia de D. V.D.K. frente al precitado recurrente y Tesorería General de la Seguridad Social. Y en consecuencia, con revocación de la sentencia dictada, y desestimación de la demanda en la instancia, procede absolver a los Organismos demandados de todos los pedimentos de la demanda. Sin imposición de costas.

2051

**Sentencia núm. 154, de 28 de enero de 2016**

**Materia:** Seguridad Social: Determinación de contingencias. Declaración de Incapacidad Permanente Total. Solicitud de que la incapacidad reconocida por el organismo demandado al actor sea por accidente no laboral en lugar de por enfermedad común. Accidente de tráfico desencadenante de las posteriores lesiones invalidantes.

**Juzgado:** Desestima la demanda, absolviendo a la parte demandada de todos los pedimentos formulados en su contra. La situación de incapacidad deriva de enfermedad común.

**Sala:** Estima el recurso y revoca la sentencia de instancia. El accidente de tráfico que sufrió el trabajador actuó como desencadenante del posterior proceso patológico del actor. Por ello, procede a declarar que el origen de la incapacidad permanente total reconocida al actor tiene origen en accidente no laboral.

**Ponente:** Ilma. Sra. D<sup>a</sup>. Inmaculada Ballester Pastor.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Frente a la Sentencia de instancia emitida por el Juzgado de lo Social nº 1 de Castellón, de 17 de febrero de 2015, dictada en autos 420/2014, en materia de SEGURIDAD SOCIAL a instancia de D. J.A.R.G. contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, pronunciamiento en el que desestimando la demanda interpuesta se absuelve a la parte demandada de todos los pedimentos formulados en su contra, se alza en suplicación D. J.A.R.G. solicitando la revocación de la Sentencia y que se estime la demanda interpuesta en el sentido de que la IPT reconocida por el INSS lo sea por una contingencia de accidente no laboral en lugar de enfermedad común.

**SEGUNDO.-** Al amparo en primer término del art. 193.b) LRJS solicita el recurrente la adición de un nuevo Hecho probado séptimo con la siguiente redacción propuesta: “SÉPTIMO: Aunque la parte actora padeciera una limitación artrósica de cadera previa al accidente de tráfico esto no se constató hasta practicarle pruebas posteriormente a causa del accidente y que no se había manifestado anteriormente desarrollando sin problemas su profesión habitual de panadero (Hecho probado cuarto de la Sentencia y fundamento derecho cuarto en sus tres últimas líneas del penúltimo párrafo que indica “si bien es cierto que la sintomatología, es decir, la aparición del dolor y otros signos de la enfermedad, se desencadenó por el accidente)”.

No cabe, no obstante, la adición solicitada pues sabido es que la revisión de hechos probados debe sustentarse en prueba hábil, esto es exclusivamente documental o pericial y no se cita documental alguna a partir de la cual el recurrente extraiga la conclusión que pretende incorporar al relato fáctico. No sirve en absoluto la

referencia que el recurrente realiza al hecho probado cuarto, del que no se desprende lo que el actor pretende, ni tampoco la remisión al fundamento derecho cuarto de la sentencia. Por tanto, no cabe admitir la revisión fáctica dado que la prueba alegada debe evidenciar irrefutablemente el error del juzgador, y dicho error debe advertirse sin necesidad de conjeturas, hipótesis o razonamientos y debe quedar constatado de modo evidente, claro y directo, lo que aquí no ocurre en modo alguno.

**TERCERO.-** Al amparo, en segundo lugar, de lo dispuesto en el art. 193.c) LRJS el recurrente entiende vulnerado el art. 117.1º LGSS pues ha quedado claro que el accidente actúa como desencadenante de la sintomatología y anteriormente a la fecha del accidente el recurrente nunca había precisado una baja médica a causa de la coxartrosis de cadera, incluso el mismo juzgador había entendido que el accidente fue el que desencadenó la sintomatología, tanto la aparición del dolor como los otros signos de la enfermedad.

El recurso debe ser objeto de favorable acogida. Efectivamente, el mismo juzgador señala (HP 5º) que el informe médico de 11.11.13 hace constar que “aunque las lesiones aparecidas en ambas caderas del interesado no pueden atribuirse en exclusiva al accidente de tráfico de fecha de 3.7.13, queda claro que el mismo actúa como desencadenante en cualquier caso de la sintomatología; agravando por otra parte el cuadro clínico”. Al respecto, debe tenerse en cuenta que el concepto del accidente no laboral no se incluye exactamente en el art. 117.1º LGSS sino por remisión negativa al concepto del accidente de trabajo, pero cierto es que en este caso lo que se debate es cuál sea el concepto del riesgo o la contingencia de accidente no laboral y su distinción respecto de la descripción de lo que sea la otra contingencia que tiene también carácter común, la enfermedad común. Al respecto, lo que debe tenerse en cuenta es, exactamente, qué riesgo –accidente o enfermedad- es el que provocó el daño generado y determina el derecho a generar la prestación, y en este supuesto ha quedado bien demostrado por parte del juzgador de instancia que el accidente de tráfico padecido por el actor (como acción súbita y violenta) acaecida días antes a la declaración de la incapacidad temporal que posteriormente derivó en incapacidad permanente, fue el que desencadenó la sintomatología padecida.

Efectivamente, tras el accidente se produjeron daños que ocasionaron lesiones de carácter vital, y aunque parte de tales lesiones vitales ya pudieron existir anteriormente, lo relevante a los efectos que nos ocupan es saber, si, efectivamente, fue la lesión súbita y violenta (un accidente), lo que motivó que se desencadenara el proceso patológico padecido por el actor y que fue lo que le hizo precisar la incapacidad temporal y posteriormente la incapacidad permanente, aspecto que ha sido probado pues (atendiendo a lo señalado en el Hecho probado 5º), si bien la cadera del actor pudiera encontrarse ya deteriorada con anterioridad al accidente, atendiendo al Informe de valoración médica expedido por el EVI la sintomatología (coxartrosis bilateral de predominio mayor lado derecho, y contusión de cadera tras accidente) que da lugar a las limitaciones a las que se alude en el expediente (limitaciones para actividades de mayor exigencia de bipedestación y/o deambulacion prolongada con carga pesada en función de fase sintomática y modulación terapéutica) y de las que derivan la declaración de incapacidad permanente dolor y

otros signos de la enfermedad en las caderas) es claro que se desencadenaron por el accidente pues si éste no hubiera acaecido no se hubiera actualizado el riesgo. Procede pues, la estimación del recurso declarando que el origen de la incapacidad permanente total reconocida por el INSS al actor debe ser el accidente no laboral.

### **FALLO**

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto por D. J.A.R.G. contra la sentencia de instancia del Juzgado de lo Social nº 1 de Castellón, de 17 de febrero de 2015 y, en consecuencia, revocamos la sentencia de instancia declarando que la incapacidad permanente total declarada al actor tiene origen en accidente no laboral.

Sin costas.

**Sentencia núm. 174, de 29 de enero de 2016**

**Materia:** Jubilación. Trabajador afiliado al RETA que solicita pensión de jubilación, la cual le es concedida. Se concede al actor un aplazamiento de pago de deudas con la Seguridad Social. Posteriormente, se deja sin efecto el aplazamiento al haberse generado nueva deuda con ésta. Suspensión del pago de la pensión al no estar al corriente de sus obligaciones. Reclamación abono prestación.

**Juzgado:** Se estima la demanda dejando sin efecto la resolución del INSS de suspensión de la pensión de jubilación, condenando a dicha entidad gestora a abonar la pensión de jubilación, incluyendo las mensualidades en que el pago de la misma estuvo suspendida.

**Sala:** Desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia. No hay un incumplimiento por parte del actor en el pago de las cuotas aplazadas sino lo que aparece es una nueva deuda desconocida en el momento de su reconocimiento.

**Ponente:** Ilma. Sra. D<sup>a</sup>. Gema Palomar Chalver.

**FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-** Frente a la sentencia de instancia, estimatoria de la demanda planteada por la parte actora para que se deje sin efecto la resolución del INSS de 17-4-2012 sobre suspensión, a partir del 1-5-12, de la pensión de jubilación reconocida, recurre la entidad gestora únicamente al amparo de la letra c) del art. 193 de la LRJS. Esta parte entiende como infringidos los arts. 28.2 del Decreto 2530/1970 de 20 de agosto del RETA, la Disposición Adicional 39<sup>a</sup> de la LGSS, y el art. 36 del Reglamento General de Recaudación RD 1415/2004 de 11 de junio desarrollado por el artículo 17 de la Orden 1562/2005 de 25 de mayo, alegando que en el hecho causante jurídico de la jubilación RETA (13-2-2012 fecha de la solicitud) el recurrido cumple todos los requisitos para acceder a la prestación, pues respecto a las deudas por descubiertos de cuotas se le considera al corriente ya que el 8-2-2012 se le concedió un aplazamiento de las mismas por TGSS. Pero (sigue diciendo el INSS), con posterioridad, el 8-5-2012 se genera nueva deuda como consecuencia de un expediente de derivación de responsabilidad, por lo que procede la anulación del aplazamiento concedido, lo que supone el incumplimiento en el hecho causante jurídico de los requisitos de acceso a la pensión concedida, procediendo la suspensión de la pensión de jubilación.

Ya desde ahora se adelanta que el recurso formulado no puede prosperar, a la vista de la jurisprudencia unificada existente en la materia, de la que es muestra clara la STS de 10-3-2011. Como se dice en la misma: “En realidad, la consideración del aplazamiento como un supuesto equiparable a la situación de hallarse al corriente del pago de las cuotas ha surgido, como recuerda con acierto la sentencia recurrida, a partir de la doctrina de la Sala que, en síntesis, establece que si el aplazamiento se ha

obtenido antes de causarse la prestación, el solicitante se considerará al corriente del pago de las cuotas, pero si el aplazamiento es posterior el descubierto no queda cubierto y el trabajador no cumplirá el requisito de hallarse al corriente, por lo que, para acceder a la prestación, deberá cumplir la invitación al pago (sentencias de 7 de mayo de 2004 y 22 de septiembre de 2009, así como las que en ellas se citan).” Previamente, la propia sentencia indicaba que: “La disposición adicional 39ª de la LGSS se limita en este punto a remitirse a lo dispuesto en el art. 28.2 del Decreto 2530/1970, el cual establece que es condición indispensable para tener derecho a determinadas prestaciones, entre las que se encuentra la jubilación, que las personas incluidas en el campo de aplicación de Régimen de los Trabajadores Autónomos se hallen al corriente en el pago de sus cuotas exigibles en la fecha en que se entienda causada la correspondiente prestación”. El precepto citado regula a continuación la invitación al pago de las cuotas en los supuestos de descubierto; técnica de regularización que aquí no se ha aplicado porque al demandante se le consideró al corriente del pago de las cuotas. El problema a decidir consiste en determinar si el posterior incumplimiento de los términos del aplazamiento justifica la medida suspensiva acordada por la gestora. El art. 28.2 del Decreto 2530/1970 no contiene norma específica en esta materia y lo mismo sucede con el art. 57.2 de la Orden de 24 de septiembre de 1970, que reitera la norma citada del Decreto. No hay, por tanto, una regulación en estas normas de los efectos del incumplimiento del aplazamiento sobre la prestación reconocida y tampoco se contiene esa regulación en otras disposiciones del Decreto 2530/1970, ni de la Orden de 24 de septiembre de 1970. La única causa de suspensión de la pensión de jubilación es la que establece el art. 94 de la Orden citada para los supuestos de trabajo del pensionista, lo que coincide con la regulación que en esta materia se contiene en la LGSS (art. 165 de esta Ley en relación con el art. 16 de la Orden de 18 de enero de 1967).”

También recoge la sentencia citada y es altamente clarificador que: “La relación entre el efecto del aplazamiento, a través de la condición de hallarse al corriente, y la acción protectora se vincula al momento del hecho causante de las prestaciones, y así la exigencia de hallarse al corriente se cumple si éstas se han causado durante la vigencia de aquél, de forma que ese efecto no alcanzará a las prestaciones causadas antes del aplazamiento, ni las que se causen después de que se haya incumplido, pero sí a las que se hayan causado durante su vigencia. Con más claridad, si cabe, el art. 17 de la Orden de 25 de mayo de 2005 precisa que "en tanto no se produzca el incumplimiento a que se refiere el artículo 36 del Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social, (los sujetos responsables) se considerarán al corriente de sus obligaciones con la Seguridad Social tanto a los efectos indicados en el artículo 31.3 de dicho Reglamento como para el reconocimiento de prestaciones".

**SEGUNDO.-** El INSS centra su recurso en el incumplimiento que supuso la generación el 8-5-2012, de una nueva deuda, lo que determinó la anulación del aplazamiento. Sin embargo, a ello hemos de indicar que, como establece la sentencia del Tribunal Supremo antes citada (en tesis seguida por la STS de 4-10-2012 entre otras): “El incumplimiento de los términos del aplazamiento determina que a partir de ese incumplimiento ya no se esté al corriente, pero no implica que, en un efecto retroactivo que la norma no autoriza, se deje de estar al corriente cuando se causó la

prestación y cuando regía el aplazamiento con la consiguiente pérdida de la prestación reconocida, que podría afectar incluso a beneficiarios ajenos al incumplimiento en caso de responsabilidad empresarial en los Regímenes de trabajadores por cuenta ajena. El incumplimiento lo que provoca, según el art. 36 del Reglamento General de Recaudación, es la reanudación del procedimiento de apremio y la ejecución de las garantías, pero no la suspensión o extinción de las prestaciones reconocidas cuando se estaba al corriente de las cuotas. Este sería además un efecto desproporcionado, similar a una especie de sanción encubierta, como se advierte en el presente caso, en el que el trabajador se ha puesto de nuevo al corriente y, sin embargo, habría perdido, según la tesis del INSS; varios meses de prestación, cuando hasta la propia prestación hubiera podido atender al cumplimiento de las obligaciones de la Seguridad Social (art. 40.1b de la LGSS).”

A lo anteriormente expuesto hay que sumar que, en el caso de autos no ha habido ningún incumplimiento por el demandante en el pago de las cuotas aplazadas, sino que lo sucedido fue que apareció una deuda nueva que era desconocida en el momento del reconocimiento y que provenía de un expediente de derivación de responsabilidad de los comuneros, deuda que, según el hecho probado 6º de la sentencia de instancia, motivó la solicitud de un nuevo aplazamiento por el actor que le fue concedido con efectos de 29-6-2012. Esta circunstancia, en relación con lo antes expuesto, hace que no resulte de aplicación el párrafo 2º del art. 36.2.1 del Reglamento General de Recaudación, que el INSS subraya en su recurso como previsión fundamental a aplicar, todo lo cual nos lleva a la desestimación del recurso interpuesto y a la confirmación de la sentencia de instancia.

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

## FALLO

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre del INSS contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 7 de los de VALENCIA, de fecha 2 de enero de 2015; y, en consecuencia, confirmamos la sentencia recurrida.

Sin costas.

2053

**Sentencia núm. 181, de 29 de enero de 2016**

**Materia:** Prestación por desempleo. Trabajador al servicio de empresa dedicada al sector textil. Suspensión del contrato del trabajador. Duración prestación por desempleo: discrepancias en el cálculo. Aplicación RD 1300/2009. Trato desigual respecto a la duración de la prestación de desempleo en los supuestos de suspensión de la relación laboral en virtud de expediente de regulación de empleo o de resolución judicial en el seno de un procedimiento concursal, cuando el período de suspensión se refiera exclusivamente a días laborables.

**Juzgado:** Desestima la demanda absolviendo a los demandados de los pedimentos deducidos en su contra.

**Sala:** Estima parcialmente el recurso, reconociendo al actor el derecho a percibir una mayor cantidad en concepto de prestación por desempleo, al revisarse los porcentajes correspondientes para el cálculo de la prestación.

**Ponente:** Ilma. Sra. D<sup>a</sup>. Teresa Pilar Blanco Pertegaz.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Contra la sentencia del Juzgado que desestima la demanda y absuelve a la Entidad Gestora, sobre reclamación de una mayor duración de la prestación de desempleo, interpone recurso de suplicación la representación letrada del actor que articula en dos motivos formulados, respectivamente, al amparo de los apartados b y c del art. 193 de la Ley de la Jurisdicción Social (LJS) y que no ha sido impugnado de contrario, conforme se expuso en los antecedentes de hecho.

El primer motivo del recurso que tiene por objeto la revisión de los hechos declarados probados en la sentencia del juzgado se insta la modificación del hecho probado cuarto para que “cuando dice... “y con una base reguladora de 41,41 euro por día,” debería decir... “y con una base de 68,94, que supondría una prestación diaria de cuantía de 48,26€, al ser el tope máximo de la cuantía prestación el de 41,41, para el año 2011 y 2012 euros por día.”

La modificación interesada se sustenta en el documento nº 14 del ramo de prueba de la parte actora que es la Resolución de aprobación de las prestaciones por desempleo del actor y ha de ser acogida respecto a las cuantías diarias de la base reguladora que asciende a 68,94 euros y de la prestación que asciende a 41,41 euros.

**SEGUNDO.-** En el siguiente motivo que se destina al examen del derecho aplicado en la sentencia de instancia se denuncia la infracción del art. 22 del Reglamento de prestaciones por desempleo; RD 625/84, modificado por el RD 1300/2009 que debe ser interpretado según el principio de igualdad (art. 14 de la

Constitución Española) y del artículo 204.2, de la Ley General de la Seguridad Social.

Razona la defensa del actor que la sentencia al aplicar lo establecido en el art. 22 del RD 625/85 modificado por el RD 1300/2009, aplicando y pagando la Entidad Gestora las prestaciones con un coeficiente del 1,25 por cada día no trabajado cuando se trata de días sueltos y no de semanas enteras, el trabajador percibe prestaciones inferiores a quienes no tienen suspendido el contrato durante una semana entera, lo que vulnera el art. 204.2 de la LGSS que tiene rango de ley. A continuación, cita y transcribe parcialmente la sentencia de esta Sala, de 4 de abril de 2012, recaída en el recurso de suplicación 2948/2011, que en un caso similar, por no decir idéntico, ha resuelto la cuestión. La censura jurídica deducida ha de prosperar por cuanto que como se dijo por esta Sala en la meritada sentencia: “En el presente caso, no cabe duda que el apartado 6 del art. 22 del Real Decreto 625/1985, de 2 de abril, por el que se desarrolla la Ley 31/1984, de 2 de agosto, de protección por desempleo, y que fue introducido por la Disposición Final Tercera del Real Decreto 1300/2009 de medidas urgentes de empleo destinadas a los trabajadores autónomos y a las cooperativas y sociedades laborales, quiebra el principio de igualdad ante la ley que consagra con rango constitucional el art. 14 de nuestra Carta Magna, ya que establece un trato desigual respecto a la duración de la prestación de desempleo en los supuestos de suspensión de la relación laboral en virtud de expediente de regulación de empleo o de resolución judicial en el seno de un procedimiento concursal, cuando el período de suspensión se refiera exclusivamente a días laborables, según dicha suspensión afecte a días laborables consecutivos o a días laborables no consecutivos, ya que cuando afecta a cinco o seis días laborables consecutivos, la indicada norma establece que la prestación se abonará siete días, mientras que si dichos días laborables no son consecutivos, aunque sean cinco o seis días los que abarque el periodo de suspensión, a efectos del pago de la prestación se multiplican dichos días por el coeficiente 1.25 para determinar su duración, lo que supone un trato menos favorable para aquellos trabajadores cuya jornada laboral semanal sea de cinco días y vean suspendidos sus contratos de trabajo por cinco días laborables no consecutivos, pues estos percibirán como prestación de desempleo no siete días, sino 6.25 días. Ante dicha desigualdad de trato, la única justificación que ofrece la exposición de motivos del RD 1300/2009 es “por seguridad jurídica y para simplificar y agilizar la gestión de las prestaciones”, principios que aun siendo, en principio, loables y dignos de protección no pueden prevalecer sobre el de igualdad ante la ley, por lo que al obedecer la duración de la prestación reconocida en la sentencia de instancia a lo establecido en el apartado 6 del art. 22 del RD 625/1985, que resulta contrario al principio de igualdad por las razones expuestas, la misma se ha de revocar en el sentido de reconocer a los demandantes la prestación de desempleo en cuanto a su duración, conforme a los días que resultan de multiplicar los días laborables en que tuvieron sus contratos de trabajo suspendidos por el porcentaje de 1.4 que es el cociente de dividir los siete días que tiene la semana entre cinco días laborables que es la jornada de trabajo que en cómputo semanal tienen los demandantes, lo que determina la revocación de la sentencia del Juzgado y la estimación de las demandas.”

Esta misma sentencia continúa diciendo que “la conclusión expuesta también se alcanza por aplicación de lo establecido en el art. 204.2 de la Ley General de la

Seguridad Social, según el cual el objeto de la protección contributiva, es la de sustituir las rentas dejadas de percibir como consecuencia de la pérdida de un empleo anterior o de la reducción de la jornada y aunque el argumento de que la prestación por desempleo no es estricto reintegro de lo cotizado por tal contingencia es válido, cabe afirmar que durante la situación legal de desempleo el trabajador tiene derecho a prestaciones sustitutivas de las rentas salariales dejadas de percibir tras la pérdida del empleo y dicha correlación entre situación legal de desempleo y duración de la prestación de desempleo, pese a tener cotizaciones suficientes para cubrir por completo los días a los que se extiende la contingencia, se rompe con la introducción del apartado 6 del art. 22 del RD 1300/2009, cuando los días laborables del período de suspensión no son consecutivos o son menos de cinco y también se quiebra la proporcionalidad que debe existir entre salario percibido, cotización realizada y prestación percibida que caracteriza el nivel contributivo de la prestación de desempleo, en los indicados supuestos, siendo insuficientes las razones aducidas (seguridad jurídica y agilización de la gestión de la prestación) en apoyo del meritado precepto para justificar la ruptura de la correlación que según la ley debe existir entre la situación legal de desempleo y la duración de la prestación que cubre dicha contingencia, por lo que también se ha de rechazar la aplicación del apartado 6 del art. 22 del RD 1300/2009, en la medida en que resulta contrario a la ley, como sucede en el caso que nos ocupa.”

La aplicación de la doctrina expuesta al presente caso por razones de seguridad jurídica y al no apreciarse motivos que aconsejen su rectificación, conlleva la estimación parcial de la demanda ya que los días de prestación que resultan de aplicar el porcentaje de 1,40 a los días de suspensión del contrato de trabajo ascienden en el caso del demandante a 77,28 días, según resulta de aplicar la correspondiente regla de tres, y como la Entidad Gestora ha abonado un total de 69 días de prestación, resulta una diferencia a favor del demandante de 8,28 días que multiplicados por 41,41 euros a los que asciende la cuantía diaria de la prestación, arroja un total de 342,88 euros a cuyo abono se ha de condenar a la Entidad Gestora.

## FALLO

Estimamos parcialmente el recurso de suplicación interpuesto en nombre de D. R.G.S., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social n.º Doce de los de Valencia y su provincia, de fecha 24 de enero de 2014, en virtud de demanda presentada a su instancia contra el Servicio Público de Empleo Estatal; y revocamos la sentencia recurrida, estimando parcialmente la demanda y declarando el derecho del demandante a percibir 8,28 días de prestación por desempleo que ascienden a 342,88 euros, condenando a la Entidad Gestora a estar y pasar por esta declaración y al abono de las diferencias de la prestación reconocida.

**Sentencia núm. 197, de 29 de enero de 2016**

**Materia:** Minusvalía. Reconocimiento grado de discapacidad. Solicitud revisión grado por agravamiento y posterior revisión grado por caducidad. Solicitud reconocimiento grado de discapacidad del 33% o superior.

**Juzgado:** Desestima la demanda declarando al actor afectado por un grado de discapacidad del 10%. No procede otorgarle un reconocimiento de grado superior.

**Sala:** Desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia. Queda probada la mejoría en la dolencia de riñón del actor, basándose en los informes relacionados y ratificados por el médico forense, sin que se desprenda que las demás dolencias relacionadas en el recurso tengan entidad para ser integradas en las clases de los capítulos que pretende la recurrente.

**Ponente:** Ilma. Sra. D<sup>a</sup>. Isabel Moreno de Viana Cárdenas.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Recurre en suplicación la parte actora, la sentencia que ha desestimado su demanda en la que se reclama el grado de discapacidad del 33%, al haber sido reducido al 10% en la resolución impugnada en expediente de revisión.

El recurso, que no se impugna de contrario, se estructura en siete motivos. En los 4 primeros, formulados con amparo procesal en el apartado b) del art. 193 de la LRJS se ataca el relato probado según se pasa a exponer:

1.- En primer lugar se insta la corrección en el hecho segundo de la fecha de efectos del inicial reconocimiento del 37% de discapacidad, para situarlo en la fecha del nacimiento del discapacitado (3 de octubre de 2003 y no como dice la sentencia el 15 de diciembre de 2004), lo que apoya en el documento nº 2 de los apartados junto con la demanda, lo que no se desprende del mismo que es el certificado emitido por la Directora del Centro de Valoración y Orientación de Discapacitados de Valencia que afirma los efectos del reconocimiento en la fecha que dice la sentencia, lo que nada tiene que ver con que se afirmara en la solicitud que las mismas circunstancias se produjeran en la fecha de nacimiento. Además, es irrelevante la modificación para decidir la cuestión suscitada en el recurso.

2.- A continuación pretende el recurso sustituir el hecho quinto donde el Magistrado refiere diferentes informes y dictámenes médicos por el contenido de la nota de evolución CCEE emitida por el Hospital Politécnico la Fe en fecha 16-3-2011 donde se dice que los riñones del menor son pielonefríticos crónicos o donde se muestra la elevación del nivel de creatinina. Tampoco se va a acoger la modificación, que apoya el recurrente en la nota de evolución CCEE (documento nº 4 de la prueba aportada por la actora), alegando defecto en la valoración de la prueba al acoger los

informes y dictámenes solo de la otra parte. En principio la inclusión en el hecho combatido del contenido de determinado informe, no sirve para eliminar todos los demás, y en segundo lugar corresponde al Juzgador de instancia valorar la prueba y redactar los hechos, pudiendo sentar su convicción en unos informes médicos y no en otros en su labor de valorar conjuntamente la prueba practicada, facultad valorativa de la prueba que no puede ser sustituida por la interesada y subjetiva de parte.

3.- Propone el recurrente una nueva redacción para el hecho sexto, que apoya en el documento nº 32 (folio 45) y en el documento 14 (folio 27), aduciendo que el Juzgador ha incurrido en error al interpretar la prueba, al no recoger el trastorno negativista desafiante que consta en el primero y al transcribir un dictamen psicológico de un año anterior porque el menor estudia 5º EPO y no 4º, lo que tampoco podemos acoger por las mismas razones, el Juzgador estimó más convincente el informe psicológico que refiere sobre el que pretende incorporar a los hechos la recurrente, y es facultad de juzgador de instancia valorar los informes contradictorios y redactar los hechos sin que los informes contradictorios acrediten su error.

4.- Por último, y en relación con la dolencia psicológica, pretende la inclusión en el hecho séptimo de la misma, a lo que tampoco se va a acceder.

**SEGUNDO.-** En censura jurídica, el quinto motivo, por la letra c) del art. 193 de la LRJS, alega que la sentencia ha incurrido en infracción del Anexo I del Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad, y va considerando cada una de las enfermedades que sufre el hijo de la demandante, para conseguir:

1.- que la urticaria que sufre sea incluida en la clase 2 del capítulo 10, con apoyo en el documento nº 5 (folio 18) de donde se desprende que la padecería desde el nacimiento y tiene carácter recidivante, valorándola con un 24%.

2.- que el trastorno de riñón de etiología congénita se incluya en la clase III del capítulo 8, pues a su juicio la dolencia no solo no ha mejorado sino que se ha agravado presentando mayores niveles de creatinina, alegando la doctrina de los actos propios.

3.- que se tenga en cuenta el trastorno negativista desafiante que debe ser incluido en la clase II del capítulo 16, lo que le hace merecedor del porcentaje de discapacidad de 24%.

El sexto motivo, que se ampara procesalmente en la misma letra c) del art. 193 de la LRJS, denuncia la infracción de la jurisprudencia alegando doctrina de distintos TSJ.

Por su parte, el séptimo motivo sin amparo procesal insiste en que debe reconocerse al hijo de la actora un porcentaje de discapacidad del 33%.

Ya se anticipa que el recurso no puede prosperar. En principio, hay que decir solo es jurisprudencia la doctrina contenida en las sentencias del Tribunal Supremo

(art. 1.6 del Código Civil). Por lo demás, hay que partir de los datos que expresa la sentencia y no de los que relaciona el recurso que no consiguieron ser introducidos en la misma. En los mismos aparece que el hijo de la actora M., nacido el 3 de octubre de 2003, solicitó el 15 de diciembre de 2004 reconocimiento de grado de discapacidad, alegando discapacidad de carácter físico; que tramitado el correspondiente expediente administrativo, se dictó Resolución por la Dirección Territorial de Servicios Sociales de la Conselleria de Bienestar Social en fecha 3 de agosto de 2005, reconociéndole un grado de discapacidad del 37%, con efectos desde el 15 de diciembre de 2004, correspondiendo un 33% a grado de discapacidad global y 4 puntos a factores sociales complementarios, revisable por agravamiento o mejoría a partir del 2 de agosto de 2007; que el grado de discapacidad global le fue reconocido en función de una ENFERMEDAD DEL APARATO GENITO-URINARIO por TRASTORNO DE RIÑÓN de etiología CONGÉNITA, conforme al previo Dictamen Técnico Facultativo del Equipo de Valoración y Orientación del Centro Base de Valencia (EVO) de fecha 2 de agosto de 2005; que los factores sociales se valoraron conforme al siguiente desglose, atendido el Dictamen Social de fecha 2 de agosto de 2005: (a)2 puntos por factor familiar; (b)2 puntos por factor económico; (c)0 puntos por factor laboral; (d)0 puntos por factor cultural; (e)0 puntos por factor entorno; que en fecha 22 de septiembre de 2008, el actor solicitó revisión de grado de discapacidad por “agravamiento”, dictándose Resolución de la Dirección Territorial de Bienestar Social de fecha 5 de octubre de 2009 por la que se modificó el grado de discapacidad del 37% que tenía previamente reconocido, disminuyéndolo a un grado de discapacidad del 33%, categoría física y psíquica, que se corresponde con un grado de discapacidad global del 29% y 4 puntos de factores sociales complementarios, con efectos desde el 22 de septiembre de 2008 y fecha de caducidad técnica el 3 de octubre de 2013, en función de las siguientes patologías descritas en el previo Dictamen Técnico Facultativo del EVO, de fecha 30 de septiembre de 2009: 1º ENFERMEDAD DEL APARATO GENITO-URINARIO por TRASTORNO DE RIÑÓN de etiología CONGÉNITA. 2º ENFERMEDAD DEL SISTEMA ENDOCRINO-METABÓLICO por HIPERCOLESTEROLEMIA de etiología CONGÉNITA. 3º PROCESO EN FASE AGUDA NO VALORABLE por SIN DIAGNÓSTICO de etiología; que en fecha 19 de agosto de 2013, el actor solicitó revisión de grado de discapacidad por caducidad, dando lugar a la Resolución de la Dirección Territorial de la Conselleria de Bienestar Social de fecha 21 de enero de 2014, por medio de la cual se reduce el grado de discapacidad que tenía previamente reconocido a un 10%, que se corresponde con un 10% de grado de las limitaciones en la actividad, sin factores sociales complementarios, con efectos desde el 16 de septiembre de 2013, validez definitiva y revisable por agravamiento o mejoría a partir del 20 de enero de 2016, en función de las siguientes patologías descritas en el previo Dictamen Técnico Facultativo del EVO, de fecha 20 de enero de 2014: 1º LIMITACIÓN FUNCIONAL DE COLUMNA por CIFOSIS de etiología IDIOPÁTICA. 2º ENFERMEDAD DEL APARATO GENITO-URINARIO por TRASTORNO DE RIÑÓN de etiología CONGÉNITA. 3º SIN DISCAPACIDAD por HIPERCOLESTEROLEMIA de etiología CONGÉNITA. 4º SIN DISCAPACIDAD por URTICARIA de etiología INMUNOLÓGICA. 5º SIN DISCAPACIDAD por TRASTORNO DE LA CONJUNTIVA de etiología INMUNOLÓGICA. 6º SIN DISCAPACIDAD por OSTEOPOROSIS de etiología METABÓLICA; que en Dictamen Médico de fecha 7 de enero de 2014 se indica que el menor presenta “Displasia renal bilateral. Se informa de FG límite normal. Tto con Vit D3 y Bicarbonato. Osteopenia radiográfica con cifosis dorsal....Grados ebd

5%. Rinitis alérgica; prurito cutáneo; urticaria aguda...Tto mediante inmunoterapia. Se informa de AVc 1. Valoración médica actual 5%”. En dicho dictamen se valoran las siguientes discapacidades: (a)Limitación funcional de columna(1.1.03), a la que se asigna un porcentaje de discapacidad del 5%; y (b) Enfermedad del aparato genito-urinario(6.0.06), a la que se asigna un grado de discapacidad del 5%. El resto de discapacidades se valoran con un porcentaje del 0% (Sin discapacidad; 8.0.00). En posterior Dictamen Médico de fecha 21 de marzo de 2014, emitido con ocasión de reclamación previa contra la Resolución de 21 de enero de 2014, se ratifica la valoración previamente realizada, señalando que “Revisado el expediente y la documentación aportada no se desprende la aparición de nuevas patologías o falta de apreciación de prueba que justifiquen una nueva valoración del grado de minusvalía establecido (...). 21-03-2014 Presenta RP y aporta IM que indican la patología renal valorada (FG normal) y otros IM que indica patología aguda (esguince de tobillo al caerse, contusión en gemelo, Fx diáfisis cubital cuando se cae de la bicicleta...) sin indicar en ningún momento que ocasione limitación funcional PERMANENTE y/o secuelas”. En el Dictamen Psicológico de fecha 8 de enero de 2014 se indica que “Menor de 10 años que en la valoración anterior no se le reconoció menoscabo por patología psíquica. Aporta informe psicológico privado con dx de T. de conducta, en el que se indica que presenta conductas disruptivas en el entorno familiar. En el informe psicopedagógico escolar consta que el menor cursa 4º EPO con un adecuado nivel curricular, con adecuada relación con los profesores y los compañeros. Buena integración escolar. No se dispone de dx de patología psíquica. No se desprende la existencia de deficiencia que limite la funcionalidad del menor. Ausencia de diagnóstico”. Todas las consideraciones anteriores se reproducen en el Dictamen Psicológico de fecha 26 de marzo de 2014, ratificándose la valoración previa. Añade la sentencia que en fecha 18 de octubre de 2014, el actor fue reconocido por el Dr. Don E.LL..A., Médico Forense destinado en el Instituto de Medicina Legal de Valencia, quien emitió informe en la fecha indicada, cuyo contenido se tiene por reproducido en la presente Sentencia y en el que se concluye que “Tras diferentes valoraciones, desde el comienzo de la evolución de las patologías, ha sido reducido en el tiempo el grado de discapacidad global por mejoría, llegando a la última del 10% desde 16 de septiembre de 2013 que tras valoración Médico Forense se ratifica”.

La sentencia recurrida desestima la demanda con amplio fundamento basándose en los informes relacionados y ratificados por el médico forense que constata la mejoría en la dolencia de riñón, sin que de los informes recogidos en la sentencia se desprenda que las demás dolencias relacionadas en el recurso tengan entidad para ser integradas en las clases de los capítulos que pretende la recurrente, sobre todo porque no se ha conseguido modificar los hechos probados que sustentan el eje de la resolución de instancia y también el de la que deba dictarse en suplicación. Y así las cosas, no hay base para revocar la sentencia como se solicita y procede como se anticipaba desestimar el recurso.

**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 doña E.M.C., que actúa en representación del menor don A.J.M., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 9 de los de Valencia, de fecha 22 de diciembre de 2014; y, en consecuencia, confirmamos la resolución recurrida.

Sin costas.

2055

**Sentencia núm. 201, de 1 de febrero de 2016**

**Materia: Pensión de jubilación. Reconocimiento. Carencia. Cotización a diferentes regímenes. Periodo de alta en los regímenes para el cálculo del periodo cotizado.**

**Juzgado: Estima íntegramente la demanda declarando el derecho del actor a percibir la prestación contributiva de jubilación y al abono de la misma a partir de determinada fecha, con arreglo a determinada base reguladora, más los incrementos y revalorizaciones que legalmente correspondan.**

**Sala: Estima el recurso y revoca la sentencia de instancia. El actor no reúne el periodo de carencia necesario para lucrar la pensión de jubilación que reclama.**

**Ponente: Ilma. Sra. D<sup>a</sup>. Ana Sancho Aranzasti.**

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Frente a la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 3 de Alicante el día 29 de octubre de 2014, que estimaba la demanda interpuesta por Doña L.S.P. frente a Instituto Nacional de la Seguridad Social y Tesorería General de la Seguridad Social en reclamación de pensión contributiva de jubilación, recurren los Organismos demandados en suplicación, impugnando dicho recurso el demandante.

**SEGUNDO.-** Al amparo del apartado b) del art. 193 LRJS, se solicita la revisión del ordinal tercero de la sentencia de instancia, en cuanto que la mención de los periodos que se entienden acreditados por la Juzgadora de Instancia sea sustituida por la siguiente: “Según informe de cotización obrante en el expediente administrativo (folio 60 y ss.), el actor ha cotizado al sistema de la Seguridad Social española un total de 2.947 días y a la Caisse Suisse un mes en 1967 y cuatro meses en 1968. El actor formalizó el alta en Autónomos el 4 de mayo de 1974 (folio 64). Según el informe de cotización se han excluido los siguientes periodos:

1/10/1973 a 30/04/1974 en el RETA, 212 días, porque son cotizaciones anteriores a la formalización del alta en el RETA que fue el 4 de mayo de 1975.

1/01/1977 a 31/01/1982 en el RETA, 1857 días, por ser periodos no cotizados y prescritos según certificado de la TGSS de 27 de noviembre de 2012 al que se remite la juzgadora (folio 103).

01/07/1987 a 30/09/1987 en el RETA, 92 días y 01/10/1987 a 29/02/1996, 3074 días en el RETA, por ser periodos no cotizados y prescritos según certificado de la TGSS de 30 de abril de 2013 (folio 104 de autos)”.

Se interesa la revisión en base a los certificados de TGSS, de 27 de noviembre

de 2012 y 30 de abril de 2013 obrantes a los folios 103 y 104, así como al informe de cotización obrante al folio 61 y 62, así como folio 64 del mismo para acreditar la fecha de alta en el Régimen de Trabajadores Autónomos”.

La revisión antedicha debe prosperar, por derivarse literalmente de la documentación indicada, si bien excluyéndose la previsión relativa a las cuotas del RETA del primero de los periodos indicados, al no inferirse la conclusión que aquí se introduce “por ser cotizaciones anteriores a la formalización del alta en el RETA” de la documental. El resto, debe incorporarse en los términos expuestos al relato fáctico de la sentencia de instancia, sustituyendo el expuesto por la Juzgadora a quo.

**TERCERO.**- Al amparo del apartado c) del art. 193 LRJS, se denuncia la infracción de lo dispuesto en el art. 161.1.b) LGSS y Disposición Adicional Novena de dicho Texto Legal, indicando que la vulneración de dichos preceptos, se concreta en los siguientes aspectos:

1.- En relación a los días cotizados durante la percepción de la prestación por desempleo, respecto a los que la Juzgadora admitió 57 días en alta como consta en el informe de vida laboral, sólo pueden estimarse 27 los días cotizados, como así se desprende del informe de cotización obrante en las actuaciones. Y así debe entenderse, pues dicho dato se desprende sin duda alguna de dicho informe de cotización obrante al folio 61.

2.- Respecto al periodo de alta en el RETA correspondiente al periodo 1/10/1973 a 31/01/1982, entienden los recurrentes que además de excluirse los 1857 días que no fueron cotizados, tampoco pueden tomarse en consideración los 212 días transcurridos desde el 1/10/1973 a 30/04/1974, por ser periodo anterior al efectivo alta en el RETA y cuyo cómputo no permite la DA 9ª LGSS. El argumento debe estimarse, pues así lo ha previsto reiterada doctrina de la Sala Cuarta, citándose a título de ejemplo, la Sentencia de 20 de enero de 2015, que recoge el criterio ya sentado en Resolución de STS 21-11-2001, R. 552/2001, en las que, como sintetiza, "se establece que a las prestaciones causadas en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, después de la entrada en vigor de la Ley 66/1997, el 1 de enero de 1998, resulta aplicable lo ordenado por la disposición adicional segunda de dicha Ley, que añadió un párrafo tercero a la disposición adicional novena de la Ley General de la Seguridad Social en la redacción de la disposición adicional décima de la Ley 22/1993. Según este párrafo, las previsiones realizadas en los párrafos anteriores, respecto de la eficacia de las cotizaciones efectuadas fuera de plazo en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, «únicamente serán de aplicación con respecto a las altas que se hayan formalizado a partir de 1 de enero de 1994»".

Y continúa: “Por tanto, el caso decidido queda comprendido en esta previsión legal, pues el alta de la demandante en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos es del año 1974 y, en consecuencia, no puede beneficiarse del reconocimiento efectuado luego por la Ley 22/1993, y que había dado lugar a doctrina de esta Sala favorable al cómputo de estas cotizaciones (sentencias, entre otras, de 18 de marzo, 20 de marzo, 22 de abril, 5 de mayo, 7 de julio de 1997 y 22 de julio de

1998)".

Y así, constando acreditado que en nuestro caso, el alta en el Régimen Especial de Autónomos se produjo el 4 de mayo de 1974, deben excluirse los 212 días referidos.

3.- En tercer y último lugar, se sostiene que el periodo de alta en el RETA transcurrido entre el 01/07/1987 y 29/02/1996 (3.166 días), tampoco puede tomarse para el cálculo del periodo cotizado, pues existe certificado obrante en las actuaciones al folio 104, en virtud del cual, la TGSS informa que en dicho periodo no se ingresó ninguna de las cuotas preceptivas. Y constando así expresamente, resultando el contenido de dicha documental incorporada al relato de hechos probados en virtud de la estimación del motivo revisorio opuesto por los recurrentes, procede estimar igualmente la exclusión del citado periodo.

De manera que, en contra del criterio expresado por la Magistrada a quo, el cómputo de los periodos cotizados a efectos de lucrar pensión contributiva de jubilación llevado a cabo por los recurrentes fue correcto, no existiendo periodo suficiente, al alcanzar únicamente 2.947 días frente a los 5.475 exigidos.

Y ello sin que sea relevante a los efectos analizados, por no ser procedente, el mecanismo de la invitación al pago recogido en el art. 28 del RD del Decreto 2530/1970 que aunque exige con carácter general, para las prestaciones económicas del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos una vía excepcional de cumplimiento retrasado de este requisito, el cual se entiende completado en el supuesto de que el beneficiario de la prestación ingrese las cuotas debidas previa invitación de la entidad gestora en "plazo improrrogable de treinta días naturales a partir de la invitación". Y no procede por cuanto que según ha previsto la Sala Cuarta, tal invitación procede una vez cubierto el período de cotización "en la fecha en que se entienda causada la correspondiente prestación" y para cumplir el requisito de hallarse al corriente en el pago de las cuotas, sin que tal beneficio alcance a las cotizaciones prescritas necesarias, para cubrir el período de carencia (STS 3/02/1993, Rcu. 1017/1992 y 19/01/1998 Rcu. 2129/1997 y 20/02/2007, Rcu. 3417/2005, referida a pensión de viudedad en RETA).

Dado que en nuestro caso, sin computar las cuotas no satisfechas y prescritas, el actor no alcanza el periodo mínimo de cotización para lucrar la pensión de jubilación que reclama, no procede aplicar el mecanismo antedicho.

Por todo ello, con estimación el recurso de suplicación interpuesto, procede revocar la sentencia de instancia, y con desestimación de la demanda interpuesta, confirmar la Resolución del INSS de fecha 7 de febrero de 2012 por la que se desestimaba la reclamación administrativa previa interpuesta frente a resolución de 18 de noviembre de 2011, que denegaba la prestación de jubilación solicitada, por no reunir el periodo de carencia. Sin imposición de costas.

En virtud de lo expuesto

## FALLAMOS

Estimar el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de INSS y TGSS frente a la sentencia dictada el 29 de octubre de 2014 por el Juzgado de lo Social número 3 de Alicante, autos número 258/2012 seguidos a instancia de D. L.A.M.L. frente a los precitados recurrentes; y en consecuencia, con desestimación de la demanda interpuesta confirmar la Resolución del INSS de fecha 7 de febrero de 2012 por la que se desestimaba la reclamación administrativa previa interpuesta frente a resolución de 18 de noviembre de 2011, que denegaba la prestación de jubilación solicitada, por no reunir el periodo de carencia. Sin imposición de costas.

2056

**Sentencia núm. 212, de 2 de febrero de 2016**

**Materia:** Prestación de invalidez: Incapacidad permanente total. Determinación de contingencia. El trabajador, vigilante de seguridad, sufre una angina de pecho en el ejercicio de su actividad laboral iniciando un proceso de incapacidad temporal. Posteriormente es dado de alta. Años más tarde, inicia un proceso de incapacidad permanente total derivado de enfermedad común por cardiopatía isquémica crónica, trombosis venosa y varices en extremidades inferiores. **Solicitud revisión contingencia:** Solicitud declaración de incapacidad permanente total derivada de accidente de trabajo.

**Juzgado:** Estima la demanda declarando que la contingencia determinante de la IPT reconocida al actor deriva de accidente de trabajo, con el consiguiente abono de la prestación correspondiente atendiendo a diversos parámetros.

**Sala:** Estima el recurso y revoca la sentencia de instancia. No queda acreditada la naturaleza profesional del proceso de incapacidad permanente. Se trata de patologías de etiología común. No ha podido acreditarse que las patologías cardiovasculares se hayan visto agravadas por factores del trabajo. La IPT reconocida ha de ser considerada como derivada de enfermedad común.

**Ponente:** Ilma. Sra. D<sup>a</sup>. Gema Palomar Chalver.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Frente a la sentencia de instancia, estimatoria de la demanda planteada por el trabajador, al considerar que la incapacidad permanente total reconocida por resolución del INSS de 26/01/2010 lo es por la contingencia de accidente de trabajo, se alza en suplicación la Mutua X. al amparo de los apartados b) y c) del art. 193 de la LRJS.

En lo que atañe a la revisión fáctica, la Mutua propone la revisión del hecho probado 5º para que tras la referencia a: “El señor C.R. había iniciado en fecha 24 de mayo de 2.007 un proceso de incapacidad temporal con el diagnóstico de “angina de pecho”, se añada “fue alta por curación en fecha 31-08-07” (o se incorpore exactamente “del proceso de baja de 24-5-07 causó alta médica por curación el 31-8-2007”). Admitimos esta precisión a efectos de una mayor claridad, pues así consta de modo claro y directo de los documentos señalados por la Mutua (folio 61 del Expediente administrativo) y constituir un dato relevante a efectos de la resolución del litigio, bien que este dato ya obra dentro de un informe médico al hecho probado 9º.

**SEGUNDO.-** Al amparo de lo dispuesto en el art. 193 c) de la LRJS se denuncia la infracción del art. 115 de la LGSS así como la doctrina de la Sala 4ª respecto a que el hecho de que por la aplicación de la presunción del art. 115.3 de la LGSS se reconozca como accidente de trabajo la incapacidad temporal sufrida por el trabajador, no

implica ni que los procesos posteriores puedan beneficiarse de la presunción legal, ni tampoco la incapacidad permanente que le pueda ser reconocida, de manera que ésta puede que no se considere derivada de accidente de trabajo y sí de enfermedad común al integrar el cuadro clínico que se valora patologías de etiología común y sin relación causal alguna con el trabajo (TS 25-1-2007).

La anterior censura jurídica merece prosperar al haber sido infringido el precepto citado. Del relato de hechos probados y de lo consignado con tal carácter en la fundamentación jurídica resulta que el actor, vigilante de seguridad, por Resolución de la Dirección Provincial del INSS de fecha 26 de enero de 2.010, fue declarado en situación de incapacidad permanente total para su profesión habitual por la contingencia de enfermedad común. El demandante había iniciado en fecha 24 de mayo de 2.007 un proceso de incapacidad temporal con el diagnóstico de “angina de pecho” del que causó alta médica por curación el 31-8-2007. Y respecto de este proceso temporal, tramitado expediente de determinación de contingencia, por Resolución de la Dirección Provincial del INSS de fecha 3 de noviembre de 2.010, se declaró que el proceso de incapacidad temporal lo era por accidente de trabajo, lo que fue confirmado en vía judicial por sentencia de 14-9-2012, que es firme.

El cuadro clínico residual en base al cual fue declarado el actor en situación de incapacidad permanente fue el de: “Cardiopatía isquémica crónica. Infarto de miocardio antiguo (necrosis inferior residual). Trombosis venosa de repetición en tratamiento con anticoagulación oral. Varices en extremidades inferiores.

Como limitaciones orgánicas y funcionales se consignaron las siguientes: evitar esfuerzos físicos, exposición al frío, fuentes de calor y estrés emocional, ortostatismo habitual y situaciones en las que se la posibilidad de traumatismo sea evidente.”

Lo expuesto evidencia que el actor tenía un cuadro previo crónico de cardiopatía isquémica y de varices de miembro inferior derecho (intervenidas en febrero de 2007), y como tal, de dilatada evolución en el tiempo. Al sufrir la angina de pecho el 24-5-2007 con ocasión de prestar sus servicios para la empresa X. COMPAÑÍA DE SEGURIDAD SA, al sobrevenir el evento dañoso en tiempo y lugar de trabajo, se consideró que la IT iniciada lo era por accidente de trabajo, al entrar en juego la presunción que establece el art. 115.3 de la LGSS. El proceso de incapacidad iniciado en esta fecha concluyó, por alta médica por curación el 31-8-2007.

Ahora bien, cuando unos años después, en 2010, el actor es declarado en situación de incapacidad permanente total, no podemos entender que la presunción que en su día jugó para establecer la laboralidad extienda sin más su juego presuntivo en el tiempo, puesto que el proceso por causa profesional ya quedó concluido, habiendo sido dado de alta el actor de la angina o infarto de miocardio que puntualmente sufrió. Pero respecto del proceso de la incapacidad permanente, debemos concluir que no queda acreditada la naturaleza profesional del mismo ya que, a la vista del cuadro que la ha fundamentado se desprende que estamos ante un conjunto de patologías de etiología común, como son la patología de cardiopatía isquémica crónica y las varices y trombosis venosa profunda de repetición. No consta

de nuevo la producción de un evento traumático en el trabajo, por lo que es el trabajador el que ha de probar que su clínica o enfermedad tiene relación de causa a efecto con el trabajo, que se sufre “con ocasión o por consecuencia del trabajo que ejecute” lo que no ha resultado demostrado. Bien que la clínica que ha llevado a la declaración de la incapacidad permanente pueda ser fundamentalmente de naturaleza circulatoria y cardíaca, no podemos asimilar unas patologías crónicas con un episodio de dichas patologías que tuvo lugar durante el trabajo y del cual se obtuvo el alta médica por curación. Debe indicarse que la circunstancia de que en ocasiones la patología común pueda o se haya manifestado en tiempo y lugar de trabajo, calificándose la contingencia como profesional (“se presumirá, salvo prueba en contrario que son constitutivas de accidentes de trabajo, las lesiones que sufra el trabajador durante el tiempo y en el lugar de trabajo”), no dota a las sucesivas bajas, ni a un proceso de incapacidad permanente, per se, de dicha calificación. Como establece el Tribunal Supremo en sentencia de 22-1-2007: “Es obvio que este art. 115-3 de la LGSS pone en conexión la presunción que en él se instituye con cada situación protegida concreta que se produzca en la realidad; y es incuestionable que cada episodio o período de IT que se presenta después de haber trabajado el interesado durante «un tiempo superior a seis meses» constituye una situación distinta e independiente de otros episodios semejantes, como se deduce del citado art. 9 de la Orden de 13 de octubre de 1967. A lo que se añade que en el referido art. 115-3, no aparece dato ni elemento de clase alguna que permita extender la calificación de siniestro laboral aplicada al primer episodio de IT, o a uno de los primeros, a otros episodios de IT posteriores. Por ello, debe mantenerse, como regla general derivada del mandato establecido por el art. 115-3 de la LGSS, que la presunción que el mismo estatuye, sólo se aplica a cada concreto período de IT en que se cumplen las exigencias ordenadas por él, esto es el período concreto de IT en que la dolencia haya aparecido o se haya manifestado «durante el tiempo y en el lugar del trabajo».

En definitiva, en el caso de autos no podemos aplicar sin más el artículo 115.3 de la LGSS de forma acumulativa o por extensión abarcando otros procesos, ni tampoco procede la aplicación del art. 115.2.e) LGSS, (son constitutivas de accidente de trabajo: “Las enfermedades, no incluidas en el artículo siguiente, que contraiga el trabajador con motivo de la realización de su trabajo, siempre que se pruebe que la enfermedad tuvo por causa exclusiva la ejecución del mismo”) ya que ninguna prueba sobre la exclusividad requerida se ha practicado; y tampoco el punto f) del mismo precepto (son constitutivas de accidente de trabajo: “Las enfermedades o defectos, padecidos con anterioridad por el trabajador, que se agraven como consecuencia de la lesión constitutiva del accidente”), pues no se ha acreditado el que las patologías cardiovasculares se hayan podido ver agravadas por factores del trabajo, y ello requiere cumplida prueba del quien lo alega. Por ello, debemos concluir que la IPT reconocida ha de ser considerada como derivada de enfermedad común lo que conlleva la estimación del recurso y la revocación de la sentencia a quo.

**TERCERO.-** Estimándose el recurso de la Mutua, no procede efectuar imposición de costas (art. 235.1 LRJS), procediéndose una vez sea firme esta resolución y de conformidad con el art. 203 LRJS a la devolución al recurrente del depósito constituido para recurrir, así como de la consignación, en su caso, efectuada.

## **FALLO**

Que estimando el recurso de suplicación interpuesto por MATEPSS Nº X X. contra la sentencia de fecha 24 de septiembre de 2014 del Juzgado de lo Social nº 8 de Valencia, y con revocación de la misma, desestimamos la demanda interpuesta y absolvemos a la demandada de las pretensiones en su contra formuladas.

Procédase a la devolución al recurrente del depósito constituido para recurrir, así como de la consignación, en su caso, efectuada.

Sin costas.

2057

**Sentencia núm. 218, de 2 de febrero de 2016**

**Materia:** Pensión de viudedad. La actora solicita pensión de viudedad la cual le es denegada por no haber contraída matrimonio con anterioridad a la fecha del fallecimiento del causante ni haberse constituido como pareja de hecho dos años antes del deceso. La demandante convivió con el causante desde 1988 teniendo un hijo en común, siendo los convivientes titulares de un libro de familia. Disponían de un inmueble siendo titulares ambos al 50% y de una cuenta bancaria común. La actora se encontraba separada del causante, habiendo denunciado a su pareja por violencia de género. Requisito formal “ad solemnitatem” de constitución de la pareja de hecho como tal ante el Derecho.

**Juzgado:** Desestima la demanda absolviendo a los entes gestores demandados de las pretensiones deducidas en su contra.

**Sala:** Desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia. En el momento de producirse el fallecimiento del causante, no consta vínculo matrimonial ni pareja de hecho actual, ni ésta se formalizó con los requisitos exigidos por la norma.

**Ponente:** Ilma. Sra. D<sup>a</sup>. Isabel Moreno de Viana Cárdenas.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Recurre en suplicación la actora la sentencia que ha desestimado su demanda en la que se solicita pensión de Viudedad.

El recurso, después de relatar lo que denomina antecedentes, se articula en dos motivos. En el primero, por el apartado b) del art. 193 de la LRJS, solicita la adición al hecho cuarto del siguiente texto: “...así mismo el Sr. E., la actora y su hijo constan empadronados en el mismo domicilio desde el 1-5-1996, según Padrón Municipal de V.”, lo que apoya en el certificado de empadronamiento que aportó la actora como documento nº 5. La sentencia no niega dicha circunstancia; es más, afirma que convivió la actora con el causante desde mayo de 1988 hasta el 31 de julio de 2009, y en concordancia con ello la certificación señalada como prueba contempla la modificación de datos personales en septiembre de 2010 y febrero de 2011. La adición se desestima, al no ser relevante para decidir el litigio, ya que como se ha expuesto la sentencia dice que se rompió la convivencia en julio de 2009.

**SEGUNDO.-** En el correlativo motivo, por la letra c) del art. 193 de la LRJS, en tres apartados denuncia:

1.- la incorrecta interpretación de los arts. 173 y 174 de la LGSS, al considerar que hay documentos públicos que se equiparan al registro como pareja de hecho, tales

como el Padrón Municipal, Libro de Familia y la cartilla sanitaria, aduciendo que la sentencia STCo 40/2014 ha declarado inconstitucional el art. 174.3, por vulnerar el principio de igualdad de lo que se han hecho eco las STSJ de Madrid que relaciona.

2.- falta de aplicación de las reglas especiales para la pensión de Viudedad en los casos de violencia de género previstas en el art. 174.2 de la LGSS.

3.- sin mencionar precepto sustantivo en que se apoya, solicita que la pensión de Viudedad se conceda en el porcentaje del 70% de la base reguladora del causante.

Para decidir el supuesto hay que partir de los datos que aparecen en los hechos probados de la sentencia. En ellos se dice que la demandante presentó en fecha 28 de noviembre de 2.012 solicitud de pensión de viudedad ante el INSS tras el fallecimiento en fecha 13 de noviembre de 2.012 de don R.E.S. , que le fue denegada por resolución de 15 de febrero de 2013: “Por no ser o haber sido cónyuge del fallecido, no existiendo imposibilidad legal para haber contraído matrimonio con anterioridad a la fecha del fallecimiento .....Por no haberse constituido formalmente como pareja de hecho con el fallecido al menos dos años antes del fallecimiento, de acuerdo con el artículo 174.3 párrafo cuatro de la LGSS...” Disconforme la actora interpuso Reclamación Previa en fecha 3 de abril de 2.013 alegando, en síntesis, que había convivido con el causante desde el año 1.988 y que había tenido un hijo en común. Se alegó, igualmente, ser víctima de violencia de género y que existía sentencia de separación judicial dictada por el Juzgado de Primera Instancia de Liria de fecha 9 de septiembre de 2.009. La reclamación le fue desestimada por Resolución de fecha 22 de abril de 2.013. Considera probado la sentencia que la actora convivió con Don R.E.S. desde el mes de mayo de 1988 hasta el día 31 de julio de 2.009 según certificación emitida al efecto por la Policía Local de V.; que los convivientes , padres de I.E.H. , nacido el dos de marzo de 1991, eran titulares de un Libro de Familia; que la señora H. y el señor E. eran titulares al 50% de un inmueble; que la señora H. y el señor E. eran titulares de una cuenta bancaria común; que la señora H. figuraba como asegurada en un Póliza de “Seguro-Deceos” suscrita por el señor E. con X.; y, que en la cartilla de la seguridad Social del señor E. figuraba la actora como beneficiaria . Se añade que el 24 de junio de 2.009 la señora H.S. denunció al señor E.S. ante la Dirección General de la Guardia Civil de V. tramitándose atestado por “violencia doméstica o de género”; que ese mismo día el Juzgado de Instrucción nº 4 de Liria dictó Auto acordando estimar la solicitud de protección imponiendo al señor E.S. la prohibición de acudir al domicilio de la hoy actora sito en Camino del Cementerio 43-2-29 de V. o aproximarse a ella a una distancia inferior a 200 metros con efectos hasta el 30 de septiembre de 2.009; y, que la Fundación FAVIDE (atención a víctimas del delito y encuentro familiar) se dirigió a la señora H. informándole de los derechos que le asistían. Así mismo consta que por Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº Dos de Liria dictada en el procedimiento nº 684/2.009, en fecha 13 de octubre de 2.009 se aprobó el Convenio regulador de fecha 9 de septiembre de 2.009 propuesto por la actora y el señor E.S. en relación al hijo extramatrimonial I.E.H.. En el Convenio regulador se hace constar expresamente lo siguiente: 1º.- Que los comparecientes mantenían una relación sentimental y convivían hasta hace algún tiempo en el domicilio familiar sito en V. , calle X.- Que fruto de la unión no matrimonial mantenida nació un hijo I.E.H. que cuenta con 17 años de edad,

y 3º.- Que por diversas circunstancias, que no son del caso exponer aquí, ambos comparecientes decidieron poner fin a la convivencia en común y mediante este documento establecer las medidas que han de regir su futura relación en lo referente a su hijo , y con esa finalidad.

El art. 174.3 y 4 de la LGSS vigente en la fecha del fallecimiento disponía: “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 encuentre 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.

No obstante, también se reconocerá derecho a pensión de viudedad cuando los ingresos del sobreviviente resulten inferiores a 1,5 veces el importe del salario mínimo interprofesional vigente en el momento del hecho causante, requisito que deberá concurrir tanto en el momento del hecho causante de la prestación, como durante el período de su percepción. El límite indicado se incrementará en 0,5 veces la cuantía del salario mínimo interprofesional vigente por cada hijo común, con derecho a la pensión de orfandad que conviva con el sobreviviente.

Se considerarán como ingresos los rendimientos de trabajo y de capital así como los de carácter patrimonial, en los términos en que son computados para el reconocimiento de los complementos para mínimos de pensiones.

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.

4.- En todos los supuestos a los que se refiere el presente artículo, el derecho a pensión de viudedad se extinguirá cuando el beneficiario contraiga matrimonio o constituya una pareja de hecho en los términos regulados en él, sin perjuicio de las

excepciones establecidas reglamentariamente.”

La propia dicción literal del precepto ya conduce a que deba ser desestimada la demanda por la sencilla razón de que la pensión de viudedad desde la situación de pareja de hecho, y a diferencia de la que deriva de vínculo matrimonial, exige que en el momento del fallecimiento los componentes de la pareja se encuentre unidos con análoga relación de afectividad a la conyugal, lo que aquí no acontece, porque según afirma la sentencia y no niega el recurso, la convivencia terminó en julio de 2009. De cualquier forma y aunque no hubiera sido así tampoco asistiría la razón a la recurrente, dado que la circunstancia de que la separación de la convivencia se hubiera acordado judicialmente como consecuencia de un episodio de violencia de género acreditado, no es causa que posibilite la percepción de la prestación, dado que esta cuestión no está prevista para las parejas de hecho que como se ha dicho no pueden causar pensión de viudedad cuando en la fecha del hecho causante no consta la convivencia, estando regulada en el art. 174.2 para la viudedad que genera el vínculo matrimonial tras la separación sin pensión compensatoria.

También conviene insistir en la equivocada interpretación que el recurso realiza del contenido de la STCo 40/2014 que declara nulo y sin efecto el art. 174.4 de la LGSS; pero que no se opone a la exigencia prevista en el art. 174.3 de la LGSS en relación a la prueba de ser tal pareja de hecho del doble requisito de acreditar la convivencia cinco años anteriores al fallecimiento del causante y la inscripción como tal pareja de hecho en registro o documento público. Por todas la STS de 16 de diciembre de 2015 (rec. 3453/2014) es clara al respecto: “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 (LOTIC), 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, y161/2012, 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 presupuesto 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".

E insiste la sentencia del alto Tribunal "...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 3971/2011y 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)."

En el caso, como se anticipaba, la prestación no puede ser reconocida, porque a la fecha del fallecimiento, ni consta vínculo matrimonial ni pareja de hecho actual con el causante, ni aquella se formalizó con los requisitos exigidos por la norma. Y se desestima el recurso.

**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 Doña M.A.H.S., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 8 de los de Valencia, de fecha 19 de diciembre de 2014; y, en consecuencia, confirmamos la resolución recurrida.

Sin costas.

2058

**Sentencia núm. 233, de 2 de febrero de 2016**

**Materia: Pensión de orfandad y viudedad. Trabajador que sufre accidente laboral. Solicitud prestaciones derivadas del fallecimiento del trabajador. Determinación contingencia fallecimiento. Presunción de laboralidad: Artículo 115.3 de vigente LGSS.**

**Juzgado: Estima la demanda declarando que la muerte del trabajador se deriva de accidente laboral, condenando a los demandados a estar y pasar por esta declaración. Se condena a la mutua, como entidad responsable, a pagar a la actora la correspondiente pensión de viudedad y la pensión de orfandad a favor de su hijo.**

**Sala: Desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia. No existe ruptura de nexo causal entre la actividad desarrollada por el trabajador y el infarto sufrido por el trabajador. Declara que la contingencia del fallecimiento es accidente de trabajo.**

**Ponente: Ilma. Sra. D<sup>a</sup>. Teresa Pilar Blanco Pertegaz.**

#### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-** En dos motivos se estructura el recurso de suplicación entablado por la representación letrada de la Mutua X. contra la sentencia del juzgado que estima la demanda y declara que la contingencia del fallecimiento de D. J.P.A.S. es accidente de trabajo, habiendo sido impugnado el recurso por la parte actora, conforme se refirió en los antecedentes de hecho.

El primero de los motivos que se introduce por el apartado b del art. 193 de la Ley de la Jurisdicción Social (LJS) pretende la revisión de los hechos declarados probados y, en concreto, del hecho probado décimo para que se adicione al mismo la referencia de que las actividades que implicaba el trabajo que realizaba el actor... “andar, correr, subir, bajar, etc...” son “actividades físicas no consideradas riesgo cardiovascular específico según ratificación expresa del Perito Médico de X. y la documental aportada por la Mutua (Documento 6 (anexo 5) de la rama de prueba de Mutua).”

La adición solicitada no puede ser acogida al resultar irrelevante para modificar el sentido del fallo ya que el hecho de que unas actividades físicas no se consideren de riesgo cardiovascular específico resulta insuficiente para desvirtuar la existencia de nexo causal entre la realización de dichas actividades físicas y el infarto agudo de miocardio que determinó el fallecimiento del causante.

**SEGUNDO.-** El correlativo motivo del recurso que se fundamenta en el apartado c del art. 193 de la LJS se denuncia “la infracción en la aplicación de la interpretación

jurisprudencial según Doctrina del Tribunal respecto de la aplicación del art. 115.3 de la LGSS y la doctrina unificada que el TS ha seguido, en concreto, en su Sentencia de fecha 3 de Noviembre de 2003, STS/6809/2003, y que determina expresamente como desvirtuar la presunción de laboralidad de la contingencia a que se refiere el art. 115.3 de la LGSS.”

Razona la defensa de la recurrente que la grave enfermedad previa que padecía el causante determinada por el médico forense y por la pericial ratificada de la Mutua así como la desconexión total del desenlace con cualquier causa iniciadora de dicho desenlace excluye la “laboralidad” de la contingencia del fallecimiento del causante. A continuación, indica que la valoración del Magistrado de instancia sobre el estrés que conlleva el trabajo desempeñado por el trabajador fallecido carece de sustento fáctico, no estando acreditado; además, señala que el informe del médico forense no hace referencia a ningún nexo causal de “laboralidad” al inicio de la crisis aguda que provocó la muerte. Por último hace hincapié en que tampoco existe prueba alguna que conecte la muerte con la falta de atención inmediata ante la crisis aguda que sufrió el trabajador fallecido, por lo que concluye que debió declararse contingencia común el fallecimiento de D. J.P.A.S.

Al margen de que los recursos se dan contra el fallo de la sentencia y no contra sus fundamentos jurídicos, la censura jurídica deducida por la defensa de la recurrente no puede prosperar porque conforme a la doctrina sentada por nuestro Alto Tribunal en las sentencias que a continuación se relacionan, no se exige que la lesión sea consecuencia del trabajo prestado sino que haya surgido en el lugar de trabajo y con ocasión de prestarse el mismo, y así, la STS 27-9-07 (rcud 853/2006 ) señala: "TERCERO.....El recurso debe ser estimado, como propone el Ministerio Fiscal en su informe, de acuerdo con la doctrina constante de esta Sala contenida en las sentencias de 23-3-68 , 9-10-70 , 22-3-85 , 4-11-88 , 27-6-90 , 27-12-95 (rcud 1213/95 ) , 15-2-96 (rcud 2149/95 ) , 18-10-96, (rcud 3751/95 ) , 27-2-97 (rcud 2941/96 ) , 23-1-98, (rcud 979/97 ) , 18-3-99 (rcud 5194/97 ) , 12-7-99, (rcud 4702/97 ) 23-11-99 (rcud. 2930/98 ) , 25-11-02 (rcud.235/02 ) , 13-10-03 (rcud. 1819/02 ) y 30-1-04 (rcud. 3221/02 ) entre otras, que ha reconocido al infarto de miocardio sufrido en tiempo y lugar de trabajo el carácter de accidente laboral . Y ello por las razones siguientes:

**1)** La presunción del artículo 115.3 (antes, art. 84.3 LGSS del 74 ) de la vigente Ley General de la Seguridad Social se refiere no sólo a los accidentes en sentido estricto o lesiones producidas por la acción súbita y violenta de un agente exterior, sino también a las enfermedades o alteraciones de los procesos vitales que pueden surgir en el trabajo .

**2)** Para la destrucción de la presunción de laboralidad de la enfermedad surgida en el tiempo y lugar de prestación de servicios, la jurisprudencia exige que la falta de relación entre la lesión padecida y el trabajo realizado se acredite de manera suficiente, bien porque se trate de enfermedad que por su propia naturaleza descarta o excluye la acción del trabajo como factor determinante o desencadenante, bien porque se aduzcan hechos que desvirtúen dicho nexo causal.

3) La presunción no se excluye porque se haya acreditado que el trabajador padeciera la enfermedad con anterioridad o porque se hubieran presentado síntomas antes de iniciarse el trabajo, porque lo que se valora a estos efectos no es, desde luego, la acción del trabajo como causa de la lesión cardíaca, lo que no sería apreciable en principio dada la etiología común de este tipo de lesiones. Lo que se valora es la acción del trabajo en el marco del artículo 115.2.f) LGSS como factor desencadenante de una crisis, que es la que lleva a la situación de necesidad protegida; y esta posible acción del trabajo se beneficia de la presunción legal del art. 115.3 y no puede quedar excluida solo por la prueba de que la enfermedad se padecía ya antes; pues, aunque así fuera, es la crisis y no la dolencia previa la que hay que tener en cuenta a efectos de protección.”

La proyección de la anterior doctrina al presente caso en que el fallecimiento de D. J.P.A.S. se produce al sufrir el mismo un infarto agudo de miocardio cuando estaba realizando, dentro de su jornada laboral, las tareas de limpieza en el patio del Colegio X de T., formando parte dichas tareas de su trabajo habitual y sin que exista dato alguno que permita afirmar la ruptura del nexo causal entre trabajo y accidente cardíaco, obliga a calificar como accidente de trabajo la contingencia de la que deriva el fallecimiento del indicado trabajador, aun asumiendo la preexistencia de la enfermedad cardíaca que se recoge en los informes periciales, pues, no se ha aportado ningún otro elemento de hecho que excluya la acción del trabajo como factor o causa desencadenante del infarto de miocardio y al ser esta la conclusión alcanzada por la sentencia de instancia se ha de confirmar, previa desestimación del recurso.

**TERCERO.-** 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 Mutua X., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº Doce de los de Valencia y su provincia, de fecha 24 de octubre de 2014, en virtud de demanda presentada a instancia de D.ª F.A.M. contra la recurrente, el Instituto Nacional de la Seguridad Social y FCC. S.A. – GIR. S.A. U.T.E.; 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 a la Letrada impugnante la cantidad de 600 euros.

**Sentencia núm. 239, de 3 de febrero de 2016**

**Materia:** Prestación por desempleo. Trabajadora a la que se concede una prestación por desempleo. Iniciado expediente de revisión se propone la revocación de la misma al ser familiar del empresario con convivencia con éste. Acreditación del asalariado familiar. Situación de dependencia y ajeneidad.

**Juzgado:** Desestima la demanda interpuesto contra el organismo demandado, absolviendo a éste de las peticiones contenidas en el suplico de la demanda.

**Sala:** Estima el recurso y revoca la sentencia de instancia. Se reconoce a la recurrente el derecho a percibir la prestación por desempleo computándose las cotizaciones realizadas.

**Ponente:** Ilma. Sra. D<sup>a</sup>: María del Carmen López Carbonell.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.** 1. En el único motivo del recurso, formulado con amparo procesal en el apartado c del artículo 193 de la LRJS se denuncia la infracción por aplicación errónea de lo dispuesto en los artículos 1.3 del ET, 7.2 y 205 de la LGSS así como por inaplicación del artículo 54 de la Ley 30/1992. Sostiene en definitiva que la resolución administrativa dictada por el Servicio de Empleo Público Estatal (SEPE), adolece de falta de motivación y que la sentencia de instancia que la confirma aplica indebidamente las normas aplicadas. En primer lugar, por considerar que se trata de trabajos familiares cuando la empleadora es la Sociedad mercantil constituida por el matrimonio y en segundo lugar por considerar que en cualquier caso hay indicios suficientes de dependencia y ajeneidad que desvirtúan la resolución sancionadora del SEPE.

2. Efectivamente tal y como apunta la sentencia de instancia el art. 1.3 e) del ET excluye de su ámbito: "Los trabajos familiares, salvo que se demuestre la condición de asalariados de quienes los llevan a cabo. Se considerarán familiares, a estos efectos, siempre que convivan con el empresario, el cónyuge, los descendientes, ascendientes y demás parientes por consanguinidad o afinidad, hasta el segundo grado inclusive y, en su caso, por adopción". Y el art. 7.2 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio (LGSS) establece: "A efectos de lo dispuesto en el apartado anterior (el campo de aplicación del Sistema de la Seguridad Social) no tendrán la consideración de trabajadores por cuenta ajena, salvo prueba en contrario: el cónyuge, los descendientes, ascendientes y demás parientes del empresario, por consanguinidad o afinidad hasta el segundo grado inclusive y, en su caso, por adopción, ocupados en su centro o centros de trabajo, cuando convivan en su hogar y estén a su cargo". En el supuesto enjuiciado, la prestación de servicios se realiza a favor de una persona jurídica.

**SEGUNDO. 1.** La Sala IV del Tribunal Supremo en sus sentencias Nº 41/2002, de 21-1 y 984/2010, de 29-12 , sostiene que *“la constitución formal de una persona jurídica no excluye de plano que pueda tenerse en cuenta el vínculo familiar existente entre el demandante de la prestación por desempleo y el socio dominante, aplicando “la doctrina del levantamiento del velo de la persona jurídica, tendente a evitar que, al amparo de la ficción legal que constituye la misma, se puedan perjudicar o defraudar legítimos intereses privados o públicos, entre los que está el de reservar la protección por desempleo a quien resulte ser trabajador por cuenta ajena en sentido material y no meramente formal. “* Sin embargo, en estos casos en los que el empresario es la persona jurídica, y por lo tanto es legalmente imposible una relación de parentesco, no opera la presunción iuris tantum prevista en los artículos mencionados tal y como reitera la Sala IV en ST 13/06/2012, recurso 1628/2011.

2. Para poder aplicar las presunciones legales referidas a las relaciones familiares y previstas tanto en la norma estatutaria como en la LGSS, es necesario resolver previamente sobre lo que ha venido en llamarse doctrina del levantamiento del velo y analizar previamente las relaciones económicas efectivas que subyacen bajo la fórmula societaria. La resolución de la cuestión jurídica analizada en la sentencia debe abordarse pues desde unos parámetros judiciales distintos a los aplicados por la sentencia de instancia, pues corresponde a la administración actuante acreditar que existe una utilización fraudulenta de la persona jurídica tras la que se encubre una auténtica relación de trabajo familiar.

Por otro lado, en relación a la presunción prevista en la norma, no podemos olvidar que tal como ha apuntado de forma reiterada nuestro alto Tribunal, las normas aplicadas no pueden interpretarse en términos tales que quede desnaturalizada su esencia de presunción susceptible de prueba en contrario, para transformarla en presunción iuris et de iure. Así cuando se acredite la condición de asalariado del familiar, ha de serle reconocida la de trabajador por cuenta ajena. El Tribunal Constitucional, en sentencias 79/1991 y 2/1992, ya declaró que es contrario al principio de igualdad excluir del ámbito laboral unas relaciones jurídicas por el sólo hecho de ser parientes sus titulares.

3. En el caso enjuiciado la actora que se encuentra casada en régimen de separación de bienes, tiene una participación del 10% en el capital social de la Mercantil, lo que no permite afirmar la existencia de un patrimonio familiar común, con independencia de la participación societaria de su esposo. Los elementos facticos expuesto que son los esencialmente recogidos en la sentencia no solo no son suficientes para acreditar el fraude de ley sino que no desvirtúan la presunción de dependencia y ajenidad de la relación existente entre la actora y la entidad mercantil constituida por ella y su esposo.

De los hechos declarados probados que son inalterados y vinculantes para esta Sala no se desprende ningún otro dato con el que la entidad gestora pueda sostener la utilización fraudulenta de la entidad mercantil y aplicar la doctrina del levantamiento del velo.

La actora cumple con los requisitos legales de alta y cotización que como trabajadora por cuenta ajena le dan derecho a beneficiarse de la prestación de

desempleo, de la que no puede ser excluida en base a su parentesco con el titular de la sociedad, o por su titularidad de una mínima parte de las acciones. Procede por lo tanto estimar el recurso, revocando la sentencia de instancia.

En atención a lo expuesto,

### **FALLO**

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto por P.M.R. contra la sentencia dictada por el Juzgado número 1 de Valencia de fecha 10/03/2014 y, revocando la sentencia recurrida, estimamos la demanda interpuesta por la actora contra el Servicio Público de Empleo Estatal, dejando sin efecto la resolución dictada por la Dirección Provincial de Valencia del INE de 23/06/2012 reconociendo a la misma el derecho a percibir la prestación por desempleo computando las cotizaciones realizadas.

2060

**Sentencia núm. 257, de 5 de febrero de 2016**

**Materia:** Reintegro de gastos médicos. Asistencia en centro médico privado tras sufrir un infarto agudo de miocardio en domicilio del actor. El demandante no acude a los servicios médicos públicos. Urgencia inmediata de carácter vital.

**Juzgado:** Estima la demanda dejando sin efecto la resolución de la entidad demandada y la resolución dimanante de la reclamación previa, declarando que procede la condena de la demandada al reintegro de los gastos médicos.

**Sala:** Estima el recurso y revoca la sentencia de instancia. No procede el reintegro de los gastos médicos. Aunque se trata de un supuesto de urgencia vital, no queda demostrada justificación alguna para que el actor no acudiera al centro sanitario público más cercano a su domicilio para ser tratado de la dolencia cardíaca. No se cumplen los requisitos para poder obtener el reintegro de los gastos médicos.

**Ponente:** Ilma. Sra. D<sup>a</sup>. Inmaculada Linares Bosch.

#### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-** Se interpone recurso de suplicación por el Abogado de la demandada Generalitat Valenciana, frente a la sentencia de instancia que le condena a reintegrar al actor, gastos médicos derivados de asistencia sanitaria prestada en Clínica privada, por importe de 10.729,16€.

1. El recurso se articula en tres motivos, el primero redactado al amparo de la letra b) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, solicitando la revisión del hecho probado cuarto, alegando que al folio 28 del expediente administrativo consta que el actor acudió a clínica privada por ser el Hospital "...más cercano, siendo esta la Clínica X."

El folio 28 es la solicitud de reintegro de gastos médicos, de la que se da noticia en el hecho probado tercero, por lo que debe entenderse íntegramente por reproducida, lo que hace innecesaria la revisión.

2. En el segundo motivo, con igual amparo procesal, interesa la adición de un nuevo hecho probado, que diga, "la fibrilación auricular estaba diagnosticada desde abril de 2011 y tenía carácter de crónica (antecedentes) y que, además, en el apartado Historia actual, el dolor que refería no era muy intenso, irradiando levemente al hombro izquierdo, estando a la Exploración al Ingreso consciente, orientado y colaborador y que el Medico Dr. F.G. que lo trató ese día en la Clínica X. era su cardiólogo habitual", en base a los folios 30 y 31 del expediente administrativo.

El documento en que se apoya en recurrente consiste en el informe emitido por la Clínica X., aportado por ambas partes y al que se remite expresamente el hecho probado segundo, por lo que se entiende íntegramente por reproducido, sin necesidad de introducir el texto postulado.

**SEGUNDO.-** 1.-En el tercer motivo, redactado al amparo de la letra c) del artículo 193 de la LRJS, se denuncia la infracción de lo dispuesto en el artículo 4.3 del Real Decreto 1030/06 de 15-septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización, con cita de STS de 4-7-07, 20-10-03, 19-12-03 y 25-10-99. Sostiene el recurrente que el actor pudo acudir a los servicios sanitarios de la Seguridad Social, más cercanos en el tiempo de llegada, por lo que no puede considerarse urgencia inmediata de carácter vital.

2.-El Tribunal Supremo, en Sentencia de 19-12-03, recurso 63/03, establece, “El art. 102.3 de la Ley General de la Seguridad Social Texto Refundido de 30 de mayo de 1974, no derogado por el Real Decreto Legislativo 1/1994 , dispone que “las entidades obligadas a prestar asistencia sanitaria no abonarán los gastos que puedan ocasionarse cuando el beneficiario utilice servicios médicos distintos de los que hayan sido asignados, a no ser en los casos que reglamentariamente se determinen”. Ese anunciado desarrollo reglamentario, en la fecha en que ocurrieron los hechos que se enjuician tanto en la sentencia recurrida como en la de contraste, se halla en el Real Decreto 63/1995 de 20 de enero que, en su art. 5.3 señala que “en los casos de asistencia sanitaria urgente, inmediata y de carácter vital, que hayan sido atendidos fuera del sistema del Sistema Nacional de la Salud, se reembolsarán los gastos de la misma, una vez comprobado que no se pudieron utilizar oportunamente los servicios de aquel y que no constituye una utilización desviada o abusiva de esta excepción”. Norma que tiene una doble finalidad: evitar la elección voluntaria de la medicina privada, orillando inmotivadamente los servicios médicos y hospitalarios públicos, y continuar dispensando la protección -mediante la correspondiente compensación económica de gastos- cuando, en casos de urgente gravedad, el Sistema Nacional de la Salud no hubiera atendido la situación del beneficiario. Con arreglo a la norma reglamentaria, son requisitos para la procedencia del reintegro: a) Que se trate de una asistencia sanitaria urgente, inmediata y de carácter vital. b) Que el beneficiario haya intentado la dispensación por el Sistema Nacional de la Salud y no haya podido utilizar oportunamente los servicios del sistema público. c) Que la actuación no constituya una utilización abusiva o desviada de la excepción”.

La sentencia del Tribunal Supremo de 4 de julio de 2007 (rec. 2215/2006) señala que, “en la actualidad son cuatro los requisitos exigidos para que proceda el reintegro de gastos por asistencia sanitaria ajena al sistema público. Dos de ellos positivos, cuales son que se trate de urgencia inmediata y que sea de carácter vital; y dos negativos, consistentes en que no hubiera posibilidad de utilización de los servicios de la sanidad pública y que el caso no constituya una utilización abusiva de la excepción (en tal sentido, SSTS 20/10/03 -rcud 3043/02-; y 19/12/03 -rcud 62/03)”. También se argumenta en la referida Sentencia que “Sobre el concepto de "urgencia

vital", esta Sala ya ha señalado que siendo dos acepciones que el término "vital" tiene en el DRAE ("perteneciente o relativo a la vida"; y "de suma importancia o trascendencia")" debe de prevalecer la segunda de ellas "máxime teniendo en cuenta que el mandato constitucional sobre el derecho de protección a la salud (art. 43.1 CE) "no permite una interpretación mezquina del precepto que nos ocupa" (STS 20/10/03 - rcurd 3043/02)". Asimismo añade, "se presenta de todo razonable asimilar a tales supuestos aquellos otros en los que -mediando la referida urgencia, entendida en los términos amplios que se han precisado- la imposibilidad de atención por la Medicina oficial venga determinada por la existencia de saturación de beneficiarios necesitados de las concretas prestaciones sanitarias (las llamadas "listas de espera"), obstativa de la prestación de los servicios médicos al interesado "en un plazo justificable desde el punto de vista médico", "habida cuenta de su estado de salud en ese momento y de la evolución probable de la enfermedad" (en tal sentido, la STJCE 2006/141 -Asunto Watts, de 16/mayo-, remitiendo al art. 20 del Reglamento CE 83/2004)".

3.- En el presente caso, consta probado que el actor acudió, desde su domicilio en A.P., a la Clínica privada X., el día 19-12-2012 al sentir dolor torácico en reposo, que al llegar a la citada clínica presentaba dolor torácico de una hora de evolución, que refirió no era muy intenso con dolor a nivel de precordio, que irradia levemente al hombro izquierdo. Se realizó ECG que objetivó lesión subepicárdica anterior extensa y lateral alta, por lo que fue ingresado en UCI, causando gastos médicos por 10.729,16€, diagnosticado: Infarto Agudo de Miocardio con elevación segmento ST (IAMST) ingresado en UCI, alta en la Clínica el 21-12-12. De lo que debe concluirse que la enfermedad cardiaca crónica padecida por el actor, generó un cuadro de infarto agudo de miocardio cuya gravedad precisa de urgencia médica inmediata, pero lo que no se desprende del relato fáctico es la existencia de causa alguna que justifique que el actor, desde su domicilio en A.P., no acudiese directamente al Hospital de la sanidad pública más cercano a su domicilio sito en el término municipal de V., y que en su lugar se desviase a la clínica privada sita en la población de B., pues el hecho de que, según consta en el informe de la clínica, allí fue atendido por su cardiólogo habitual, no justifica el reintegro de los gastos médicos solicitado; por lo que, constando la existencia de centro hospitalario de la sanidad pública cercano al domicilio del actor, no se justifica la utilización de la medicina privada, lo que lleva a la estimación del motivo.

## FALLO

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de Conselleria de Sanidad de la Generalitat Valenciana, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº.1 de los de Benidorm, de fecha 20-junio-2014, en virtud de demanda presentada a instancia de L.C.; y, en consecuencia, revocamos la sentencia recurrida y con desestimación de la demanda iniciadora de las presentes actuaciones absolvemos a la demandada de la reclamación frente a ella formulada.

**Sentencia núm. 266, de 8 de febrero de 2016**

**Materia: Reclamación de cantidad. Paga extraordinaria de antigüedad, a razón de una mensualidad por quinquenio. Aplicación complementos a tener en cuenta: Complemento autonómico o de homologación. Jurisprudencia Tribunal Supremo.**

**Juzgado: Estima parcialmente la demanda condenando al organismo demandado a abonar a la actora determinada cantidad. Procede aplicar complemento demandado.**

**Sala: Estima el recurso declarando que no procede aplicar el complemento autonómico, señalado como complemento de homologación, por lo que el importe que procede abonar es inferior al otorgado en primera instancia.**

**Ponente: Ilma. Sra. D<sup>a</sup>. Inmaculada Linares Bosch.**

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**UNICO.-** Se interpone recurso de suplicación por la Abogacía de la Generalitat Valenciana, la sentencia que estimando en parte la demanda presentada por C.C.J., condena a la Generalitat Valenciana-Conselleria de Cultura y Educación a abonarle 11.411,65€, en concepto de paga extraordinaria de antigüedad por 25 años de antigüedad, a razón de una mensualidad por quinquenio.

1. El recurso se formula en dos motivos. En el primero alega que en el recurso de suplicación, es posible la revisión del derecho sin necesidad de que esta vaya precedida de una previa revisión de los hechos probados. Y, en el segundo, redactado al amparo del art. 193-c) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, denuncia la infracción del art. 61 y 59 y Disposición transitoria tercera del IV Convenio Colectivo de empresas de enseñanza privada concertada, alegando que del cálculo de la paga extraordinaria debía excluirse el complemento autonómico, señalado como complemento de homologación, por lo que la demanda debió estimarse parcialmente y condenar al abono de 9.338,45€, conforme a lo resuelto en STS de 4-6-06 rec. 963/07, 4-6-08 rec. 1963/03, 20-5-09 rec. 2826/08, 21-5-09 rec. 2276/08, 10-6-09 rec.2918/08, 17-6-09 rec. 2943/07, 25-6-09 rec. 2465/08, 16-9-09 rec. 2477/08, 8-10-09 rec. 3520/08.

2. El Tribunal Supremo en Sentencia de 7-7-2009, rec. 2760/08, señala, *“La cuestión que plantea el presente recurso de casación para unificación de doctrina, que ya ha sido resuelta en varias sentencias por esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo, versa sobre el cálculo de la percepción consistente en una “mensualidad extraordinaria” “por cada quinquenio cumplido” establecida en el art. 61 del V Convenio Colectivo de Empresas de Enseñanza Privada Sostenidas con Fondos Públicos*

*("enseñanza concertada") para premiar la permanencia en la empresa durante veinticinco años.*

*Las opciones interpretativas que están en juego son dos: a) la de entender que la expresión "mensualidad extraordinaria" obliga a calcular tal percepción de acuerdo con el importe de cada una de las pagas extraordinarias previstas en el art. 59 del propio convenio colectivo; y b) la de tomar como base para el cálculo de dicho premio de permanencia al salario o retribución del trabajo de una mensualidad normal u ordinaria. La primera opción, que ha sido adoptada en la sentencia de contraste, refiere el calificativo "extraordinaria" a las pagas extras periódicas que tienen esta condición en la disposición convencional aplicable; la segunda opción, por la que se ha inclinado la sentencia recurrida, interpreta que la denominación de "extraordinaria" se limita a describir el carácter no común de la propia percepción ocasional (a los veinticinco años) en cuyo cálculo ha surgido la cuestión hermenéutica que debemos resolver.*

*La elección entre uno u otro de los términos anteriores tiene trascendencia práctica, puesto que las pagas extraordinarias periódicas ("antes de 1 de julio y de 23 de diciembre de cada año") reguladas en el art. 59 del convenio colectivo de aplicación se calculan por adición de "una mensualidad de salario" más la "antigüedad" y los "complementos específicos", excluyendo el "complemento retributivo autonómico", que, en el caso que debemos resolver ahora, asciende a 280'47 euros.*

*Tal exclusión del complemento autonómico no se produce, por el contrario, en la segunda de las opciones interpretativas descritas. Nuestras sentencias precedentes de 4 de junio de 2008 (rec. 1963/2007), primera de una serie, a la que han seguido STS 30-6-2008 (rec. 1128/2007), 17-9-2008 (rec. 4465/2007) y 24-9-2008 (rec. 4220/2007) se han inclinado por el primer término de la alternativa sobre la base de un argumento sintáctico de interpretación gramatical: la contigüidad del calificativo "extraordinaria" al sustantivo "mensualidad" en el art. 61 de la norma convencional controvertida "impide su separación o desgajamiento", puesto que si se separan, como ocurre en la sentencia recurrida, se fuerza y "distorsiona el significado de la frase comentada". A esta plausible interpretación debemos estar en la presente resolución, por razones de seguridad jurídica y de igualdad en la aplicación de la ley".*

3. La aplicación de la doctrina expuesta al presente supuesto lleva a la estimación del recurso, pues la sentencia estima el abono de la paga extraordinaria por antigüedad en la cuantía reclamada en la demanda de 11.411,65€, calculada conforme a un salario mensual de 2.282,33€, que incluye el complemento de homologación en cuantía de 414,65€ (hecho primero de la demanda, y nómina-folio 24), de manera que sin tener en cuenta el complemento retributivo de homologación de la Comunidad Valenciana, -pues dicho complemento nada tiene que ver con los conceptos de salario, antigüedad y complementos específicos a que se remite el art. 59 del Convenio colectivo-, la cuantía a la que debe condenarse a la recurrente asciende a 9.338,45€.

## **FALLO**

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto por la ABOGACIA DE LA GENERALITAT VALENCIANA, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº. 2 de los de Alicante, de fecha 17-diciembre-2014; y, en consecuencia, revocamos en parte la resolución recurrida, en el sentido de que la cantidad a abonar por la demandada asciende a 9.338,45€.

Sin costas.

2062

**Sentencia núm. 277, de 9 de febrero de 2016**

**Materia:** Despido con vulneración de los derechos fundamentales. Trabajador al servicio de colegio oficial que presta sus servicios como conserje mayor y posteriormente con categoría de auxiliar administrativo tras externalizarse el servicio de conserjería. Despido por causas económicas, productivas y organizativas. Improcedencia del despido.

**Juzgado:** Desestima la demanda declarando procedente el despido del trabajador.

**Sala:** Desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia. Desestima las infracciones jurídicas que se imputan a la sentencia recurrida, declarando la procedencia del despido del demandante por causas económicas, así como por causas productivas y organizativas, acreditadas por la disminución en el número de recetas.

**Ponente:** Ilma. Sra. D<sup>a</sup>. Teresa Pilar Blanco Pertegaz.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** En cinco motivos se estructura el recurso de suplicación entablado por la representación letrada del demandante frente a la sentencia del juzgado que desestima la demanda y declara procedente la extinción del contrato de trabajo del actor, habiendo sido impugnado el recurso de contrario, conforme se refirió en los antecedentes de hecho.

El primero de los motivos se introduce por el cauce del apartado a del art. 193 de la Ley de la Jurisdicción Social (LJS) y en él se solicita la reposición de los autos al momento anterior a la citación a juicio por no haberse llamado al Ministerio Fiscal, pese a que se ejercita la acción de nulidad del despido por posible vulneración de derechos fundamentales, citando como infringido el art. 177.3 de la LJS.

No procede reponer los autos al momento anterior a la citación para juicio a fin de citar al Ministerio Fiscal, puesto que si bien es cierto que el Ministerio Fiscal ha de ser parte en los procesos en materia de derechos fundamentales, en la demanda origen de las presentes actuaciones solo se solicita la declaración de improcedencia del despido por causas objetivas del demandante, no siendo hasta el acto del juicio cuando se alega la vulneración de derechos fundamentales por discriminación, por lo que sin duda fue el propio actor el que propició con su actuación procesal que no fuese llamado a juicio el Ministerio Fiscal. Por otra parte, y conforme apunta el Colegio demandado al impugnar el recurso, no toda infracción procesal da lugar a la nulidad de actuaciones que es una medida extraordinaria de muy estricta y excepcional aplicación dada la notoria conmoción procedimental que supone tanto para las partes como para el principio de celeridad y economía procesal que constituye una de las metas a cubrir como servicio público que aspira a satisfacer adecuadamente las pretensiones en petición de amparo jurisdiccional se hacen a los Órganos judiciales. Para que el motivo

prosperare y determine la obligada nulidad de actuaciones, con la consiguiente regresión al estado en que se cometió la falta, es necesario la infracción de una norma o trámite en la regulación y en el desenvolvimiento del proceso que haya causado una situación de positiva indefensión al recurrente, privando o limitando los derechos e intereses legítimos a su calidad de parte, así como el agotamiento en la instancia de todos los remedios admisibles encaminados a la subsanación o reparación del defecto, realizando la adecuada protesta en tiempo y forma, siempre que ello sea posible, para que no se suponga consentido o tolerado con el silencio o la inactividad procesal. En el presente caso el demandante como se ha dicho no solo propicio la falta de citación del Ministerio Fiscal al acto del juicio pues no fue sino en este cuando se alegó por el mismo la vulneración de derechos fundamentales, pero es que además tampoco solicitó la suspensión del juicio para que se citara al Ministerio Fiscal, por lo que consintió, sin duda, dicha falta de citación. Por otra parte tampoco concreta las razones por las que dicha falta de citación y la consiguiente incomparecencia del Ministerio Fiscal al acto del juicio le han causado la indefensión que denuncia por lo que, como se ha dicho, el motivo no puede prosperar en aplicación de la doctrina jurisprudencial recogida, entre otras, en la STS de 29 de junio de 2001, citada en el escrito de impugnación del recurso.

**SEGUNDO.-** El correlativo motivo que se incardina en el apartado b del art. 193 de la LIS pretende la modificación de los hechos declarados probados en la sentencia recurrida, siendo varias las revisiones postuladas. Antes de entrar en el examen de las mismas conviene recordar la doctrina jurisprudencial recogida entre otras muchas, en la sentencia del TS de 22 de julio de 2015 (ROJ: STS 3433/2015 - ECLI:ES:TS:2015:3433), Recurso: 130/2014, y según la cual "En SSTs 13 julio 2010 (Rec. 17/2009 ), 21 octubre 2010 (Rec. 198/2009 ), 5 de junio de 2011 (Rec 158/2010 ), 23 septiembre 2014 (rec. 66/2014 ) y otras muchas, hemos advertido que "el proceso laboral está concebido como un proceso de instancia única (que no grado), lo que significa que la valoración de la prueba se atribuye en toda su amplitud ( art. 97.2 LRJS ) únicamente al juzgador de instancia (en este caso a la Sala "a quo") por ser quien ha tenido plena inmediatez 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".

Dicho lo anterior procede entrar en el análisis de las modificaciones fácticas objeto de este motivo.

La primera de ellas atañe al hecho probado primero para el que se insta la adición de dos párrafos que son los siguientes:

"la jornada de trabajo del demandante era de 35 horas semanales, la primera semana de 08,00 a 15,00 y la segunda semana de 15,00 a 22,00 horas, de lunes a

viernes.”

“Los motivos alegados para la externalización del servicio fueron de carácter económico productivo y organizativo, realizando al trabajador una modificación de sus condiciones de trabajo de conformidad con las previsiones del artículo 41.3 del Estatuto de los Trabajadores.”

La primera de las adiciones se sustenta en los folios 12 y 13 del tomo VIII y la segunda en los folios 9 a 14 del tomo VIII y las mismas han de ser acogidas por desprenderse de los documentos en los que se sustentan y ser relevantes para la argumentación deducida por la defensa del recurrente en los motivos destinados a la censura jurídica y, en concreto, sobre la conexión funcional entre el despido y las causas objetivas en las que se fundamenta así como sobre la incompatibilidad entre el despido por causas objetivas del actor y la previa modificación sustancial de sus condiciones de trabajo también por causas objetivas.

La siguiente modificación afecta al hecho probado séptimo para el que se pretende una adición en su párrafo segundo en los siguientes términos:

“Se da por reproducido el documento nº 6 de la demanda, (cuentas anuales de los ejercicios 2010, 2011, 2012, destacando..., debiendo añadir que “los ingresos totales en el año 2012 ascendieron a la suma de 3.880.733,11 euros.”

La adición solicitada se apoya en el folio 186 vuelto del tomo VIII y ha de ser acogida por deducirse del mismo, siendo asimismo relevante para la argumentación deducida por el recurrente en torno a los ingresos del año 2012 en que se produce el despido del actor.

A continuación se insta la adición al hecho probado octavo de tres párrafos que son los que se transcriben ahora:

Primer párrafo:

“fue también despedido otro trabajador del Departamento de facturación que reconoció la procedencia del despido en conciliación, siéndole abonado en dicho acto la cantidad adicional de 5.000 euros a los 20 días ya pagados.”

Dicha adición se deduce de los folios 472 a 475 del tomo VIII y ha de ser estimada por ser relevante para dilucidar si ha existido el trato discriminatorio que alega el actor.

Segundo párrafo:

“a 31-12-2012 (sic), los ingresos del colegio fueron de 5.087.038,84 euros, de los cuales la cantidad de 1.820.170,19 euros se corresponden con la cuota prorrateada aprobada por la Junta de Gobierno del 24 de enero de 2013, a los colegiados propietarios de farmacia para poder hacer frente al excedente negativo de las operaciones financieras, frente a los 2.801.423,71 euros, de ingresos producidos a 31-12-2012.”

El nuevo tenor se apoya en el folio 465 Tomo VIII, vuelto, primer cuadro y párrafo del mismo, que es el informe de auditoría y se ha de acoger, si bien entendiendo que la primera referencia a la fecha de 31-12-2012, en realidad se corresponde a la fecha de 31-12-2013, ofreciéndose con el nuevo párrafo una mayor concreción de datos económicos respecto a los ya plasmados en el hecho controvertido.

Tercer párrafo:

“a 31 de diciembre de 2013 (sic), los gastos financieros ascendieron a la suma de 1.867.085,12 euros, a 31 de diciembre de 2012, los gastos financieros obedecen a un interés variable que paga el colegio por la póliza de descuentos a corto plazo de 50.000.000 euros que concertó para adelantar parte del importe de la deuda que por medicamentos debía la Agencia Valenciana a las oficinas de farmacia, deuda que en el ejercicio 2013, se redujo hasta cubrir el saldo deudor por el pago realizado por la AVS., en dicho ejercicio.”

El texto novedoso se deduce del folio 455 tomo VIII, consistente en la cuenta de pérdida y ganancia de la memoria auditada financiera y del folio 463 tomo VIII que también forma parte de la indicada memoria y ha de ser acogida, si bien con la rectificación de la primera de las fechas consignadas que debe ser la de 31 de diciembre de 2013, por desprenderse de los referidos documentos y ofrecer mayor información sobre los gastos financieros a los que, por lo demás, se alude en el hecho discutido.

**TERCERO.-** Los tres siguientes motivos se introducen por el cauce del apartado c del art. 193 de la LJS y tienen como objeto el examen del derecho aplicado en la sentencia del juzgado.

En el primero de los motivos se denuncia la vulneración del derecho de igualdad, arts. 14 y 24 de la CE, ya que entiende la defensa del recurrente que al ser la situación económica del Colegio demandado igual de deficiente en el año 2012 en que se produce el despido objetivo del actor que en el año 2013, en que se procede al despido objetivo de nueve trabajadores del Departamento de Facturación a los que se abona una indemnización superior a la legal, se ha producido vulneración del derecho fundamental a la igualdad, añadiendo asimismo se aduce que al trabajador cesado en la misma fecha que al actor se le abonó también una cantidad superior a los 20 días que es la que se abonó al demandante.

Para desestimar esta censura jurídica basta indicar que los despidos objetivos que llevó a cabo el Colegio demandado en fecha 15-11-2013 es posterior al del actor por lo que los mismos no pueden incidir en modo alguno en la calificación del despido del actor, al margen de que como muy bien razona la Magistrada “a quo”, dichos despidos se producen un año después que el despido del actor y la situación económica de la empresa demandada, pese a lo que aduce la defensa del recurrente, fue mejor en el año 2013 que en el año anterior, entre otras cosas porque en dicho año se canceló el saldo vivo de la póliza de descuento gracias al cobro de una parte de

las mensualidades atrasadas adeudadas por la Agencia Valenciana de Salud. Por otra parte el otro trabajador que fue despedido en la misma fecha que el actor llegó a un acuerdo con la demandada en el que reconoció la procedencia de su despido objetivo, lo que no ocurre con el demandante por lo que sus circunstancias no son las mismas y, por lo tanto, aquel trabajador no constituye término hábil a efectos de comparación.

**CUARTO.-** En el siguiente motivo de censura jurídica se imputa a la resolución recurrida la infracción del art. 52 c en relación con el art. 51 del Estatuto de los Trabajadores, y de acuerdo con lo previsto en el artículo 1278 del Código Civil, al declarar la procedencia del despido, pese a que el demandante fue objeto de una modificación puntual de sus condiciones de trabajo, al pasar de desempeñar funciones de conserje mayor a auxiliar administrativo en el departamento de facturación, por las mismas causas económicas, técnicas y organizativas que luego justifican el despido del actor, citando y transcribiendo parcialmente las sentencias de la Sala Cuarta del TS de 12 marzo 2012, rec. 673/2013 y de 18 de marzo de 2013, rec. 15/2013.

Tampoco esta denuncia puede prosperar por cuanto que la doctrina jurisprudencial establecida en las sentencias citadas por la defensa del recurrente no es aplicable al presente caso ya que las mismas contemplan un despido por causas objetivas realizado cuando aún estaba en vigor un expediente de regulación de empleo de suspensión de relaciones laborales, mientras que en el caso que nos ocupa se trata de un despido objetivo de un trabajador que vio modificadas sustancialmente sus condiciones de trabajo un año y tres meses antes de su despido, sin que exista impedimento legal para llevar a cabo despidos objetivos por causas económicas, organizativas y de producción si persiste la mala situación económica que dio lugar a la adopción previa de otras medidas de flexibilización interna.

**QUINTO.-** En el último motivo se imputa a la resolución recurrida la infracción del art. 51.1 del ET, despido objetivo. Razona la defensa del recurrente que no ha quedado acreditada la disminución significativa del nivel de ingresos de la empresa demandada en el ejercicio 2012 respecto al ejercicio 2013 y que si se analizan las causas productivas tampoco se evidencian las mismas porque fue en enero de 2013 cuando se implantó la receta electrónica, mientras que el cese del actor se produjo en noviembre de 2012, no habiendo acreditado la empresa los extremos de la carta de despido, ni ha explicado como inciden dichas causas en el contrato que se extingue ya que el departamento de facturación se mantuvo un año más y no estaba la receta electrónica hasta el mes de enero de 2013, habiéndose abonado además a los trabajadores que se despide en el 2013 cuarenta y cinco días de salario.

En la carta de despido del actor se alega un empeoramiento progresivo de la situación económica del Colegio demandado al pasar de una situación de beneficios en el año 2010 a una situación de pérdidas en el 2012, señalando los datos contables de dichos ejercicios y asimismo se aduce la disminución de los ingresos en los tres primeros trimestres del año 2012, respecto a los tres primeros trimestres del año 2011, con indicación de las cifras de dichos ingresos. En cuanto a la situación del departamento de facturación en el que presta servicios el demandante, se dice que ha disminuido el número de recetas gestionadas por el Colegio, reseñando las cifras de las

recetas totales facturadas en el período que va de enero de 2011 a noviembre de 2012, lo que incide en una disminución de la carga de trabajo del indicado departamento.

Son, pues, causas económicas, productivas y organizativas las que se reseñan para justificar el despido objetivo del demandante y dichas causas han quedado acreditadas ya que conforme se desprende del relato fáctico de la sentencia de instancia, con las modificaciones que se han admitido, DON F.N.L., ha prestado servicios para el COLEGIO OFICIAL DE FARMACEUTICOS DE ALICANTE con una antigüedad 19.1.76, categoría profesional de conserje mayor y salario de 2.079'98 euros/mes (68'32 euros/día), con inclusión de la parte proporcional de pagas extraordinarias.

A partir del 1.8.11 pasó a ocupar un puesto de auxiliar administrativo en el Departamento de Facturación, tras externalizarse el servicio de conserjería, en dicho Departamento, la jornada de trabajo del demandante era de 35 horas semanales, la primera semana de 08,00 a 15,00 y la segunda semana de 15,00 a 22,00 horas, de lunes a viernes. Los motivos alegados para la externalización del servicio fueron de carácter económico productivo y organizativo, realizando al trabajador una modificación de sus condiciones de trabajo de conformidad con las previsiones del artículo 41.3 del Estatuto de los Trabajadores.

El Gobierno de la Nación ha ido dictando durante los años 2010 a 2012 diversos Reales Decretos dirigidos a la racionalización del gasto farmacéutico con cargo al Sistema Nacional de Salud que han supuesto una reducción tanto del número de recetas dispensadas como del precio de los medicamentos.

La fecha límite para la implantación de la receta electrónica era el mes de enero de 2013. La Agencia Valenciana de Salud ha incurrido durante los años 2011 y 2012 en importantes y constantes retrasos en el pago del importe de las recetas dispensadas por las oficinas de farmacia, en los términos que constan en el documento 4.1 del informe pericial económico aportado por la demandada. Desde el año 2010 hasta la fecha, el Colegio de Farmacéuticos ha externalizado los servicios de conserjería, garaje, laboratorio galénica y servicio de recogida de recetas, lo que ha supuesto una reducción de los costes de dichos servicios. Se da por reproducido el documento nº 6 de la demandada (cuentas anuales de los ejercicios 2010, 2011 y 2012), destacando que el resultado contable del Colegio a 31.12.10 fue de 89'05 euros, en el año 2011 de -125.530 euros y a 30.11.12 de -2.486.845 euros; y que los ingresos totales del Colegio fueron en el año 2010 de 3.973.517 euros, en el año 2011 de 4.060.890 euros, y a 30.11.12 de 3.172.478 euros y los ingresos totales en el año 2012 ascendieron a la suma de 3.880.733,11 euros.

Los gastos de personal reflejados en las cuentas anuales incluyen las indemnizaciones abonadas a trabajadores por su cese en la prestación de servicios.

Como consecuencia del retraso en el pago del importe de las recetas por parte de la Agencia Valenciana de Salud y para paliar los efectos de dicha circunstancia a los

colegiados asegurando así la continuidad en la prestación del servicio, el Colegio de Farmacéuticos suscribió una póliza de descuento por importe de 50 millones de euros con la que se ha ido pagando a las farmacias a cuenta de lo que les correspondía y hasta que la AVS pagase, lo que hizo que los gastos financieros a 30.11.12 fueran de 2.698.448 euros.

A la fecha del despido, el Departamento de Facturación trataba manualmente las recetas remitidas por las oficinas de farmacia para su gestión y cobro ante la Agencia Valenciana de Salud en la forma que se narra en el documento nº 6 aportado por la actora (recepción, clasificación, escaneo, revisión y comprobación, preparación de palés y cartas).

Hasta la fecha del despido el Departamento de Facturación estaba integrado por 17 trabajadores: 4 de ellos, licenciados en Farmacia, atendían telefónicamente a los colegiados y farmacéuticos en sus dudas y el resto realizaba funciones administrativas.

Las facturas gestionadas por el Departamento de Facturación del Colegio de enero a noviembre de 2011 fueron 37.400.343 y en el mismo período del 2012 de 34.306.511, lo que supuso una reducción en los ingresos correspondientes a la cuota estatutaria variable del 14,42%.

En noviembre de 2012 se inició la implantación de la factura electrónica en 2 oficinas de farmacia, extendiéndose a 80 oficinas más en mayo de 2013, a otras 240 en junio de 2013 y a todas en septiembre de 2013, habiéndose quedado el Departamento de Facturación prácticamente sin contenido.

En la misma fecha en que fue despedido DON F.N.L. fue también despedido otro trabajador del Departamento de Facturación que reconoció la procedencia del despido en conciliación, siéndole abonado en dicho acto la cantidad adicional de 5.000 euros, a los 20 días ya pagados.

El 15.11.13 fueron despedidos 9 trabajadores del Departamento de Facturación con las indemnizaciones contenidas en el documento nº 15 de la demandada que se da por reproducido.

A 31-12-2013, los ingresos del colegio fueron de 5.087.038,84 euros, de los cuales la cantidad de 1.820.170,19 euros se corresponden con la cuota prorrateada aprobada por la Junta de Gobierno del 24 de enero de 2013, a los colegiados propietarios de farmacia para poder hacer frente al excedente negativo de los gastos financieros soportados por la vigencia de la póliza de descuento. El saldo vivo de la póliza de descuento se canceló en noviembre de 2013 gracias al cobro de una parte de las mensualidades atrasadas adeudadas por la AVS. La cuenta de pérdidas y ganancias en el año 2013 arrojó un resultado negativo de 282.585'98 euros; siendo 2.801.423,71 euros, los ingresos producidos a 31-12-2012.

A 31 de diciembre de 2013, los gastos financieros ascendieron a la suma de

1.867.085,12 euros, a 31 de diciembre de 2012, los gastos financieros obedecen a un interés variable que paga el colegio por la póliza de descuentos a corto plazo de 50.000.000 euros que concertó para adelantar parte del importe de la deuda que por medicamentos debía la Agencia Valenciana a las oficinas de farmacia, deuda que en el ejercicio 2013, se redujo hasta cubrir el saldo deudor por el pago realizado por la AVS., en dicho ejercicio.

Los datos expuestos revelan la situación económica negativa en la que se encuentra el Colegio Oficial de Farmacéuticos de Alicante desde el año 2011, agravándose la misma en el 2012 tanto por la reducción de los medicamentos dispensados con recetas como por el retraso en el pago de las mismas por parte de la Agencia Valenciana de Salud, habiéndose constatado también, como consecuencia de dichas circunstancias, una disminución de la carga de trabajo del departamento de facturación en el que prestaba servicios el actor desde el año 2011, disminución que se iba a acentuar con la instauración de la receta electrónica en enero de 2013 por lo que la extinción del contrato de trabajo del actor resulta justificada por las causas económicas, productivas y organizativas alegadas en la carta de despido, sin que afecte a dicha conclusión que en el año 2013 el departamento de facturación se vaciase prácticamente de funciones con el consiguiente despido de nueve trabajadores más que percibieron indemnizaciones superiores a los 20 días de salario por año de servicio ya que la situación económica del Colegio mejoró en dicho ejercicio debido, en gran medida, por el cobro de una parte de las mensualidades adeudadas por la Agencia Valenciana de Salud lo que permitió además cancelar el saldo vivo de la póliza de descuento que había suscrito el Colegio para hacer frente al retraso en el abono de las recetas por parte de la Agencia Valenciana de Salud.

Conviene recordar que tras la reforma propiciada por la Ley 35/2010, la Sala de lo Social del TS en la sentencia de 12-6-2012, constata que en la definición unificada que incorpora la nueva redacción del art. 51.1 para las causas "económicas", varía el elemento de la conexión de la medida extintiva con la causa económica alegada, pues no se exige ya que se haga con la finalidad que se preveía en el art. 52. c) anterior "de contribuir a la superación de situaciones económicas negativas", sino que basta con que la situación de pérdidas actuales o previstas, o la disminución persistente en su nivel de ingresos, "puedan afectar a su viabilidad o a su capacidad de mantener el volumen de empleo". Además, la "situación económica negativa" se identifica ahora, no sólo con las pérdidas actuales, sino también con las "previstas", y también con "la disminución persistente de su nivel de ingresos", corrigiendo así el criterio restrictivo que en este punto mantenía la doctrina jurisprudencial anterior".

En definitiva, "es claro que al empresario se le exige una prueba plena respecto de los hechos que invoca como causa del despido (las pérdidas o la persistente disminución del nivel de ingresos), pero en cuanto a la conexión finalista, es decir, que las extinciones acordadas constituyan una medida adecuada para mantener o mejorar la viabilidad de la empresa o el volumen de empleo, son circunstancias que constituyen un futurible, y con relación a ellas solo se pueden exigir indicios y argumentaciones al respecto, conservando por tanto el empresario en este punto un margen discrecional que excluye aquellas conclusiones que resulten irrazonables o

desproporcionadas " (FJ 4º STS 12-6-2012 )."

La proyección de la doctrina expuesta al presente caso, conduce a desestimar las infracciones jurídicas que se imputan a la sentencia recurrida al declarar la procedencia del despido del demandante por causas económicas, así como por causas productivas y organizativas que también se han acreditado por el descenso del número de rectas gestionadas por el Colegio demandado que además fue en aumento durante el año 2013, siendo lógico que en tal situación se acuda, como medida adecuada -en modo alguno irrazonable o desproporcionada- a la extinción del contrato del actor, tal y como ha apreciado la sentencia de instancia que se ha de confirmar, previa desestimación del recurso contra ella interpuesto.

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

### FALLO

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de D. F.N.L., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social n.º Seis de los de Alicante y su provincia, de fecha 3 de febrero de 2015, en virtud de demanda presentada a su instancia contra el Colegio Oficial de Farmacéuticos de Alicante; y, en consecuencia, confirmamos la sentencia recurrida. Sin costas.

**Sentencia núm. 278, de 9 de febrero de 2016**

**Materia:** Prestación por desempleo. Trabajador con dos contratos de trabajo a tiempo parcial. Extinguido el primer contrato solicita la prestación por desempleo. Extinguida la segunda relación laboral vuelve a solicitar la prestación aunque no había agotado la primera prestación. El actor solicita que tras el segundo cese (por el que se quedó en desempleo total) no se le apliquen los días consumidos a esa prestación ya iniciada y se computen íntegramente las cotizaciones del segundo empleo perdido.

**Juzgado:** Estima la demanda revocando parcialmente la resolución del organismo demandado, reconociendo al actor el derecho a percibir la prestación por desempleo por un total de 720 días, sin descuento de días consumidos.

**Sala:** Estima el recurso y revoca la sentencia de instancia en el sentido de dar por consumidos los días de prestación transcurridos entre el primer y segundo cese.

**Ponente:** Ilma. Sra. D<sup>a</sup>. Gema Palomar Chalver.

#### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-** Recurre en suplicación la parte demandada, SPEE, la sentencia de instancia que estimó la demanda, revocando parcialmente la resolución de dicho organismo de 23-5-2013 (parcialmente anulada por resolución de 22-7-2013) reconociendo al actor el derecho a percibir prestación de desempleo por un total de 720 días, sin descuento de días consumidos. El recurso se formula únicamente al amparo del apartado c) del art. 193 de la LRJS, alegando la infracción por aplicación indebida de las sentencias del TS de 31-5-2000 y la de 9-7-2001, entendiendo la recurrente que no son aplicables las mismas al presente procedimiento por no ser igual el supuesto fáctico, poniendo de manifiesto asimismo que no se ha tenido en cuenta la reforma operada en esta materia por el RD Ley 20/2012 de 13 de julio, en aspectos relativos a la pretensión por desempleo.

Expuesto lo anterior debemos indicar que las citadas sentencias del Tribunal Supremo se refieren a dos trabajadores que tenían suscritos simultáneamente dos contratos a tiempo parcial y que de manera sucesiva en el tiempo perdieron un primer empleo parcial, por el que obtuvieron una primera prestación por desempleo y una vez agotada su duración, cesaron en su segundo empleo parcial. El TS entendió que debe darse un tratamiento independiente a la última prestación reconocida tras el segundo cese, que se produjo (a diferencia del caso que nos ocupa) una vez agotada la primera prestación reconocida, concluyendo que se trataba de dos prestaciones independientes. La sentencia de instancia basa la estimación de la demanda en las sentencias del TS de 31-5-2000 y la de 9-7-2001; sin embargo, tales sentencias no son aplicables al caso de autos ya que en el mismo, cuando el trabajador perdió su

segundo empleo a tiempo parcial no había agotado la prestación por desempleo generada a raíz del cese en el primer contrato a tiempo parcial. El actor solicitó en demanda que tras el segundo cese (por el que se quedó en desempleo total) no se le aplicaran los días consumidos a esa prestación ya iniciada y se computaran íntegramente las cotizaciones del segundo empleo perdido.

**SEGUNDO.-** Llegados a este punto debemos subrayar que no solo el supuesto aquí enjuiciado presenta una importante diferencia con los casos resueltos por las sentencias del TS antes referidas sino que también hay que tener a la vista la reforma operada en materia de desempleo por el RD Ley 20/2012, desprendiéndose de lo dispuesto en el art. 221.1 de la LGSS en redacción vigente al momento de los hechos, que estamos en presencia de una sola prestación y no de dos prestaciones. Dispone el art. 222.1 segundo párrafo (redactado por el número once del artículo 17 del R.D.-Ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad -«B.O.E.» 14 julio-Vigencia: 15 julio 2012) que: “La deducción en el importe de la prestación o subsidio a que se refiere el párrafo anterior se efectuará tanto cuando el trabajador esté percibiendo la prestación o el subsidio por desempleo como consecuencia de la pérdida de un trabajo a tiempo completo o parcial y obtenga un nuevo trabajo a tiempo parcial, como cuando realice dos contratos a tiempo parcial y pierda uno de ellos, si bien, en este supuesto, la base reguladora de la prestación por desempleo será el promedio de las bases por la que se haya cotizado por dicha contingencia en ambos trabajos durante los 180 días del periodo a que se refiere el apartado 1 del artículo 210, y las cuantías máxima y mínima a que se refiere el artículo 211 se determinarán teniendo en cuenta el indicador público de rentas de efectos múltiples en función de las horas trabajadas en ambos trabajos.”

Del tenor literal del mismo se desprende que tanto para el cálculo de la base reguladora como para la cuantía máxima a percibir en concepto de prestación se estará respectivamente a la suma de las bases y de horas trabajadas “en ambos trabajos”, de lo que podemos inferir que en aquellos casos en que se pierde el segundo empleo que se mantenía y la prestación concedida no esté agotada, se mantengan los elementos de la misma, consumiendo los días de prestación transcurridos entre el primer y segundo cese. A tal conclusión no obsta lo dispuesto en el art. 207 letra b) de la LGSS según el cual: “Para el supuesto de que en el momento de la situación legal de desempleo se mantengan uno o varios contratos a tiempo parcial se tendrán en cuenta exclusivamente, a los solos efectos de cumplir el requisito de acceso a la prestación, los períodos de cotización en los trabajos en los que se haya perdido el empleo, de forma temporal o definitiva, o se haya visto reducida la jornada ordinaria de trabajo.” El cómputo del periodo de ocupación cotizada del empleo perdido lo será a los solos efectos de acreditar un periodo de ocupación cotizada de al menos 360 días. Una vez comprobado ello, se sumará a dicho periodo el correspondiente al trabajo a tiempo parcial que mantiene a los efectos de determinar los días de duración del derecho. Es por esto que la duración de la prestación por desempleo tras el primer cese vendrá determinada por el número de días totales acreditados por el trabajador, tanto en el trabajo que hubiere cesado como en el que corresponde al contrato a tiempo parcial que mantiene vigente.

En este orden de cosas, cuando el actor solicitó en reclamación previa que a la prestación reconocida tras el segundo cese se le aplicara la base reguladora de 67,08 €, que era la correspondiente a la suma de los dos empleos a tiempo parcial, el SPEE estimó su pretensión mediante resolución de 22-7-2013. Y siendo esto así, resulta incongruente mantener que para el cálculo de la base reguladora se tengan en cuenta las cotizaciones de los dos empleos, pero en el plano de la duración solicitar el interesado que no se den por consumidos los días de prestación entre el primero y segundo cese. Un tratamiento independiente de las dos prestaciones supondría desligar por completo los dos empleos y no sumarlos para el cálculo de la base reguladora. Pero si tal y como ha acontecido y sobre la base de la reforma operada por el RD Legislativo 20/2012, a la situación del actor se ha dado el tratamiento de una sola prestación para el cálculo de la base reguladora, respecto del cálculo del periodo de ocupación cotizada y a efectos de determinar la duración del derecho, tras el cese del segundo empleo, hay que dar por consumidos los días de prestación transcurridos entre el primer y segundo cese.

Consecuencia de lo expuesto, será la estimación del recurso planteado por el SPEE.

**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 la parte recurrente del beneficio de justicia gratuita.

### FALLO

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre del SERVICIO PÚBLICO DE EMPLEO ESTATAL, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº. 5 de los de Valencia, de fecha 9 de enero de 2015; y, en consecuencia, con revocación de la sentencia recurrida absolvemos a la entidad gestora demandada de la reclamación deducida frente a ella.

Sin costas.

2064

**Sentencia núm. 292, de 9 de febrero de 2016**

**Materia:** Reclamación de cantidad. Trabajador que presta sus servicios como ingeniero en empresa codemandada. Relación laboral indefinida. El actor causa baja voluntaria. La empresa ha pagado al trabajador y a una compañera un máster de dirección de empresas con compromiso de permanencia de tres años. En caso contrario, se debe abonar el coste del curso. No consta que el actor haya firmado esta condición. La empresa deduce de su nómina determinado importe, alegando que se corresponde con el importe del curso. Abono importe retenido por la empresa codemandada.

**Juzgado:** Desestima la demanda absolviendo a los demandados de los pedimentos formulados en su contra. El actor no tiene derecho al reintegro de la cantidad reclamada.

**Sala:** Estima el recurso y revoca la sentencia de instancia. El pacto de permanencia ha de ser formalizado por escrito para su eficacia, debiendo firmarlo ambas partes. Además, según el art. 21.4 del ET, el plazo legal de permanencia en la empresa por especialización profesional a cargo del empresario no puede ser superior a dos años.

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

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.** Por la representación letrada del demandante se formula recurso contra la sentencia de instancia, que desestimó la demanda en donde reclamaba de la empresa el abono del importe descontado en la nómina del actor en concepto de lo pagado por dicha compañía por un máster realizado por cuenta de la misma en el mes de noviembre de 2010.

Dicho recurso plantea dos motivos en solicitud de revisión de los hechos probados y otros dos en censura del derecho aplicado, aunque mezclados entre sí. Respecto los primeros, que se amparan en el artículo 193 "b" de la LRJS, se pide que el cuarto ordinal, donde la sentencia consigna el importe del master y el requerimiento que se hizo al recurrente y a otra empleada de la firma de un compromiso de tres años de permanencia en la empresa, que incluía el reintegro del importe del curso, pero que no consta firmara, se redacte de modo que el monto abonado de dicho curso se reduzca a la mitad respecto el citado trabajador, sin que conste la formalización por escrito de ningún compromiso de permanencia, mientras que también se solicita que se incluya un nuevo hecho probado que diga que la empresa descontó del saldo o finiquito del citado trabajador la cantidad de 4.342,40 euros, que se habían abonado por la realización del master mencionado.

Tales modificaciones solo pueden prosperar por lo que se refiere a la cantidad que se abonó efectivamente por el trabajador recurrente, pues en el hecho probado cuarto se recoge erróneamente, por no venir a colación, la suma total pagada por los dos trabajadores que se mencionan allí, uno de ellos el recurrente. En cambio, las otras cuestiones son intrascendentes, al margen de la decisión final que se adopte, pues ya el juez refiere que el pacto aludido no se firmó en efecto por quien recurre, mientras que el dato que se quiere incorporar ya se refleja oportunamente en el quinto hecho probado.

**SEGUNDO.** En el apartado destinado al examen del derecho se censura en primer término la infracción del artículo 21.4 del ET, norma que predica la posibilidad de que se pacte la permanencia en la empresa por tiempo no superior a los dos años para el caso de que el trabajador reciba una especialización profesional con cargo al empresario, y que se deberá formalizar por escrito, pudiendo el empresario resarcirse de los daños y perjuicios si el trabajador abandona el trabajo antes del plazo pactado, como aquí sucedió.

La sentencia recurrida, a pesar de admitir que el trabajador no había firmado dicho pacto de permanencia, considera que conocía su existencia, viniendo obligado a firmarlo por el deber de buena fe, de ahí que desestime la pretensión de que la empresa le reintegre lo descontado en sus haberes, que como antes se dijo, era la cifra de 4.342,40 euros.

Motivo que debe prosperar. Efectivamente, como la norma aludida indica, el pacto de permanencia debe ser formalizado por escrito, expresión que sin duda engloba, para su eficacia, la necesidad de que sea firmado por las partes obligadas a él. Que el trabajador no lo hubiera firmado supone que no le afecte su contenido, por más que por otros medios lo conociera, pues la empresa pudo perfectamente compelerle a su firma, y no consta que se hiciese de ese modo. Al margen de esto, el pacto aludido establecía un compromiso de permanencia de tres años, cuando la norma legal fija como máximo el plazo bianual, de ahí que también sea predicable su ineficacia por tal circunstancia.

Por ello se debe estimar que la sentencia yerra al entender indiferente esa firma del trabajador, máxime apunta no ya que el recurrente conociera su existencia sin duda, sino que no llegar a firmarlo “no impide que conociera su existencia”, lo que es distinto. En definitiva, se estimará el recurso y se revocará la sentencia, sin que se necesario examinar el último de los motivos de censura jurídica, en donde se insiste en cuestiones relacionadas con el descuento de conceptos en el finiquito, al haberse establecido ya la imposibilidad de descontar el importe del curso realizado por el actor y en consecuencia, el derecho del trabajador a ser reintegrado de dicho concepto.

## FALLO

Estimamos el recurso de suplicación formulado por don J.A.A.A. contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 12 de los de Valencia de 6 de febrero de 2015, en

proceso sobre cantidad deducido frente a “B.S., SA” y la Administración Concursal de M.O.P., y con revocación de la citada resolución judicial, debemos condenar y condenamos a la citada empresa a que abone al recurrente la suma de 4.342,40 euros.

**Sentencia núm. 307, de 9 de febrero de 2016**

**Materia:** Extinción de contrato de trabajo aplicación art. 50 ET: Retraso en el abono de los salarios de la trabajadora. Extinción de la relación laboral por motivos disciplinarios. Retrasos injustificados e incumplimiento del horario establecido. Diferencias en el cálculo de las correspondientes indemnizaciones.

**Juzgado:** Estima la demanda declarando extinguida la relación laboral existente entre las partes por incumplimiento de la empresa demandada. Declara procedente el despido de la trabajadora.

**Sala:** Estima en parte el recurso reconociendo a la actora determinadas cantidades en concepto de extinción de contrato, diferencias salariales y liquidación de finiquito. Desestima el recurso en el sentido de confirmar el despido disciplinario de la actora.

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

**FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-** Se recurre por el letrado de doña M.T.A.M. la sentencia de instancia que estimó en parte las demandas acumuladas que presentó frente a la empresa A.C., S.L. Así, la sentencia recurrida contiene los siguientes pronunciamientos: a) Estima la demanda de extinción del contrato de trabajo interpuesta al amparo del artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores (ET), fundada en el retraso/impago de los salarios devengados entre los meses de marzo y julio de 2014, y condena a la empresa al abono de una indemnización de 9.015,05 euros. b) Desestima la demanda de despido y declara la procedencia de la decisión disciplinaria adoptada por la empresa, basada en faltas reiteradas de puntualidad de la demandante. c) A pesar de que también se ejercitó una acción en reclamación de cantidad, la sentencia no recoge en su fallo ningún pronunciamiento expreso sobre ella.

**SEGUNDO.-** Los cinco primeros motivos del recurso están destinados a la revisión del relato de hechos probados que contiene la sentencia recurrida, por lo que debe entenderse que se formulan al amparo del apartado b) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS), y no del apartado c) como, sin duda por error involuntario, se dice en el escrito de recurso.

1º) En primer lugar se solicita la revisión del hecho primero para se fije el salario de la demandante en la cantidad de “1.107,11 euros más 38 euros de plus de transporte, con prorrata de pagas extraordinarias, que es el salario mínimo que corresponde a la actora de acuerdo con el convenio colectivo nacional de Autoescuelas (BOE del 9-10-2013), aunque la empresa devenía abonando un salario mensual, con todo incluido de 961,53 euros (849,11 euros reflejados en recibos de salarios y 112,42 euros fuera de nómina, pero reconocidos como percibidos por la demandante”.

Para llegar a esta conclusión se realiza por la recurrente una amplia argumentación sobre la validez de la decisión empresarial comunicada a la trabajadora el 7 de junio de 2012 –documento aportado por ambas partes, con el número 19 de la parte actora y 3 de la empresa- de reducir el importe de su salario en un 25% al amparo del artículo 41 del ET.

Pues bien, cuando la determinación del salario es una cuestión controvertida en el pleito, lo que debe figurar en los hechos probados es el importe que realmente percibía la trabajadora, así como el resto de circunstancias fácticas que puedan ser útiles para su posterior fijación, debiendo discutirse por el apartado c) del artículo 193 LRJS las cuestiones de carácter jurídico pertinentes, como pueden ser el convenio colectivo aplicable o la validez y eficacia de los acuerdos alcanzados entre el trabajador y la empresa o, en su caso, de las medidas adoptadas unilateralmente por esta. Por consiguiente, y sin perjuicio de lo que se razonará al examinar los motivos de derecho, no procede modificar el hecho probado primero de la sentencia en los términos solicitados, pues lo que consta en él es el salario que venía percibiendo la demandante al tiempo de su despido, sin perjuicio de dejar constancia, como hechos incontrovertidos, de que ese salario era de 961,53 euros –como se reconoce en el escrito de recurso- y de la decisión empresarial comunicada por escrito de 7 de junio de 2012 de reducirle su salario en un 25% con efectos del día 1 de julio de 2012.

2º) En el motivo segundo se propone la siguiente redacción alternativa para el hecho probado segundo: “Al momento de presentación de la demanda la empresa adeudaba a la actora los salarios de marzo a julio de 2014, a razón de 1.145,11 €/mes (...), más las diferencias retributivas entre el salario de convenio (1.145,11€/mes) y el realmente aplicado (961,63€) de los meses de julio de 2013 a febrero de 2014 (...), totalizando una deuda pendiente de 7.213,79€. En el momento del juicio, todavía seguía adeudando a la actora la cantidad de 4.763,79 euros, ya que con posterioridad había ingresado en la cuenta de la actora desde el 6-10-2014 al 15-12-2014 la cantidad total de 2.250 euros”.

En consonancia con lo que hemos razonado en el apartado anterior, lo que debe figurar en el hecho segundo es: a) lo abonado por la empresa en el periodo comprendido entre los meses de julio de 2013 a febrero de 2014; b) que a la fecha de la presentación de la demanda la empresa no había abonado los salarios de marzo a julio de 2014, como así se dice en la sentencia y no resulta controvertido; y c) la cantidad abonada a la fecha de celebración del juicio. Por tanto, se deben desechar, por tratarse de valoraciones jurídicas, las expresiones utilizadas en la sentencia, tales como que la empresa “no le adeudaba nada” o tenía “una deuda pendiente de”. Por último, debemos indicar que dado que no es discutido el salario que percibió la trabajadora en el periodo julio 2013 a febrero 2014 -cuyos recibos de salario obran en autos-, esta Sala podrá sacar las conclusiones jurídicas que sean precisas sobre las diferencias reclamadas.

3º) Estas mismas consideraciones sirven también para modificar el hecho probado 5 de la sentencia –revisión a la que se destina el motivo quinto del recurso-,

pues discutiéndose el salario de la trabajadora, lo que debe figurar en él, es que a la fecha de la extinción del contrato de trabajo la empresa no abonó ninguna cantidad en concepto de liquidación.

4º) La tercera modificación afecta al hecho probado cuarto de la sentencia y tiene por objeto, en esencia, que se deje constancia de los siguientes datos: que la actora llegó más tarde de su horario en 26 ocasiones de las 62 posibles; que de dichas ocasiones justifica las de los números 2, 5 y 11 individualmente, y las de los números 12 a 24 en conjunto por hospitalización de su padre, sin que ejerciese su derecho a licencia de 3 días; que dentro de esos mismos números, del 12 al 24, justifica individualmente los retrasos 12, 13, 16 y 18 y el resto de retrasos totalizan 65 minutos; y que en 14 de las 26 ocasiones en que entró tarde al trabajo, salió también más tarde del mismo, siendo el saldo total de horas de dichas ocasiones favorables a la actora.

Esta petición no puede prosperar en los términos en que ha sido redactada. En efecto, conviene recordar que dada la naturaleza extraordinaria del recurso de suplicación, para que proceda la revisión de los hechos que la sentencia declara probados, es necesario que el hecho que se pretende introducir o modificar resulte directamente de un determinado documento, sin tener que realizar deducciones, suposiciones o conjeturas. Y en el presente caso, los únicos documentos que cumplen esa exigencia son los referidos a la hospitalización del padre de la demandante que se produjo entre los días 15 y 25 de julio de 2014 –documentos 4 a 6 del procedimiento de despido-. Del resto de documentos que se señalan en el motivo –impresión digital de la web de la empresa, carta de despido y texto del convenio colectivo- no se puede extraer la conclusión de que las faltas de puntualidad que se imputan en la carta de despido pudieran estar justificadas y ni siquiera que tales retrasos se compensaran en alguna ocasión con un retraso en la finalización de la jornada laboral. Por lo demás, las conversaciones de whatsapp no se pueden calificar de prueba documental sino de declaraciones o manifestaciones documentadas que deben ser sometidas a contradicción en el acto de juicio y cuya valoración corresponde realizar a la magistrada de instancia.

5º) La adición que se propone como 4 bis tampoco puede ser atendida, pues el modo en que la empresa demandada controló el horario de la trabajadora mediante reporte de la empresa instaladora de la alarma que hay en el centro de trabajo ya figura en los hechos probados; y el resto de circunstancias que se pretenden introducir –como son que los trabajadores no conocían el sistema de control utilizado por la empresa, y que no consta que a la demandante se le hubiera sancionado con anterioridad- tampoco se pueden aceptar, no solo porque son irrelevantes para resolver el recurso, sino también porque al relato de hechos probados solo puede acceder lo que haya quedado acreditado tras la práctica la prueba y no lo no probado.

**TERCERO.-** 1. Los motivos sexto a octavo del escrito de recurso están destinados a la denuncia de la infracción de normas sustantivas y de la jurisprudencia, al amparo –ahora sí- del apartado c) del artículo 193 de la LRJS.

2. Antes de entrar en el examen pormenorizado de estos motivos, conviene hacer una serie de precisiones. Estos tres motivos se pueden agrupar en dos grupos: los que hacen referencia a la reclamación de las cantidades que a juicio de la recurrente le son debidas -motivos sexto y octavo-; y el que tiene por objeto discutir la procedencia del despido disciplinario -motivo séptimo-.

3. En relación con los referidos a la reclamación de cantidad, en el motivo sexto se concretan las cantidades y los conceptos por los que la empresa debería ser condenada; mientras que en el octavo se denuncia la infracción del artículo 24 CE, en relación con los artículos 248.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 218.1 y 3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, alegando que la sentencia recurrida omite cualquier pronunciamiento sobre las reclamaciones de cantidad que se contienen en las dos demandas acumuladas. Es decir, lo que se está denunciando en este motivo octavo es la incongruencia omisiva de la sentencia que no contiene ningún pronunciamiento sobre unas pretensiones debidamente ejercitadas. Y, efectivamente ello es así, pues no solo es que en el fallo de la sentencia no se diga nada sobre las cantidades reclamadas en el hecho segundo de la demanda de extinción y en el tercero de la demanda impugnadora de despido, sino que tampoco se razona nada en la fundamentación jurídica sobre la procedencia o no de dichas reclamaciones. Tal defecto debería provocar, en principio, la declaración de nulidad de la sentencia, pues la ausencia de pronunciamiento sobre alguna de las pretensiones ejercitadas vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva de la parte (ex art. 24 CE). Ahora bien, desde la publicación y entrada en vigor de la Ley 36/2011, Reguladora de la Jurisdicción Social, se contempla la posibilidad de que la Sala de suplicación pueda resolver lo que corresponda sobre la cuestión de fondo, cuando la infracción cometida por la resolución de instancia verse sobre las normas reguladoras de la sentencia (art. 202.2 LRJS). Se trata de evitar con ello que el procedimiento se dilate en exceso con el perjuicio que esto puede provocar en materias tan sensibles como las que se enjuician en esta jurisdicción. Por consiguiente, dado que tenemos elementos de juicio suficientes para resolver sobre todas y cada una de las pretensiones ejercitadas, procederemos a emitir un pronunciamiento sobre cada una de ellas respondiendo a los motivos del recurso.

**CUARTO.-** 1. Se denuncia en el motivo sexto, la infracción por la sentencia recurrida de los artículos 41.6, 82.3 y 3.5 del ET, en relación con los artículos 15, 16, 17 y 35 y anexo II del convenio colectivo nacional de Autoescuelas. Este motivo está conectado con las revisiones tácticas solicitadas en los motivos primero, segundo y quinto.

2. Como hemos expuesto en el apartado 1º) del fundamento de derecho anterior, en el hecho probado primero de la sentencia se fija el salario de la Sra. A. en la cantidad de 869,05 euros con prorrata de pagas extras; mientras que lo que se pretende por la recurrente es que se establezca en 1.107,11 euros más 38 euros de plus de transporte, por ser el salario mínimo que le correspondía percibir de acuerdo con lo previsto para su categoría profesional de oficial administrativo y su antigüedad en el convenio colectivo nacional de Autoescuelas. Se argumenta por la recurrente, que la decisión de la empresa de reducir unilateralmente su salario en un 25% utilizando el cauce previsto en el artículo 41.1 ET es ilegal, pues “para reducir los

salarios por debajo de los mínimos de convenio el procedimiento establecido es el del artículo 82.3 del ET, al que se remite expresamente el art. 41.6 de dicha norma”; sin que tampoco se pueda admitir la validez de ningún pacto entre empresa y trabajador que establezca un salario inferior al mínimo establecido en el convenio colectivo de aplicación, pues ello supondría la violación del art. 3.5 del ET.

3. Para resolver esta primera cuestión hemos de partir del hecho no controvertido, y acreditado por el documento nº.19 aportado por la parte actora y nº.3 de la demandada, de que mediante escrito de 7 de junio de 2012 la empresa comunicó a la Sra. A.M. una modificación de sus condiciones de trabajo “de acuerdo con lo establecido en el artículo 41 del ET” consistente “en la reducción de su salario en un 25%”, con efectos del día 1 de julio de 2012 y por las razones que se exponían en él. Esa decisión supuso que el salario que percibía la demandante en la fecha de su despido era el de 961,53 euros –según reconoce ella en su escrito de recurso-, sensiblemente inferior, por tanto, al establecido para su antigüedad y categoría profesional de oficial administrativo –hecho probado primero de la sentencia- en las tablas salariales del XXII convenio colectivo nacional de Autoescuelas (BOE 242/2013, de 9 de octubre), que es de 1.107,11 euros más 38 euros mensuales de plus transporte. A la vista de ello, la pretensión de que el salario de la demandante quede establecido en la cantidad indicada debe prosperar, pese a la oposición que se manifiesta en el escrito de impugnación del recurso, por las siguientes razones:

a) Porque la determinación del salario regulador del despido es una cuestión que se debe ventilar en el proceso de impugnación del despido. En efecto, ya la vieja STS de 8 de junio de 1998, recogiendo la doctrina establecida en sentencias anteriores como las de 7 de octubre de 1990, 3 de enero de 1991 y 25 de febrero de 1993 señaló que *“el debate sobre cuál debe ser el salario procedente es un tema de controversia adecuado al proceso de despido”, pues se trata de un elemento esencial de la acción ejercitada sobre el que debe pronunciarse la sentencia y, en consecuencia, es “en el proceso de despido donde debe precisarse el salario que corresponde al trabajador despedido sin que se desnaturalice la acción ni deba entenderse que se acumula a ella en contra de la ley... una reclamación inadecuada”*. En la misma línea la sentencia de 12 de abril de 1993 reitera que solamente en el proceso de despido puede discutirse la cuantía de la retribución que ha de tomarse en cuenta para establecer la indemnización y los salarios de tramitación, que no pueden reclamarse en proceso posterior. Y, más recientemente, se dice en la STS de 12 de julio de 2006 (rcud.2048/2005) –en doctrina que sigue la STS 19 de octubre de 2007- que, *“no es acción distinta de la propia del despido la fijación de los datos sobre los que deben determinarse las indemnizaciones que han de reconocerse en ese proceso cuando es estimada la pretensión del trabajador. Este criterio se ha reiterado en sentencias posteriores, entre las que pueden citarse las 8 de junio de 1998 y 21 de septiembre del mismo año y 27 de marzo de 2000; estas últimas destacando la falta de contenido casacional de una pretensión impugnatoria que mantenía que había que estarse en la determinación de la indemnización al salario percibido en el momento del despido, sin poder plantear en el proceso de despido el cálculo de las indemnizaciones en función del salario que debió percibir el trabajador. Así lo declara también el auto de 14 de enero de 1999, para el que es ya doctrina unificada que “el debate sobre cuál debe ser*

*el salario procedente es un tema de controversia adecuado al proceso de despido", pues se trata de un elemento esencial de la acción ejercitada sobre el que debe pronunciarse la sentencia."*

b) Porque la categoría profesional que ostenta la demandante de oficial administrativo ya viene recogida en el hecho probado primero de la sentencia, y no ha sido objeto de controversia en este recurso, como tampoco lo ha sido su antigüedad.

c) Y porque la reducción salarial que impuso la empresa de forma unilateral con efectos de 1 de julio de 2012 fue ilegal, pues tras la reforma introducida por el Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero, la inaplicación en la empresa de las condiciones de trabajo previstas en convenio colectivo que afecten, entre otras materias, a la "cuantía salarial", se deben llevar a cabo por el procedimiento previsto en el artículo 82.3, párrafo 2º ET, y no por el artículo 41 ET que fue el utilizado por la empresa. El hecho de que la decisión empresarial no se impugnara en el momento en que fue adoptada, no es obstáculo para que la trabajadora pueda hacer valer su derecho en el presente procedimiento, pues la modalidad procesal de artículo 138 LRJS está prevista para impugnar las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo del artículo 41 y la reducción salarial que se aplicó a la Sra. A. no se podía instrumentar por esa vía. De modo, que de aceptarse la tesis empresarial y dar validez a esa decisión unilateral, se estaría vulnerando la eficacia normativa que el Estatuto de los Trabajadores otorga a los convenios colectivos negociados por el cauce de su título III, cuando dispone en su párrafo 1º que "los convenios colectivos regulados en esta ley obligan a todos los empresarios y trabajadores incluidos dentro de su ámbito de aplicación y durante todo el tiempo de su vigencia".

4. A la vista de lo expuesto, procede estimar el motivo sexto -y, por tanto, también, el octavo- del recurso, de tal modo que la indemnización derivada de la estimación por la sentencia recurrida de la acción de extinción del contrato de trabajo -ex art. 50 ET- ejercitada por la trabajadora se debe calcular sobre un salario de 1.107,11 euros mensuales; y este salario, más los 38 euros del plus transporte, es el que servirá de base para calcularlas diferencias salariales reclamadas en el hecho segundo de la demanda de extinción del contrato, y la liquidación por finiquito reclamada en el hecho tercero de la demanda de despido. Ello supone: a) que la indemnización del artículo 50 ET asciende a 10.628,80 euros, en lugar de los 9.015,05 euros reconocidos por la sentencia; b) que por los salarios devengados de marzo a julio de 2014 y las diferencias por lo percibido entre julio de 2013 a febrero de 2014, le corresponde percibir 4.763,79 euros; y c) que la liquidación por finiquito asciende a 998,81 euros.

**QUINTO.-** 1. Resta por analizar el motivo séptimo del recurso en el que se denuncia la aplicación indebida del artículo 54.2 a) ET, en relación con determinada jurisprudencia y doctrina judicial que se cita. Se argumenta en este motivo, que "sustancialmente la jurisprudencia citada considera improcedente los despidos de trabajadores por faltas de puntualidad toleradas por la empresa, si previamente no se ha sancionado al trabajador con una sanción menor"; "que no había un auténtico

sistema de control de horario, sino que los horarios eran de referencia, así como que la actora procuraba no perder jornada de trabajo, aunque tuviese derecho a hacerlo...”

2. El artículo 54.2 a) ET considera como incumplimiento contractual “Las faltas repetidas e injustificadas de asistencia o puntualidad al trabajo”. Por su parte, en el artículo 43 del XXII convenio colectivo nacional de Autoescuelas se regula el régimen disciplinario y en su apartado 3º a) califica como falta muy grave: “Más de 9 faltas injustificadas de puntualidad cometidas en un plazo de 30 días”; siendo la de despido una de las sanciones previstas para tales faltas muy graves. Pues bien, según se declara probado en el hecho probado 4 de la sentencia de instancia, cuya modificación no ha prosperado, de los controles realizados por la empresa de seguridad se pudo observar que “de manera continuada desde el 26 de junio en adelante como la actora durante más de un mes llega siempre tarde de su horario sin que lo justifique debidamente”. Siendo ello así, el motivo no puede ser estimado, pues como hemos visto, la conducta de la demandante tiene encaje en el artículo 43.3º a) del convenio colectivo.

3. Pero además de lo expuesto, conviene precisar lo siguiente al hilo de las argumentaciones que se realizan en el escrito de recurso: a) Para la imposición de la sanción, no es necesaria una previa advertencia empresarial ni, menos aún, que se haya impuesto otra anterior por los mismos hechos. Basta con que el incumplimiento esté acreditado y debidamente tipificado en el catálogo de faltas y sanciones para que se declare su procedencia. Es cierto que cuando se ha probado una cierta tolerancia empresarial respecto a determinadas conductas irregulares, los tribunales -y esta Sala también tiene ejemplos de ello, como lo demuestran las sentencias que se aportaron a autos-, entienden que no cabe una respuesta sorpresiva por parte del empresario sancionando lo que hasta ese momento era tolerado, pues ello iría en contra del principio de buena fe que debe presidir las relaciones laborales. Pero en el presente caso no existe ni siquiera un indicio de una posible conducta tolerante del empresario respecto de las impuntualidades de la Sra. A., por lo que tal tesis no puede ser acogida. b) La conducta de la trabajadora no se puede excusar en la hospitalización de su padre durante diez días, pues sin perjuicio de señalar que ello no explica por sí solo los retrasos de más de un mes en el inicio de su jornada laboral, bien pudo solicitar los permisos previstos en el convenio colectivo para tales situaciones. c) Tampoco queda justificada por una eventual -y no acreditada- prolongación de su estancia en el centro de trabajo más allá de su hora salida, pues no se puede convertir en definidora de sus obligaciones laborales. En definitiva, y como hemos señalado, procede desestimar este motivo y confirmar la declaración de procedencia del despido disciplinario.

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

## FALLO

Estimamos en parte el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de DOÑA M.T.A.M. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº. 5 de los de Alicante de fecha 11 de mayo de 2015; y, en consecuencia:

1. Confirmamos la procedencia del despido disciplinario.
2. Condenamos a la empresa A.C., S.L. a que abone a la Sra. A. las siguientes cantidades:
  - 10.628,80 euros, en concepto de indemnización por la extinción de su contrato de trabajo, en lugar de los 9015,05 euros que fijó la sentencia recurrida.
  - 4.763,79 euros, por diferencias salariales del periodo comprendido entre los meses de julio 2013 a julio 2014.
  - 998,81 euros, por liquidación de finiquito.

Sin costas.

**Sentencia núm. 334, de 16 de febrero de 2016**

**Materia:** Prestación a favor familiares. Prestación por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad mental grave. Se reconoce a la actora una prestación por cuidado de hija afectada de diabetes mellitas tipo I. Posteriormente, se produce la extinción de la prestación reconocida por no existir necesidad de cuidado directo. Menor escolarizada. Reconocimiento prestación.

**Juzgado:** Desestima la demanda, absolviendo a las demandadas de las prestaciones deducidas en su contra.

**Sala:** Estima el recurso declarando el derecho dela actora a percibir la prestación reconocida en su día, con los correspondientes atrasos, revalorizaciones y mejoras.

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

**FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-** Frente a la sentencia de instancia que desestimó la pretensión actora y confirmó la resolución de fecha 24 de marzo de 2014, interpone recurso de suplicación la parte actora, siendo impugnado el recurso por la mutua demandada 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 cambiar el hecho probado quinto para que se adicione “La menor se encontraba escolarizada en el Centro Escolar El Prat de X. con anterioridad a la concesión de la prestación, permaneciendo en dicha situación a día de hoy”. Pero la modificación fáctica tan solo puede alcanzar éxito en que la menor se encontraba escolarizada con anterioridad a la concesión de la prestación, como así resulta del documento en que se basa.

**SEGUNDO.-** Respecto del derecho, denuncia el recurso, con amparo procesal en el apartado c) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, que en la sentencia impugnada se ha producido infracción de lo dispuesto en el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en relación con el artículo 7.3.b) del R.D. 1148/2011, de 29 de julio y los artículos 38.c) y 135 quater de la Ley General de la Seguridad Social, alegando, en síntesis, que no ha existido cambio alguno en las circunstancias personales y jurídicas que sustentaron en su día la concesión de la prestación por enfermedad grave a la actora, señalando que las circunstancias médicas de la enfermedad del menor se mantienen no habiendo sufrido alteración alguna, y la ausencia de prueba por parte de las codemandadas de que haya existido cambio alguno en la situación personal, médica y escolar de la menor, así como ausencia de variación en la situación personal y laboral de la madre demandante, implica la imposibilidad de aplicar las normas relativas a la extinción de la prestación.

En el presente supuesto nos encontramos que a la actora le fue reconocida en 3 de febrero de 2012 por la Mutua la prestación por cuidado de menor afectado por cáncer u otra enfermedad grave, y con fecha 24 de marzo de 2014 se dictó resolución por la Mutua por la que se declara la extinción de la prestación reconocida por no existir la necesidad del cuidado directo, continuo y permanente del menor según informe del facultativo responsable de su asistencia sanitaria.

La realidad del caso pone de manifiesto que a la actora se le reconoció por la Mutua una prestación por cuidado de menor afectado por cáncer o por cualquier otra enfermedad grave, en este caso la Diabetes Mellitus tipo I, habiéndose establecido para la concesión de tal prestación que la madre había reducido su jornada de trabajo en un 50% y se dedicaba al cuidado directo, continuo y permanente de la menor, y se tuvo en cuenta por la Mutua para conceder o denegar la prestación y así se indicaba en la solicitud de la prestación económica, que la menor necesitaba que se le inyecte insulina 5 ó 6 veces al día, que había que acudir al centro escolar a realizarle el tratamiento necesario, lo que le impedía a la madre realizar la jornada completa, y la situación de la menor como consecuencia de su dolencia en el momento en que se le deniega la prestación continua la exigencia de seis controles capilares glucémicos diarios, repartidos en el desayuno, el almuerzo, la comida, la merienda, la cena y el resopón, por lo que la exigencia en este sentido es la misma, lo que ocurre es que por parte de la Mutua se estima que al encontrarse escolarizada en la actualidad, ello supone una desconexión con sus progenitores durante las horas que asiste al centro escolar, por lo que estima la posibilidad de atención indirecta, no permanente ni continua de los progenitores. Pero lo cierto es que cuando inicialmente se reconoció la prestación a la madre ya se encontraba la menor escolarizada y debía de acudir la madre al centro escolar a realizar el tratamiento necesario, lo que se tuvo en cuenta para el reconocimiento de la prestación, por lo que concurriendo en la actualidad las mismas circunstancias que dieron lugar a la prestación, sin que se haya acreditado variación alguna en tal sentido, porque no consta probada la posibilidad de atención indirecta, no permanente ni continua de los progenitores, procede mantener la prestación y acoger la demanda.

Y ello debe entenderse así, por cuanto nos encontramos en un supuesto en el cual tras un reconocimiento de la prestación se revisa y se le deniega bajo la afirmación de que la menor esta escolarizada y ello implica desconexión con sus progenitores durante las horas que asiste al centro escolar, pero la Mutua que ha resuelto en este sentido, para llegar a esa conclusión debe establecer mediante la prueba oportuna que han cambiado las circunstancias, y ante ello es la parte demandante la que debe desvirtuar las pruebas de la Mutua, al igual que cuando se revisa un grado invalidante u otra declaración de un derecho, se debe realizar una actividad probatoria tendente a justificar porqué se cambia la resolución inicialmente adoptada, probar que han cambiado las circunstancias, y ello no se realiza por la Mutua, que se limita a señalar que asiste a un centro escolar cosa que ya venía realizando y no desvirtúa que sea la madre la que realiza el tratamiento como desde el inicio se alegó para obtener la prestación. En modo alguno la Mutua prueba una nueva situación soporte de la resolución que adopta, frente a la cual la parte en este proceso

demandante se vería obligada a probar que todavía reúne los requisitos precisos para el acceso a la prestación, por lo que no se puede trasladar a la parte actora que acredite algo que ya tiene acreditado, mientras la Mutua no ha acreditado previamente un cambio en la situación. Razones que llevan a desestimar el recurso y a revocar la sentencia de instancia.

### **FALLO**

Que estimando el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de la actora Doña N.M.P. frente a la sentencia del Juzgado de lo Social número 15 de los de Valencia, de fecha 15 de diciembre de 2014, a que se contrae el presente rollo, con estimación de la demanda debemos declarar y declaramos el derecho de la actora a percibir la prestación reconocida en su día por importe diario de 21,95 euros, con los atrasos, revalorizaciones y mejoras correspondientes, condenando a la mutua X. a estar y pasar por esta declaración y al pago de la prestación reconocida.

2067

**Sentencia núm. 348, de 16 de febrero de 2016**

**Materia:** Ejecución de título judicial. Abono de la pensión de orfandad a que tiene derecho el demandante durante determinado periodo. Edad límite cobro de prestación.

**Juzgado:** Estima el incidente en trámite en ejecución de sentencia, requiriendo al INSS para que abone la prestación de orfandad al ejecutante por el periodo reclamado.

**Sala:** Desestima el recurso y confirma la resolución recurrida. Debe mantenerse el pago de la prestación de orfandad con valor de cosa juzgada mientras no cambien las circunstancias que atendida la norma permitieron tal decisión, convirtiendo en nula, ineficaz e inoperante la resolución del INSS que contradiga ese criterio.

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

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**ÚNICO.-** Frente al Auto de fecha 17 de julio de 2015 del Juzgado de lo Social número 4 de los de Castellón, que estimó el incidente en trámite de ejecución de sentencia, por el que se requería al INSS para que abone la prestación de orfandad al ejecutante, interpone recurso de suplicación el INSS, siendo impugnado el recurso por la parte demandante, y previamente por esta en el escrito de impugnación se alega la inadmisión del recurso de suplicación interpuesto contra el auto de 17 de julio de 2015, por considerar que no es recurrible en suplicación por aplicación indebida de lo dispuesto en el artículo 191.4 d) 2ª de la LRJS, dado que el auto que se recurre se ha dictado en ejecución de sentencia firme en los mismos términos que ha sido dictada, no ha resuelto sobre puntos no controvertidos en el pleito de origen y por lo tanto contra dicho auto no cabe recurso de suplicación. La alegación no puede prosperar, por cuanto el periodo de pensión de orfandad cuyo abono considera el INSS que no procede su pago, se refiere a una etapa posterior a la fecha de la resolución del INSS que motivó el procedimiento que nos ocupa, lo que en principio podría considerarse que se trata de una cuestión no decidida en la sentencia, por lo que, con independencia de la conclusión a la que se pueda llegar al resolver la controversia, en base al principio pro actione, le hace acreedor del recurso de suplicación.

En el recurso de suplicación formulado por el INSS se denuncia con amparo procesal en el artículo 193 c) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, respecto del derecho, que se ha infringido el artículo 175.2 de la Ley General de la Seguridad Social, en relación con la disposición transitoria 6ª bis de la misma disposición (tras la modificación introducida por la Ley 27/2011, de 1 de agosto), ello a su vez en relación con el artículo 21.1 de la Orden de 13 de febrero de 1967, modificado por la Disposición final 1ª del R.D. 1335/2005, de 11 de noviembre, alegando que el

Organismo recurrente ha abonado los atrasos pendientes y continuado con el abono de la prestación hasta que ha concurrido causa de extinción, que a juicio de esta parte ninguna relación guarda con el debate del proceso principal. Añade que en la sentencia nada se indica respecto a la posible extinción de la pensión en caso de concurrir nueva causa, como considera se produce, ya que atendiendo a la doctrina que establece el Tribunal Supremo en su sentencia, el límite de edad para percibir la pensión de orfandad durante el año 2013 es de 24 años, edad que fue alcanzada por el actor en agosto de 2013, razón por la que la Entidad deja de abonar la prestación a partir del 1-09-2013. Y la procedencia de extinguir la prestación se comunicó al demandante por resolución de 16/08/2013, resolución que es firme en vía administrativa al no haber sido impugnada de contrario, sin que en la sentencia cuya ejecución se insta se indique en qué fecha debe cesar el abono, sino únicamente en relación con el inicio, y ello es así porque las causas de extinción no tienen por qué ser previsibles, pudiendo concurrir o no en función de las circunstancias. Y en el caso que nos ocupa la nueva causa concurre, a juicio de la parte recurrente, se produce en agosto de 2013 en que se alcanza el nuevo límite fijado por la Ley 27/2011 en su apartado de disposiciones transitorias. Sin que proceda ampliar la ejecución en los términos del auto impugnado, sin perjuicio de que, en caso de impugnarse, pueda ser motivo de procedimiento distinto al incidente de ejecución.

Para la adecuada solución de la presente controversia debe estarse a los términos de la sentencia del Tribunal Supremo en cuyo fallo confirma la sentencia del Juzgado de lo Social en el que se declara el derecho del demandante al percibo de la prestación de orfandad en los mismos términos en que la venía percibiendo, condenando a la entidad gestora a estar y pasar por la anterior declaración y al abono de la prestación correspondiente con efectos desde 1-9-2011, y también junto a ello debe atenderse a lo asentado en la fundamentación jurídica de la sentencia del Tribunal Supremo que resuelve la cuestión cuando establece: “Pero es precisamente la coincidencia entre el nuevo límite de edad, 25 años y la fecha de cumplimiento, 2014, la que viene a romper la aparente incongruencia. Se trata por lo tanto de realizar una lectura en retroceso de las normas aplicables, situando al final de su trayectoria el 1-1-2014. En esa fecha, quienes se encontraran cursando el curso escolar y a lo largo del mismo cumplieran 25 años, conservan el beneficio hasta el día primero del mes inmediato posterior al del inicio del siguiente año académico. El mismo beneficio se aplica a quienes cumplan 24 años a lo largo del curso académico en 2013, 23 años en 2012 y a quienes cumplen 22 a lo largo del curso en 2011 pues el hecho de fijar una edad, la de 25, unida a un año 2014, solo tiene sentido si se considera destinada a proteger a quien cumple la edad límite en la redacción anterior en 2011, prolongando su condición de beneficiario hasta los 25 años”.

De acuerdo con la precedente interpretación y criterio establecido por la sentencia del Tribunal Supremo al resolver el presente supuesto debe considerarse que si bien la sentencia de instancia fija la fecha de efectos de la prestación de orfandad y nada establece respecto del término de la misma, ello significa que no establece límites para el fin de la prestación de orfandad y que estos deben situarse en los términos que la ley establece, y dado el contenido de la sentencia del Tribunal Supremo que establece una interpretación de la normativa aplicable, todo ello,

permite considerar que la prestación se debe seguir pagando mientras concurren en el huérfano los requisitos que la legislación establece para su abono, de acuerdo con la nueva normativa, y en ese sentido concurre en el beneficiario la circunstancia de que cumplía 24 años a lo largo del curso académico en 2013, por lo que conserva el beneficio hasta el día primero del mes inmediato posterior al del inicio del siguiente curso académico, por lo tanto la prestación de orfandad debió percibirla el actor en el año 2013 hasta que inicio la prestación de servicios para una empresa, y en ese sentido resulta ajustado a derecho el Auto de 17 de julio de 2015. Sin que constituya obstáculo para ello que por el INSS se dictase en 16 de agosto de 2013 resolución dando de baja la prestación que tenía reconocida el actor en base a la interpretación que el Instituto efectúa de la normativa aplicable, tal y como había efectuado en resolución precedente objeto de la inicial controversia y ello a pesar de que la parte afectada en este proceso actora no recurriera tal resolución, dado que la mencionada resolución se dictó en el trámite del recurso de suplicación y por lo tanto con anterioridad a dictarse la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 18 de septiembre de 2014, en la que se establece el criterio correcto que vincula al INSS en este asunto, con efectos ex tunc, desde la fecha en que se dictó la sentencia de instancia que confirma, y de futuro debe mantenerse el pago de la prestación de orfandad con valor de cosa juzgada mientras no cambien las circunstancias que atendida la norma permitieron tal decisión, y convierte en nula, ineficaz e inoperante la resolución del INSS que contradiga este criterio. Razones que llevan a desestimar el recurso y a confirmar la resolución recurrida.

## FALLO

Desestimar el recurso de suplicación formulado por el Instituto Nacional de la Seguridad Social contra el Auto del Juzgado de lo Social número cuatro de los de Castellón de fecha 17 de Julio de 2015 recaído en autos sobre ejecución de título judicial deducidos por Don M.G.E.M.; y, confirmar la resolución recurrida.

**Sentencia núm. 362, de 16 de febrero de 2016**

**Materia:** Reclamación de cantidad. Competencia de jurisdicción. Trabajadores que prestan sus servicios como oficiales de albañilería en empresa de reformas. Cese relación laboral de forma voluntaria. Reclamación de cantidad. Insolvencia de la empresa. Responsabilidad subsidiaria salarios e indemnización reconocida por empresa. Abono deudas pendientes por el organismo demandado. Falta documento identificativo de los solicitantes para poder acceder a la prestación.

**Juzgado:** Estima parcialmente la demanda condenando al organismo demandado a abonar a cada uno de los actores determinada cantidad, desestimando la excepción de incompetencia de jurisdicción alegada previamente. El NIE no es requisito exigible.

**Sala:** Estima en parte el recurso en el sentido de dejar sin efecto el pronunciamiento de condena de la sentencia recurrida, hasta que los demandantes aporten el documento identificativo necesario para la tramitación de la prestación.

**Ponente:** Ilma. Sra. D<sup>a</sup>. Ascensión Olmeda Fernández.

#### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-** El FOGASA, que en vía administrativa y tras requerimiento de subsanación no atendido, había denegado, por no aportar NIE (aunque la identificación de los solicitantes constaba mediante tarjeta de identificación de sus países de origen así como pasaporte), las solicitudes de los demandantes de abono en responsabilidad subsidiaria de salarios e indemnización reconocidos en sentencia contra la empresa luego declarada insolvente, recurre la sentencia del Juzgado de lo Social de procedencia que, estimando parcialmente las demandas (descontó plus transporte e indemnizaciones por baja voluntaria y no concedió intereses del 29.3 del ET), le condenó al abono de las cantidades que indica por salarios, entendiendo la sentencia, de acuerdo con otras sentencias de otros Juzgados que cita, que el NIE no era requisito exigible o condicionante, no pudiéndose por tal vía dejar sin efecto lo decidido en la resolución judicial que causa la tramitación del expediente y debiendo prevalecer la LO de extranjería, de rango superior a los reglamentos que el FOGASA invocaba, en especial en tanto que su artículo 36 apartado 5 establece que la carencia de la autorización de residencia y trabajo, sin perjuicio de las responsabilidades del empresario a que dé lugar, incluidas las de Seguridad Social, no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero, ni será obstáculo para la obtención de las prestaciones derivadas de supuestos contemplados por los convenios internacionales de protección de los trabajadores y otras que pudieran corresponderles, siempre que sean compatibles con su situación, excluyendo sólo las prestaciones por desempleo para el trabajador que carezca de autorización de residencia y trabajo.

Articula el recurso a través de un único motivo, al amparo del apartado c) del artículo 193 de la LJS, en el que alega infracción de los artículos 33.2 del ET, 25 del RD 505/85, 29.2 b) de la Ley General Tributaria y 206 del RD 557/2011 de 20 de abril por el que se aprueba el reglamento de la Ley Orgánica 4/2000 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009, así como el criterio de esta Sala de lo Social del TSJCV plasmado en la sentencia nº 2625/2014 de 18 de noviembre de 2014, dictada en el recurso de suplicación 1720/2014. Solicita estimación de su recurso, revocación de la sentencia recurrida y que se le absuelva.

Ha sido impugnado por los demandantes, oponiéndose e interesando la confirmación de la sentencia recurrida por sus propios fundamentos. En su escrito de impugnación aducen, además, que el FOGASA vulnera la doctrina de los Actos Propios porque hasta el 2010 pagaba con pasaporte o identificación suficiente personal y a partir de 2011, sin cambio normativo, exige el NIE a los extranjeros, que el Letrado de los recurridos ha intentado para otro trabajador obtener el NIE o NIF ante la Agencia Tributaria y Delegación del Gobierno contestándole verbalmente que no dan dichos documentos y que es el FOGASA quien debe solicitar para el pago un número identificativo y, por último, que la sentencia de esta Sala que invoca el FOGASA no es firme por haberla recurrido en casación en unificación de doctrina.

**SEGUNDO.-** La cuestión litigiosa ya fue resuelta por la STSJCIV de 18-11-14 (RS 1720/2014), que revocó una de las citadas por la recurrida, diciendo:

La conclusión mantenida por el Juez de Instancia no puede ser compartida. Como argumenta el recurrente, el art. 25 RD 505/1985 (sobre organización y funcionamiento del FOGASA) exige que la solicitud de prestaciones venga acompañada de fotocopia del DNI de los trabajadores; exigencia que, dada su condición de extranjeros, ha de entenderse referida al NIE, que, a la luz de lo establecido en el artículo 206 del RD 577/2011 (Reglamento de la Ley sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros) es el documento identificador de la persona extranjera. Partiendo de esta base, podría pensarse que, a efectos de identificación, resulta igualmente eficaz el pasaporte -tanto para los extranjeros como para los nacionales- y que, con esta finalidad, el Fondo debería admitir indistintamente uno u otro documento (Pasaporte, DNI, NIE, NIF). Ello, sin embargo, no es exactamente así, porque en las relaciones con trascendencia tributaria -como es el pago de una prestación de FOGASA - la Ley obliga a solicitar y utilizar el NIF ( art. 29.2.b de la Ley 58/2003 - General Tributaria- y art. 3 de la Orden PRE/1576/2002 -que regula el procedimiento para el pago de obligaciones de la Administración General del Estado-) de modo que habrá de concluirse que el NIF es un documento "esencial y necesario" para la tramitación de la prestación.

Ello no implica desconocer o dejar sin efecto lo establecido en la LO de Extranjería porque no es la condición de extranjero del trabajador ni su situación la que ha provocado que se le tuviera por desistido de su solicitud, ni el FOGASA le ha negado el derecho a poder percibir las prestaciones a las que hubiere tenido derecho de acuerdo con lo que dispone el artículo 33 ET. Como razona la S.TSJ Cataluña de 11

de noviembre de 2013 en un supuesto en esencia idéntico al presente " determina el art. 33 ET que: "El Fondo de Garantía Salarial..., abonará a los trabajadores el importe de los salarios pendientes de pago a causa de insolvencia, de los empresarios"; este precepto ha sido desarrollado por el art. 13 del RD 5005/1985, sobre organización y funcionamiento del Fondo de Garantía Salarial, a cuyo tenor serán beneficiarios de las prestaciones del Fondo de Garantía Salarial "todos los trabajadores vinculados por relación laboral a alguno de los empresarios enumerados en el art. 11, cuando sean titulares de un crédito por salarios o indemnizaciones y en la forma que para cada caso se especifica en los artículos siguientes". Es evidente que en la expresión se incluyen, sin ninguna dificultad, los trabajadores por cuenta ajena de nacionalidad extranjera, ya que el art. 36, después de señalar en su párrafo primero que "los extranjeros mayores de 16 años para ejercer cualquier actividad lucrativa, laboral o profesional, precisarán de la correspondiente autorización administrativa previa para trabajar", matiza tal exigencia en su párrafo tercero en el sentido de que "la carencia de la correspondiente autorización por parte del empresario, sin perjuicio de las responsabilidades a que dé lugar, incluidas aquellas en materia de seguridad social, no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero, ni será obstáculo para la obtención de las prestaciones que pudieran corresponderle"; afirmación que solo puede ser interpretada en el sentido de considerar que, no solamente el contrato de trabajo es perfectamente válido y eficaz para regular la relación jurídica existente entre empresario y trabajador, con independencia de las responsabilidades administrativas o incluso penales a que pueda resultar acreedor el empleador que incumpla la prohibición de contratar a un trabajador extranjero que carece de permiso de trabajo, sino que tras la reforma operada por la LO 14/2003, que introdujo dos nuevos incisos en el referido apartado tercero del art.36 , la plenitud de los derechos laborales del trabajador extranjero que carece de permiso de trabajo, incluye las prestaciones de la Seguridad Social (con la excepciones que introdujo la LO 2/2009) y cualquier otra que de aquella relación laboral pudiera derivarse, como es el caso de las prestaciones del FOGASA, de tal manera que se puede dirigir a su empresario para exigir el cumplimiento de todas las obligaciones laborales que nacen de la relación laboral conforme a lo que dispone el Estatuto de los Trabajadores y, en caso de insolvencia podrá hacer efectivo su derecho ante el Organismo autónomo de garantía salarial.

Pero para que nazca ese derecho es preciso que el solicitante presente una determinada documentación, dado que el pago que le pudiera hacer FOGASA tiene trascendencia tributaria. Esta documentación identificativa no se presentó junto con su solicitud, ni se aportó cuando se ofreció la posibilidad de enmendar ese defecto, por lo que, frente a un expediente incompleto por causa imputable al solicitante, la única respuesta que FOGASA podía dar es la que recoge la resolución administrativa combatida en la instancia.

El NIF es el documento necesario sin el cual ningún extranjero podrá realizar en España operaciones de trascendencia tributaria. Este documento no sólo lo pueden obtener los extranjeros en situación regular y los españoles, sino también las personas físicas que carezcan de la nacionalidad española y no dispongan de NIE. La única diferencia entre uno y el otro, al menos en relación con el asunto que ha dado

lugar a estos autos, es el órgano que lo expide (que no es el Ministerio del Interior - encargado de expedir el DNI y el NIE- sino la Agencia Tributaria) y que, para diferenciarlos de los NIE, se identifican con las siglas NIF y les asigna "una letra + 7 números + letra de control" (artículo 20 del RD 1065/2007, de 27 de julio).

En consecuencia, la falta de presentación de la documentación exigida (NIE o NIF) por causa solo imputable al trabajador o a su representante -ya que no existe ningún impedimento legal que le hubiere negado el derecho a obtenerlo- conlleva que, de acuerdo con las normas que se citan, haya de declararse ajustado a derecho el archivo del expediente por desistimiento y proceda estimar el recurso y, por ende, revocar parcialmente la sentencia recurrida.

La anterior sentencia es firme según Auto de 14-1-16 del TS que inadmitió el recurso de casación y, a falta de unificación de doctrina en sentido diverso, mantenemos, por razones de seguridad, el criterio de nuestra anterior sentencia firme, procediendo, en consecuencia, la estimación parcial del recurso y revocación de la sentencia recurrida, no sin antes indicar que nada figura en hechos probados en orden a los alegados actos previos del FOGASA e imposibilidad de obtención del NIE o NIF, siendo parciales la estimación del recurso y revocación de la sentencia en cuanto que debe dejarse sin efecto el pronunciamiento de condena de la sentencia recurrida, pero sin que proceda la absolución incondicionada del Fondo que el mismo interesa, sino que ha de dejarse a salvo la posibilidad de los demandantes de nueva solicitud una vez tengan el documento de identificación fiscal, tal y como, por lo demás, decía la Resolución de 15-2-13 que se impugna y que denegó "sin perjuicio de que una vez obtenido el número pueda reproducir su solicitud".

### **FALLAMOS**

Estimando parcialmente el recurso de suplicación formulado por FOGASA contra la Sentencia de fecha 26 de enero de 2015, dictada por el Juzgado de lo Social núm. 1 de Valencia, en autos 381/13 (y acumulados 382 a 384/13) sobre CANTIDAD, siendo parte recurrida los demandantes A.K., Z.S., V.S. y V.T., revocamos la referida Sentencia y, desestimando en parte las demandas de los referidos demandantes, absolvemos al FOGASA pero sin perjuicio de que una vez obtenido el número de identificación fiscal puedan los demandantes reproducir su solicitud.

**Sentencia núm. 378, de 17 de febrero de 2016**

**Materia:** Alta médica. Impugnación. Trabajador afiliado al RETA siendo su profesión la de pintor. El actor es dado de baja por enfermedad común. Prórroga baja. Tras dársele de alta el actor solicita incapacidad permanente ante el INSS. **Competencia funcional:** Inadmisión a trámite del recurso.

**Juzgado:** Desestima la demanda confirmando el alta médica del trabajador, absolviendo a la demandada de las pretensiones deducidas en su contra.

**Sala:** La normativa procesal excluye la posibilidad de recurrir en suplicación las sentencias dictadas en procesos de impugnaciones de altas médicas. Sin entrar a conocer el fondo del asunto, declara la falta de competencia funcional para conocer del mismo.

**Ponente:** Ilma. Sra. D<sup>a</sup>. Isabel Moreno de Viana Cárdenas.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**UNICO.-** Recurre en suplicación la actora, la sentencia que ha desestimado su demanda sobre impugnación de alta médica.

El recurso contiene un único motivo que se dice formulado al amparo procesal del apartado 193, a y b) de la LRJS para examinar la infracción de normas sustantivas o de la jurisprudencia, denunciándose la infracción del art. 128.1 a) de la LGSS, y haciendo relación a una serie de informes que obran en las actuaciones termina solicitando sentencia que declare la IT con efectos retroactivos en el alta médica impugnada de 14-3-2014, con abono de la prestación que determina, aportando resolución del INSS dictada con posterioridad al juicio en la que se le deniega la IP.

En la demanda se impugna el alta médica de 14 de marzo de 2014 con derecho a continuar en la situación de Incapacidad Temporal, o se ordene al INSS iniciar expediente de IP. En la sentencia se concede el recurso y se tramita en el Juzgado.

Como cuestión previa debemos plantearnos el acceso al recurso de suplicación de la sentencia recurrida. Tratándose de un presupuesto procesal, examinable de oficio por la Sala aún con ocasión del recurso que se plantee pues afecta a la competencia funcional (art. 240.2, párrafo 2º de la LOPJ), debe analizarse sí la resolución recurrida era susceptible de serlo en suplicación. Al efecto se ha de señalar que, dada la fecha de la sentencia (19-12-2014), posterior a la entrada en vigor de la ley 36/2.011 de 10 de octubre reguladora de la Jurisdicción Social- entrada en vigor que con arreglo a la Disposición Final 7ª de la misma se ha de datar en el día 12-12-2.011, el recurso de suplicación contra la misma habrá de ajustarse a la disciplina de la nueva normativa procesal por mor de lo dispuesto en el apartado 1 de la Disposición Transitoria 2ª de la misma (“1. Las sentencias y demás resoluciones que pongan fin a la instancia o al recurso, dictadas a partir de la vigencia de esta Ley, se regirán por lo dispuesto en ella, en cuanto al régimen de recursos y demás medios de impugnación

contra las mismas, así como en cuanto a su ejecución provisional y definitiva.”). Y dicha normativa procesal a la hora de regular el recurso de suplicación en el inciso final apartado g) del art. 191.2 de la misma excluye la posibilidad de recurrir en suplicación las sentencias dictadas en procesos de impugnaciones de altas médicas (“Tampoco procederá recurso en procesos de impugnación de alta médica cualquiera que sea la cuantía de las prestaciones de incapacidad temporal que viniere percibiendo el trabajador”). Por ello estimamos que el recurso fue indebidamente admitido a trámite y que la Sala carece de competencia funcional para conocer del mismo.

### **FALLO**

Sin entrar a conocer del recurso de suplicación interpuesto en nombre de D.A.G.M., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 3 de los de Elche, de fecha 19 de diciembre de 2014; declaramos la falta de competencia funcional para conocer del mismo, nulas las actuaciones practicadas en la tramitación del mismo y firme la sentencia recurrida.

Sin costas.

**Sentencia núm. 398, de 18 de febrero de 2016**

**Materia:** Trabajador que presta servicios como peón en empresa demandada y que solicita excedencia voluntaria por periodo de dieciocho meses. La empresa concede la excedencia, solicitando el actor prórroga, la cual le es denegada. El demandante solicita suspensión de contrato al encontrarse privado de libertad. Denegación. La empresa le da por decaído en su expectativa de reingreso tras la excedencia voluntaria. Despido por no incorporación. Declaración improcedencia del despido.

**Juzgado:** Desestima la demanda origen de las actuaciones, absolviendo a la empresa demandada de lo peticionado frente a la misma.

**Sala:** Estima el recurso y declara improcedente la extinción de la relación laboral, con las consecuencias legales inherentes a dicha declaración: readmisión del trabajador o abono de indemnización. No procede el abono de los salarios de tramitación, al permanecer el recurrente en prisión, ni la imposición en costas a ninguna de las partes.

**Ponente:** Ilma. Sra. D<sup>a</sup>. Ana Sancho Aranzasti.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Dictada sentencia por el Juzgado de lo Social número 5 de Alicante el 11 de mayo de 2015 por la que se desestimaba la demanda interpuesta por D. R.S.P. frente a la empresa X. recurre en suplicación el actor, impugnando el recurso la demandada.

**SEGUNDO.-** al primer motivo de recurso, al amparo del apartado b) del art. 193 LRJS, se solicita la modificación del hecho probado quinto, en el sentido de matizar que el actor se encontraba en situación de prisión preventiva desde el 18.06.2012 hasta la fecha de la certificación emitida por la Subdirectora del Régimen del Centro Penitenciario de Alicante. Para ello, indica los documentos obrantes al folio número 64 (certificado) de las actuaciones, y al folio 42 de las mismas (liquidación de condena) en el que consta liquidación de condena practicada por la Audiencia Provincial de Alicante en el que consta que el actor permaneció en situación de prisión provisional desde el 14/06/2012 hasta el 26/05/2014.

La revisión debe ser atendida, por derivarse de la simple lectura de dichos documentos, sin la necesidad de llevar a cabo conjeturas, razonamientos o deducciones adicionales.

**TERCERO.-** Al amparo del apartado c) del art. 193 LRJS, el recurrente sostiene que se ha infringido el art. 45.1.g) ET que prescribe que el contrato de trabajo podrá suspenderse por causa de privación de libertad del trabajador, mientras no

exista sentencia condenatoria. Entiende que al momento de solicitarse la suspensión del contrato, se encontraba en situación de prisión preventiva, por lo que la empresa debió acceder a la petición que convenientemente articuló, sin que exista precepto alguno que impida concatenar la excedencia voluntaria, de la que venía disfrutando, con la citada suspensión.

Y que por ende, al no atender a la solicitud antedicha, la extinción unilateral del contrato de trabajo constituye un despido improcedente.

Antes de proceder a examinar el derecho aplicado, procede realizar un resumen de los hechos que han motivado la controversia y que dan lugar a la sentencia desestimatoria de la demanda, que ahora se recurre. El trabajador, que prestaba servicios para la demandada, solicitó una excedencia voluntaria por el periodo 19-6-12 a 18-1-2014 que le fue reconocida. Posteriormente, solicita una prórroga hasta el 20-1-15, que le fue denegada por la empresa, por no cumplir los requisitos que el convenio colectivo de aplicación exigía para la misma.

El 16-12-2013 solicita una suspensión de su contrato de trabajo por hallarse privado de libertad. Dicha suspensión tendría como fecha de inicio el 19-1-2014, esto es, al término de la excedencia voluntaria.

La empresa le contesta diciendo que debe prestar autorización para recabar información al Juzgado para que se informe sobre la existencia o no de sentencia condenatoria, con carácter firme y que teniendo en cuenta que se encuentra en situación de excedencia voluntaria, situación que no suspende el contrato, queda pendiente de resolución la petición hasta que llegue la información antedicha.

Consta en el hecho probado quinto que la subdirectora del Centro Penitenciario de Alicante emite el 11-12-13 certificado por el que se hace constar que el actor se encuentra en prisión provisional desde el 18-06-2012 hasta la fecha del certificado.

El 3-01-2014 la empresa le comunica al trabajador que no procede la suspensión del contrato y teniendo en cuenta que no ha solicitado el reintegro en el plazo que marca el convenio (un mes de antelación), le tiene por decaído en su derecho de expectativa de ingreso.

El Juez de instancia desestima la demanda interpuesta, con base en los siguientes argumentos:

1º) El actor, finalizada la excedencia, es cuando interesa la suspensión del contrato, no facilitando la información que le requirió la empresa a los efectos antedichos;

2º) La suspensión podrá otorgarse si el contrato está activo, de manera que no solicitando la misma cuando correspondía (al inicio de la prisión preventiva), no cabe suspender el contrato cuando ya existe condena firme.

Hemos de rechazar los argumentos expuestos, entendiendo como sostiene el recurrente que efectivamente se ha producido un despido improcedente. Ciertamente el art. 45.g) ET prevé como una de las causas de suspensión del contrato la privación de libertad del trabajador, mientras no exista sentencia condenatoria. Pero no lo es menos que dicho precepto legal no exige en ningún caso plazo o término en que el interesado pueda acudir a dicha causa de suspensión del contrato cuando concurra su causa. Ello no obsta para que, como aquí ocurrió, y por razones que esta Sala desconoce y que pertenecen al ámbito de decisión personal del actor, decidiera este último acudir a la figura de la excedencia voluntaria recogida en el art. 48 del Convenio Colectivo General del Sector de Saneamiento Público, que reconoce el derecho de los trabajadores con al menos un año de antigüedad en la empresa, a situarse en excedencia voluntaria por un plazo no menor a cuatro meses y no mayor a cinco años.

El hecho de que el actor no solicitara al inicio de la situación de prisión provisional la suspensión de su contrato no constituye un argumento válido para denegar su concesión, siempre que concurrieran los requisitos exigidos para su reconocimiento, pues las posibles consecuencias negativas o menos favorables que derivan del hecho acogerse a la excedencia voluntaria, sólo a aquél afectaban.

En segundo lugar, hemos de rechazar igualmente la motivación por la que se tuvo por decaído al actor de su derecho a la expectativa de reingreso una vez terminada la excedencia voluntaria. Decimos esto porque, tal y como consta en hechos probados, con un mes de antelación a la finalización de esta última, el actor comunicó fehacientemente la intención de suspender su contrato de trabajo, de lo que se infiere que en dicha declaración de voluntad se encuentra implícita, pues de otro modo no podría aplicarse la consecuencia jurídica que se pretendía, la intención de volver a reincorporarse a su puesto de trabajo, haciendo valer en su caso el derecho preferente a su incorporación a un puesto de igual o superior categoría, una vez que el mismo estuviera disponible.

Ciertamente es que, conforme a doctrina fijada en STS 4ª 25/10/2000 (Rcud. 3606/1998), la excedencia voluntaria constituye un supuesto distinto y diferenciado de las causas de suspensión que taxativamente fija el art. 45 ET, declarando la Sala que aquélla tienen derecho a reingreso preferente en vacante apropiada, pero no derecho a reserva de puesto de trabajo; pero también es cierto, conforme a doctrina también de la Sala Cuarta, en la situación de excedencia “la relación individual de trabajo sigue estando viva aunque en estado latente” (STS 30 mayo 2003, Rcud. 2754/2002), por lo que no puede llegarse a la conclusión de que la relación laboral no estaba vigente al momento de solicitarse la suspensión y sin que en ningún caso la norma estatutaria prevea que no pueda ejercitarse, sin solución de continuidad, el derecho a suspender el contrato de trabajo tras un periodo de excedencia voluntaria.

El recurrente comunicó en plazo su intención de reintegrarse a la empresa al mismo tiempo de suspender de su contrato por hallarse privado de libertad, pues lo uno no cabe producirse sin lo otro. Al momento de su solicitud, tal y como ha quedado acreditado, y no resulta discutido, el régimen a que quedaba afecto era de prisión provisional. Y por tanto, cumplía los requisitos exigidos por el art. 45.g) para suspender su relación laboral. No es posible entenderle decaído en su derecho, como así sostuvo la empresa, siendo por tanto el cese del trabajador constitutivo de un despido de carácter improcedente.

Y a esta conclusión no obsta el hecho de que no se ofreciera a la empresa la información relativa a la existencia o no de sentencia condenatoria firme, pues pudo la demandada acceder al derecho que se le solicitaba, pudiendo posteriormente actuar en el sentido que tuviera por conveniente tras verificarse la existencia de dicha resolución, que de forma automática alzaría la suspensión acordada, con las consecuencias que de esta última pudieran derivarse.

Por todo ello, se ha de estimar el recurso interpuesto, y declaramos improcedente el despido del trabajador operado en fecha 18/01/2014, con las consecuencias legales inherentes a dicha declaración previstas en el art. 56.1 ET, debiendo optar el empresario, en el plazo de los cinco días siguientes a la notificación de la presente entre readmitir al trabajador o abonar al mismo una indemnización, calculada sin tomar en consideración el periodo en que el trabajador permaneció en situación de excedencia voluntaria (19/06/2012 a 18/01/2014) y que arroja un total de 3.804,14 euros, con la responsabilidad subsidiaria del FOGASA en caso de insolvencia de la empresa.

Se ha de indicar que la cantidad reclamada por dicho concepto en el recurso examinado es inferior a la que ahora mantiene la Sala, si bien, para el cálculo de aquélla se tomó una antigüedad errónea que no se corresponde con la fijada por el Juzgador a quo en hechos probados (se dijo 03/11/2011 cuando en realidad debió poner 03/01/2011). De ahí la diferencia cuantitativamente superior que reconocemos.

Todo ello sin derecho a los salarios de tramitación equivalentes a la suma de los salarios dejados de percibir desde la fecha de despido hasta la notificación de la presente, al permanecer el recurrente en prisión.

**CUARTO.-** De conformidad con lo dispuesto en el art. 235.1 LRJS, 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 representación letrada de D. R.S.P. frente a la Sentencia dictada el 11 de mayo de 2015 por el Juzgado

de lo Social número 5 de Alicante, autos sobre despido número 127/2014, seguidos a instancia del precitado recurrente frente a X. y Fondo de Garantía Salarial; y en consecuencia, con revocación de la citada resolución, y estimación de la demanda en la instancia, declaramos improcedente del despido operado el 18 de enero de 2014, debiendo optar el empresario, en el plazo de los cinco días siguientes a la notificación de la presente entre readmitir al trabajador o abonar al mismo la suma de 3.804,14 euros. Sin derecho a abono de salarios de tramitación y sin imposición de costas a ninguna de las partes.