

2243

Sentencia núm. 1.505, de 6 de junio de 2017

Materia: Reclamación de cantidad. Trabajador que ha prestado relación laboral en entidad bancaria, causando baja en la misma como consecuencia de su jubilación. El actor percibe una ayuda por hijo con minusvalía. Sucesión de empresas. Absorción bancaria. Subrogación de las condiciones sociales. Nuevo acuerdo de condiciones sociales. Aplicación de la doctrina de la condición más beneficiosa.

Juzgado: Desestima la demanda y aplica el nuevo acuerdo de condiciones sociales, el cual solamente prevé la ayuda solicitada para los trabajadores que se encuentren en activo.

Sala: Desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia. No procede aplicar la doctrina de la condición más beneficiosa.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- Por la representación letrada del demandante se formula recurso frente la sentencia de instancia, que desestimó su demanda dirigida frente al Banco X. S.A., en la que se pretendía que la citada entidad bancaria le abonara la suma de 3.265 euros, en concepto de ayuda de estudios de hijos con minusvalía. El demandante, antiguo empleado de la Caja X entidad donde se jubiló el 1 de febrero de 1995, según se dice en la sentencia, aunque la empresa dice que lo está desde 2004 y el recurrente, a pesar de que no pide rectificación fáctica, alega que se jubiló en febrero de 2015, tiene un hijo de 43 años de edad con un grado de minusvalía del 75%, y aquél había estado disfrutando de una ayuda anual por el importe arriba referido en concepto de beneficio social, que se dejó sin efecto tras la absorción de la Caja X. por la aquí demandada tras el Acuerdo de 15 de junio de 2012, que respecto lo que se suscita en la demanda, se acordó, pero solo para el personal en activo, una ayuda de 1.315 euros anuales para los hijos con discapacidad psíquica o física acreditada hasta que estos cumplan 26 años.

La parte recurrente plantea un solo motivo de recurso, amparado en el artículo 193 "c" de la LRJS, citando en el motivo el artículo 82.4 del ET y alegando la doctrina de la condición más beneficiosa y el artículo 2.3 del Código Civil, pues considera que se le debe seguir aplicando el Convenio Colectivo de cajas de Ahorro por el que se regían los empleados de la Caja X., pero no por el Acuerdo mencionado.

Cuestión similar a la que se plantea en este recurso, si bien respecto de otros trabajadores de dicha entidad, y respecto la vigencia y aplicación del pacto alcanzado en fecha 8 de abril de 2005 en lo referente a la garantía de rentabilidad del 4% del plan de pensiones que suscribió la Caja X. en la que prestaban servicios los allí demandantes antes de ser absorbida por el Banco X. S.A. ha sido resuelta por las sentencias de esta

Sala de 19 de febrero y 1 de marzo de 2016 (rs.1432/2015 y 1436/2015), por lo que elementales razones de seguridad jurídica y de igualdad en la aplicación de la ley aconsejan seguir el criterio expuesto en ellas.

Como dijimos en la citada sentencia de 19 de febrero de 2016, y se reiteró en la fechada el 1 de marzo “no comprende la Sala la cita efectuada al artículo 41.1 del Estatuto de los Trabajadores, que regula las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, como indebidamente aplicado, pues el objeto del presente recurso recae exclusivamente sobre si los pactos de armonización y homogenización de plantilla acordados entre empresa y representantes laborales tras la fusión de las dos entidades bancarias podían o no afectar válidamente a las mejoras incorporadas al plan de previsión social preexistente en la entidad X., que la sentencia estima posible por las complicaciones derivadas de las desiguales condiciones laborales y sociales de la plantilla de las entidades bancarias afectadas. Estamos, sin embargo, plenamente de acuerdo, en que el precepto de aplicación al caso, es el artículo 44 del ET, el cual tras señalar el marco general de la subrogación en los derechos y obligaciones laborales y de seguridad social del anterior empresario, entiende que dichas obligaciones lo serán; “incluyendo los compromisos de pensiones, en los términos previstos en su normativa específica, y, en general cuantas obligaciones en materia de protección social complementaria hubiera adquirido el cedente”. Igualmente, se recoge en el citado precepto en su apartado 4 que: “Salvo pacto en contrario, establecido una vez consumada la sucesión mediante acuerdo de empresa entre el cesionario y los representantes de los trabajadores, las relaciones laborales de los trabajadores afectados por la sucesión seguirán rigiéndose por el convenio colectivo que en el momento de la transmisión fuere de aplicación en la empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma. Esta aplicación se mantendrá hasta la fecha de expiración del convenio colectivo de origen o hasta la entrada en vigor de otro convenio colectivo nuevo que resulte aplicable a la entidad económica transmitida”.

CUARTO. En el caso que se analiza, la cuestión parte de la suscripción el 26 de septiembre del 2002 entre la Caja X. y la representación de los trabajadores de un pacto de reforma del sistema de previsión social de la entidad, en una de cuyas estipulaciones se garantizaba una rentabilidad mínima del 4% hasta el 31 de diciembre del 2012, el cual, en fecha 8 de abril del 2005 fue objeto de ampliación hasta el 2017. Dichos acuerdos, como consecuencia de la fusión por absorción de la Caja X. por el Banco X. fueron dejados sin efecto, por acuerdo suscrito por la totalidad de las representaciones sindicales de ambas entidades en fecha 15 de junio del 2012.

Pues bien, no podemos estar de acuerdo con el recurrente sobre la naturaleza jurídica que atribuye al hecho de que el pacto de reforma del sistema de previsión social, al exigir la adhesión individual de los trabajadores se dotó de naturaleza extraestatutaria, y que ello ha supuesto de facto la concurrencia con el Convenio que sustituye al de la antigua Caja X. Y ello porque el preacuerdo de fecha 26.09.2002 se suscribió por la Caja X. y la representación legal y sindical de los Trabajadores, al igual que el posterior de 08.04.2005, y motivó un texto reglamentario en su desarrollo, por lo que difícilmente puede afirmarse la naturaleza propugnada, como paso para negar la posibilidad de su concurrencia con el convenio. El mismo carácter puede predicarse

del acuerdo suscrito en fecha 15 de Junio del 2012, que regula la subrogación de los empleados de la antigua Caja X. en el Banco X., el cual de forma expresa indica que resulta de aplicación tanto al personal en activo como a los perceptores de clases pasivas de cualquier índole, y en el cual (DT 4ª y D.D.) se acuerda derogar todos los acuerdos y normativa convencional interna de Banco CAM salvo aquella que expresamente se señala. Por tanto, no existe la concurrencia alegada.

En cuanto a la naturaleza de los citados acuerdos, frutos todos ellos de la negociación colectiva, han sido suscritos por la totalidad de los representantes de los trabajadores, por lo que despliegan efectos generales durante su vigencia, dado que han respetado las exigencias formales de toda negociación, y constituyen una manifestación de lo dispuesto en el art 37.1 de la CE, por lo que su fuerza de obligar es la de los convenios de empresa. Por ello, y con independencia de considerar o no que tienen eficacia normativa (cuestión doctrinalmente discutida), lo cierto es que tales acuerdos, que pueden sucederse en el tiempo, pueden derogar los anteriores cuando las circunstancias que dieron lugar a los mismos exijan o aconsejen su supresión o modificación.

QUINTO.- Volviendo al ya citado art 44 ET redactado para adecuarse a la Directiva 2001/23/CE de 21 de marzo, presupone, en principio, el mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de sucesión de empresas, lo que no impide que después de la transmisión entre en vigor otra normativa convencional. Pero al margen de los convenios, los acuerdos colectivos también pueden utilizarse como alternativas a los convenios, cuando se trate de acuerdos de fusión de empresas, que son aquellos dirigidos a regular de forma transitoria hasta la aprobación de un verdadero convenio, en cuyo caso habrá que estar a lo pactado en el Acuerdo en sus propios términos.

Desde ésta perspectiva, nuestra jurisprudencia ha admitido que un Convenio colectivo puede desconocer derechos pactados en convenios anteriores, p.e. STS 16 de julio del 2003, (rec. 862/2002), que en un supuesto de mejoras voluntarias de prestaciones de seguridad social, pactadas en convenio colectivo entendió que la adscripción de nuestro sistema negocial al principio de modernidad de los convenios, operada por la Ley 11/94 había introducido la facultad posterior de disponer sobre los derechos reconocidos en el convenio precedente. Señala dicha sentencia que si la medida afecta a todos los sujetos componentes del grupo afectado y concurren circunstancias objetivas que permiten afirmar que se ha producido un cambio sustancial de condiciones entre el momento en que se pactaron determinados complementos de pensión y los posteriores, la sustitución colectiva de condiciones, que no afecta solo a los trabajadores pasivos, sino que afecta también a los trabajadores en activo, sería posible. Del mismo modo, también la jurisprudencia ha entendido (STS 21 de enero del 2004, rec, 67/2003), en un supuesto de fusión de entidades bancarias (que en aquel supuesto fáctico eran B. y A.), que la regulación de las condiciones laborales posteriores a la fusión podían efectuarse por acuerdo colectivo. Del mismo modo se ha entendido que los acuerdos de empresa no se verán afectados por las reglas de concurrencia del art 84 del ET(STS 24.06.2008), ni se someterán a las reglas de vigencia del convenio colectivo estatutario del art 86 del

mimo ET, salvo expreso pacto (STS 05.02.2007), y tampoco serán objeto de prórroga automática, manteniéndose vigentes hasta ser sustituidos, bien por Acuerdos posteriores o por convenios colectivos estatutarios que regulen el contenido de lo acordado, o establezcan previsiones incompatibles. (STS 13.06.2007, rec. 129/2006).

Por todo ello, tampoco pueden estimarse infringidos los artículos del Código Civil y art 3.1 del ET, pues dado que en el presente supuesto se han respetado las normas reguladoras de los acuerdos de empresa, mediante la intervención y aprobación de sus términos por los representantes de los trabajadores, su eficacia general no puede contradecirse. Considerar que se trata de acuerdos extraestatutarios, es decir, que vinculan solo a los que los suscriben como pretende el recurrente, devalúa la intención del legislador y la jurisprudencia que lo que pretenden es dotarles de eficacia erga omnes hasta su sustitución por vía de nuevo Pacto o Acuerdo o de posterior Convenio”.

En definitiva, aplicando al presente caso lo ya expuesto en las citadas resoluciones de esta Sala, donde como se dijo se examinaba similar cuestión, el motivo debe decaer, al tener que prevalecer lo pactado en el acuerdo tantas veces citado de 15 de junio de 2012, sin que por tanto sea invocable la doctrina de la condición más beneficiosa, todo lo cual nos lleva a la desestimación del recurso y la íntegra confirmación de la sentencia recaída en la instancia.

FALLO

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por D. D.S.S. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 3 de Alicante, de fecha 3-2-2016 y, en consecuencia, confirmamos la sentencia recurrida.

2244

Sentencia núm. 1.524, de 8 de junio de 2017

Materia: Trabajador al servicio de instalación hotelera. Declaración de despido: Extinción de la relación laboral y reclamación de cantidad. La empresa había acordado despido disciplinario por disminución continuada y voluntaria de su rendimiento normal de trabajo. Constitución de nuevas empresas: Grupo de empresas a efectos laborales. Utilización de las mismas para fin distinto al de su objeto social. Teoría del velo de la personalidad jurídica.

Juzgado: Estima parcialmente la demanda declarando improcedente el despido del trabajador y extinguida su relación laboral, condenando solidariamente a las empresas demandadas a determinada cantidad más los intereses por mora, todo ello sin perjuicio de las responsabilidades legales del Fondo de Garantía Salarial.

Sala: Desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia. Declara al recurrente responsable solidario de las deudas derivadas de este procedimiento.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- Recurre en suplicación el codemandado J.A.I.R., la sentencia que ha estimado las demandas acumuladas de extinción, despido y cantidad, declarando improcedente el despido de 7-3-2014 y extinguiendo la relación laboral en la fecha de la sentencia, condenado a todos los demandados, incluido el recurrente que es el administrador de las empresas que conforman el grupo, a abonar al actor la indemnización de 5.983,32 € y la cantidad de 12.571,28 € con los intereses moratorios.

El recurso contiene un único motivo, formulado por el cauce que permite la letra c) del art. 193 de la LRJS, en el que se denuncia la infracción, por aplicación indebida, de la doctrina del Tribunal Supremo acerca del levantamiento del velo de la personalidad jurídica, recogida en las sentencias que cita, y de los artículos 6.4 y 7.2 del Código Civil, así como del valor de cosa juzgada de las sentencias. Alega el recurso, en esencia, la inaplicabilidad de la teoría del levantamiento del velo, pues la extensión de la responsabilidad societaria a los administradores precisa que se haya acreditado la existencia de una descapitalización o insolvencia de las empresas, buscada de propósito en beneficio personal de socios o administradores, extremos que según el recurrente no se han producido; así como la cosa juzgada de sentencias dictadas por otros Juzgados de lo Social de Alicante.

En las sociedades de capital los socios no responden personalmente de las deudas sociales [a. 1 LSA y 1 LSRL] y sólo se permite extender la responsabilidad a los accionistas cuando, el examen de la realidad laboral más allá de las apariencias permita afirmar que estamos ante un supuesto de uso abusivo y/o fraudulento de la forma societaria, precisamente en beneficio de otras personas físicas o jurídicas. Esta

situación se pone de manifiesto a través de la técnica del « levantamiento del velo», con la que evitar el posible perjuicio de tercero -singularmente los trabajadores- mediante el mecanismo corrector de atribuir solidariamente la responsabilidad a todos los integrantes -personas jurídicas y físicas- del grupo (en este sentido, por ejemplo, SSTS 06/03/02 -rcud 1666/01, 29/01/14 -rcv 121/13- y 21/05/15 -rcv 257/14-).

Hay que estar a los hechos probados de la sentencia y especialmente a los dos octavos, donde se describen las constituciones, objetos, domicilio y administradores de las empresas demandadas, declaradas grupo empresarial a efectos laborales con responsabilidad solidaria por otras resoluciones judiciales, la mayoría en concurso, de las que solo dos tienen personal, así como los contratos celebrados entre sí, de toda clase, actuando bajo la gestión y accionariado comunes, siendo el jefe de todas ellas el Sr. I. que es el verdadero empresario percibiendo compensaciones de 130.000 € anuales, dietas, y por los contratos firmados entre las empresas de gestión financiera.

Pues bien, no podemos apreciar la cosa juzgada de sentencias dictadas en otros procedimientos, entre diferentes partes, y tampoco podemos apreciar que se aplicó indebidamente la doctrina del levantamiento del velo, pues como fundamenta la sentencia, haciendo afirmaciones fácticas de notable interés para sostener el fraude que está en la base de esta teoría, y que ha justificado la condena solidaria del administrador de las empresas, hoy recurrente D. J.A.I.R. es su cabeza visible y quien actúa en todas y cada una de ellas. Él es el empresario real que hace y deshace sociedades para escapar de las condenas que se van emitiendo, descapitalizando las diferentes compañías para hacer inefectivos los créditos y trasladando el capital a empresas que carecen de personal, mientras que las que lo tienen despiden y se ponen a salvo de reclamaciones de los empleados por su insolvencia, con evidente fraude de ley y perjuicio a los legítimos derechos de los trabajadores. Ese uso instrumental de la forma societaria por parte del Sr. I.R., con el exclusivo fin de defraudar a sus acreedores laborales ha de tener, como necesaria consecuencia, que se instituya en responsable personal y directo de la deuda, en solidaridad con las compañías a las que formalmente correspondería la deuda en relación al art. 6,4 CC. Existe un funcionamiento unitario de las empresas del grupo, la concentración de trabajadores en determinadas empresas y su estratégico traslado en bloque de unas a otras, los pagos indiferenciados, la apariencia externa de unidad y la confusión de patrimonio. A esto último no empece que, de cara a los procesos concursales, se le haya reconocido a B12 S.L un importantísimo crédito. Es más, ello confirma el medio que utiliza el Sr. I. para escapar de las deudas, articulando contabilidades para crear créditos en favor de empresas que carecen de cargas sociales (laborales, de seguridad social) Esas empresas, con la supuesta función de asesoramiento, gestión financiera o management, carecen de sustento real y tienen como único objeto vehicular la exclusión de responsabilidades, cuestión en la que el Tribunal Supremo centra el carácter patológico del grupo de empresas (SSTS 11/12/85, 3/03/87, 8/06/88, 12/07/88 y 1/07/89 entre otras). Un paso más allá, mediante el levantamiento del velo permite, identificar la persona física que mueve esos manejos ilícitos y sancionar sus actuaciones fraudulentas con una responsabilidad personal más allá de la limitación derivada de las formas societarias, por la desviada utilización del instituto jurídico de la sociedad de responsabilidad limitada a la aportación del capital preciso para su

constitución. Con ello se justifica la comunicación de responsabilidad al auténtico artífice del fraude, ante la presencia de elementos tan anormales que generan disfunciones merecedoras de una corrección más allá de los esquemas clásicos de responsabilidad. La STS de 25/05/00 declara que levantar el velo de una persona jurídica consiste en hacer abstracción de la personalidad jurídica cuando los principios de la misma han sido en realidad desconocidos por los socios, en caso de confusión de patrimonios, la infracapitalización, el fraude, la personalidad jurídica ficticia y la conclusión de contratos colusivos entre la persona física y sus sociedades. Tal declaración forma parte de las competencias del orden jurisdiccional social, en todo ajenas y compatibles con las responsabilidades del administrador exigibles ante el orden jurisdiccional civil conforme a los arts 133 y 153 de la LSA y el art. 86 ter c, a) de la LOPJ.”

En este mismo sentido ha resuelto esta Sala en supuesto idéntico en la sentencia núm 1178/2017 de 2 de mayo (RS 127/2017) en la que se razona “La sentencia, a partir de sus hechos probados, ..., concluye con la solución impugnada al estimar la existencia de un grupo de empresas, y tras hacer explícitos los puntos más destacados de la teoría del levantamiento del velo de la personalidad jurídica, declara al recurrente responsable solidario de las deudas derivadas del presente procedimiento al constatar que se están utilizando a las tres compañías creadas desde el mes de noviembre de 2012, es decir, B12, BDF12 y A.H.M., para un fin distinto del propio de su objeto social, de modo que estas sociedades han venido a sustituir la actividad realizada por las mercantiles D. 76 y A.H.R., esta última como empleadora del demandante, quedando en la práctica sin patrimonio para afrontar salarios e indemnizaciones por despido. Además, entiende la juzgadora que al haber sido declaradas estas últimas en insolvencia por carecer de liquidez, tal situación ha sido provocada al haberse trasvasado por el citado administrador de estas últimas a las de nueva creación, literalmente, “grandes cantidades de dinero”, sin que se constate la prestación de servicios que se está retribuyendo de forma ficticia a través de distintos contratos de ejecución.”

En consecuencia procede desestimar el recurso.

FALLO

Que desestimamos el recurso de Suplicación interpuesto en nombre de J.A.I.R. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Alicante de fecha 23 de enero de 2015 en virtud de demanda formulada a instancias de don J.M.A.C., y en su consecuencia debemos confirmar y confirmamos la sentencia recurrida.

2245

Sentencia núm. 1.528, de 8 de junio de 2017

Materia: Prestación por desempleo. Trabajadora al servicio de cooperativa agrícola dedicada al comercio al por mayor de frutas y hortalizas, con contrato indefinido fijo discontinuo. Tras cese de la actividad por fin de campaña, la actora solicita prestación la cual le es denegada. Nacimiento del derecho a la prestación.

Juzgado: Desestima la demanda absolviendo al demandado de las pretensiones formuladas en su contra. No ha lugar a conceder la prestación solicitada en el momento del cese de actividad. No procede la prestación.

Sala: Desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia. El nacimiento del derecho a la prestación surge una vez ha finalizado el periodo por el que realmente se ha cotizado y no desde el momento del cese de la actividad.
Doctrina jurisprudencial.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Manuel Alegre Bueno.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Al amparo de lo dispuesto en el apartado c) del artículo 193 de la LRJS, el sindicato demandante formula el único de los motivos de su recurso de suplicación, denunciando la vulneración de las siguientes normas: los artículos 208.4, 209.3 y 210.4 de la Ley General Seguridad Social (Texto Refundido de 1.994) , el artículo 1.5 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 el artículo 6 de la Orden de 30 de mayo de 1991, por la que se regulan los Sistemas Especiales de Frutas y Hortalizas e Industria de Conservas Vegetales dentro del Régimen General de la Seguridad Social. Igualmente, cita varias sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, que ninguna relación guardan con el objeto del presente litigio, y dos sentencias de otros Juzgados de lo Social de Alicante (el número 2 y el 6) que no pueden ser atendidas como infringidas, habida cuenta que no constituyen jurisprudencia.

Argumenta el recurrente, en síntesis, que para los trabajadores fijos discontinuos el nacimiento del derecho a la prestación por desempleo se produce el día siguiente al cese en la prestación efectiva de los servicios por fin de campaña y no en otro momento, sin que, en su opinión, se ajuste a derecho obligar a la demandante a presentar la solicitud en otras fechas, ni postergar el reconocimiento y los efectos inherentes a dicho reconocimiento.

Planteado en estos términos, el presente recurso queda limitado a determinar si la demandante, que es trabajadora fija discontinua encuadrada en el sistema especial de frutas y hortalizas e industria de conservas vegetales, tiene derecho a percibir la prestación por desempleo desde el día siguiente al cese en el trabajo por finalización de campaña, como argumenta el recurrente, o, por el contrario, debe esperar a que transcurra el período de cotización correspondiente a las vacaciones anuales retribuidas y no disfrutadas, como ha declarado la juzgadora de instancia “a quo”.

En la relación de hechos declarados probados de la sentencia ahora recurrida, que no ha sido impugnada por el letrado recurrente, consta que la actora que prestó servicios para una cooperativa agrícola como trabajadora fija discontinua encuadrada en el régimen especial agrario, solicitó una prestación por desempleo tras su última campaña trabajada, entre el 4 de octubre de 2012 y el 12 de julio de 2013, fecha en que cesó su actividad por fin de campaña, habiendo cotizado la empresa por ella un total de 320 días, incluida la parte proporcional de festivos, descansos y vacaciones (282 días efectivamente trabajados). En el certificado de empresa que acompañó la actora a su solicitud de prestación por desempleo consta que las vacaciones retribuidas y no disfrutadas al tiempo del cese en la prestación de servicios es “cero”.

Esta Sala ya se ha pronunciado sobre esta cuestión en la sentencia recaída en el recurso 3016/2015, que cita otras anteriores de 16 marzo (rec. núm. 1862/2015) y de 19 de abril de 2016 (rec. núm. 1861/2015), y a ella nos remitimos por razones de seguridad jurídica (artículo 9.3 CE) y de igualdad en la aplicación de la ley (artículo 14 CE). En dicha sentencia dijimos que *“A esta cuestión es aplicable, con carácter general, lo dispuesto en los arts. 208 y 209 Ley General Seguridad Social de 1994 (actuales 267 y 268 Ley General Seguridad Social 2015) cuando señalan, por un lado, que los trabajadores fijos discontinuos están en situación legal de desempleo durante los períodos de inactividad productiva y, por otro, que el derecho a las prestaciones nacerá a partir de que se produzca la situación legal de desempleo. Asimismo, también es aplicable el art. 6 Orden de 30 de mayo de 1991 por la que se da nueva regulación a los sistemas especiales de frutas y hortalizas e industria de conservas vegetales, dentro del régimen general de la Seguridad Social, sobre cómputo de períodos a efectos del derecho a prestaciones, a cuyo tenor «A efectos de cómputo de los períodos a considerar en la fijación de los importes de las bases reguladoras de prestaciones y de períodos de carencia, así como, en su caso, para la determinación del porcentaje a aplicar para el cálculo de la cuantía de la pensión de jubilación, a cada día o porción de día efectivo de trabajo se añadirá la parte proporcional de los días de vacaciones, festivos no recuperables y de descanso semanal que, en cada caso, corresponda y por los que asimismo se haya cotizada.*

A dicho fin, cada día de trabajo se considerará como 1,33 días de cotización

cuando la actividad se desarrolle en jornada laboral, de lunes a sábado, y como 1,61 días de cotización cuando la actividad se realice en jornada de lunes a viernes».

En relación con este colectivo de trabajadores, la jurisprudencia ha declarado que «La expresión "períodos de ocupación cotizada" que emplea el tan citado art. 210.1 de la LGSS no puede interpretarse en un sentido tan restrictivo que resulte equivalente a días efectivamente trabajados, por cuanto, respecto de los trabajadores fijos discontinuos a los que se refiere la Orden reiteradamente invocada, el art. 6 de esta considera como cotizado, por cada día de trabajo real y efectivo, 1,33 días o 1,61 días, según que la jornada se desarrolle, respectivamente, de lunes a sábado o de lunes a viernes, y ello es así porque a los días de descanso -por los que también se cotiza- dan derecho los días efectivamente trabajados. Prueba de ello es que si se multiplican los 275 días al año que puede trabajar, como máximo, un operario fijo (resultantes de restar de los 365 días naturales del año 52 domingos, 12 festivos y 26 días de período vacacional, ya que los 4 domingos de este período están incluidos en los 52 antes expresados) por el coeficiente 1,33, se obtiene como resultado precisamente los 365 días antes señalados, y no hay razón alguna para no computar, tanto a efectos de carencia para alcanzar derecho a la prestación como a efectos de ser tenidos en cuenta para determinar la duración de aquella, esos días, pues por ellos se ha cotizado»

Y en concreto, sobre la cuestión planteada en este recurso se ha pronunciado la doctrina judicial - SSTSJ Andalucía, Granada 2-10-2014, Rec. 1110/14 y 4-12-2014, Rec. 1694/14 - en los términos siguientes –citadas por la magistrada de instancia en la sentencia recurrida y por el SPEE en su escrito de impugnación-: «El presente motivo debe ser estimado, desde una interpretación literal, lógica y sistemática del certificado de empresa que obra al folio 7 de los autos, donde se puede leer bajo el epígrafe de "bases de cotización de los últimos 180 días precedentes a las fecha de suspensión/extinción de la relación laboral", tras especificar en la columna destinada al número de días cotizados, los que se han cotizado en cada uno de los meses que se especifican, donde se añade: "Por vacaciones anuales, retribuidas y no disfrutadas a la fecha de la suspensión/extinción de la empresa. Cero". Lo que implica que atendiendo al epígrafe en que se ubica dicha expresión ("base de cotización"), dado que la empresa ha cotizado por las vacaciones en aplicación del mencionado artículo 6 de la OM de 30 de mayo de 1991 (1'33 por cada día efectivo de trabajo), no tiene que volver a cotizar por vacaciones anuales, lo que conllevaría una cotización doble. De mantenerse el criterio de la Sentencia de instancia, conllevaría que el demandante obtendría una remuneración y cotización por la parte proporcional de vacaciones que correspondería al tiempo efectivo de trabajo, en aplicación del coeficiente 1'33, pero además, de forma superpuesta se estaría obteniendo prestación por desempleo, por dicha parte proporcional. A mayor abundamiento, del contenido de aquel certificado, como ya ha quedado expuesto, según la columna bajo la que se ubica la expresión: "Por vacaciones

anuales, retribuidas y no disfrutadas a la fecha de la suspensión/extinción de la empresa. Cero". Se desprende, que la empresa ha cumplido con su obligación, y no tiene cotización alguna pendiente de abonar, y por ello pone "cero". Pero no se desprende que el trabajador haya "disfrutado" las vacaciones anuales y retribuidas con "anterioridad a la extinción de la relación laboral", y por ello, el nacimiento al derecho a la prestación por desempleo, surgirá una vez que haya transcurrido dicho periodo, siempre que se haya solicitado en el plazo legal de conformidad con los artículos 209.3 y 210.4 LGSS. De considerarse que dicho periodo de vacaciones, no fueron disfrutadas, siendo sustituidas por salario, se estaría computando doble el mismo periodo, de forma ilegal, dado que el periodo de tiempo relativo a las vacaciones, no podría ser cotizado, remunerado, y al mismo tiempo, objeto de la prestación contributiva de desempleo».

La aplicación de la jurisprudencia y la doctrina judicial indicada al litigio traído ahora a nuestra consideración nos llevar a la desestimación del recurso. En efecto, la cotización en el sistema especial de la Seguridad Social en el que está encuadrada la actora, incluye la cotización por vacaciones, festivos y descanso semanal por aplicación del coeficiente 1,33 o 1,61 de acuerdo con la referida orden ministerial de 1.991; de este modo, el nacimiento del derecho a la prestación debe surgir una vez haya finalizado el período por el que realmente se ha cotizado -incluida la parte correspondiente a las vacaciones, festivos y descanso semanal- y no en el de cese de la actividad; máxime cuando en el presente caso, la demandante cotizó un total de 320 días por el período trabajado comprendido entre el 4 de octubre de 2012 y el 12 de julio de 2013. Como se ha indicado, aceptar la tesis de la recurrente supondría que sería beneficiaria de la prestación por desempleo durante un período que se considera cotizado.

Este argumento encuentra fundamento, asimismo, en el apartado 3 del artículo 209 Ley General Seguridad Social de 1.994 (actual artículo 268.3 Ley General Seguridad Social de 2.015), al indicar expresamente que *"En el caso de que el período que corresponde a las vacaciones anuales retribuidas no haya sido disfrutado con anterioridad (...) a la finalización de la actividad de temporada o campaña de los trabajadores fijos discontinuos, la situación legal de desempleo y el nacimiento del derecho a las prestaciones se producirá una vez transcurrido dicho período, siempre que se solicite dentro del plazo de los quince días siguientes a la finalización del mismo"*.

Por todo lo expuesto, hemos de concluir que la magistrada de instancia no ha infringido ninguno de los preceptos que el recurrente invoca como vulnerados, lo que conduce a desestimar este recurso, confirmando el fallo desestimatorio de la sentencia recurrida.

SEGUNDO. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 235.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, 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 Dña. R.C.P.V. contra la sentencia núm. 10/16 dictada por el Juzgado de lo Social n.º 4 de Alicante, de fecha 30 de diciembre de 2.015, en virtud de demanda presentada a su instancia contra el SERVICIO PÚBLICO DE EMPLEO ESTATAL, y, en consecuencia, confirmamos la sentencia recurrida.

No procede imponer condena en costas al gozar el recurrente del beneficio de justicia gratuita.

2246

Sentencia núm. 1.537, de 8 de junio de 2017

Materia: Minusvalía. Revisión grado de discapacidad. Alcance y contenido de las limitaciones físicas y psíquicas. Baremación de las lesiones.

Juzgado: Estima parcialmente la demanda, reconociendo al demandante un grado de discapacidad del 54%.

Sala: Desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia. No se infringen las normas y reglamentos indicados por el recurrente. No han quedado tampoco acreditadas las limitaciones físicas ni la repercusión de las dolencias psíquicas objetivadas sobre la actividad diaria del trabajador.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. Frente a la sentencia de instancia que estimó en parte la demanda presentada en materia de grado de discapacidad, interpone la parte actora recurso de suplicación. Plantea dos motivos que formula con amparo procesal en los apartados b y c del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, en adelante LRJS.

Solicita en primer lugar la modificación del hecho probado cuarto para que se sustituya su actual redacción por la que se propone de contrario, cuyo texto literal damos por reproducido a efectos de la presente y en el que con referencia a los documentos obrantes en los folios 130 y 132, 126, 122 y 125 a 128, 92, 155, 152, 154 y 156, 93, pretende modificar el alcance y contenido de las limitaciones físicas, y psíquicas, determinadas en sentencia.

Para abordar la propuesta de revisión del relato fáctico de la sentencia es necesario recordar que es doctrina unánime y reiterada por esta sala la de que la denuncia del error de hecho no puede ser atendida, sin la concurrencia de los siguientes requisitos: a) Que se concrete con claridad y precisión el hecho que haya sido negado u omitido en el relato fáctico, así no basta mostrar la disconformidad con el conjunto de ellos. b) Que tal hecho resulte de forma clara, patente y directa de la prueba documental o pericial obrante en autos, sin necesidad de argumentaciones o conjeturas por lo que no es suficiente una genérica remisión a la prueba documental practicada. c) Que se ofrezca el texto concreto a figurar en la narración que se tilda de equivocada, bien sustituyendo o suprimiendo alguno de sus puntos, bien complementándolos y d) Que tal hecho tenga trascendencia para modificar el fallo de instancia (STS 11/12/2003 recurso 63/2003, STS 17/01/11 recurso 75/10; STS 18/01/11 recurso 98/09STS 20/01/11 recurso 93/2010 y la más reciente STS 17/05/2011 recurso 147/2010).

2. En el presente caso la propuesta de revisión no puede prosperar pues tal como se desprende de la fundamentación jurídica de la sentencia (fundamento primero) la juzgadora parte de la valoración conjunta de toda la documentación

obrante en autos y en el expediente administrativo por lo que los documentos de parte no pueden interpretarse al margen del resto de los informes aportados y especialmente al margen del informe oficial emitido por el E.V.O y el informe complementario emitido por el perito médico forense (fundamento tercero) no apreciándose por esta Sala error manifiesto en la valoración de cada uno de los documentos a los que se remite el actor en su petición de modificación fáctica.

La petición de parte excede del ámbito material de la norma procesal invocada y en consecuencia el motivo debe ser desestimado.

SEGUNDO.- 1.En el segundo motivo la parte recurrente denuncia la infracción por la sentencia recurrida de lo dispuesto en anexo 1º tabla 48 del RD 1971/1999 de 23 de diciembre en relación a la baremación de la dolencia referida a la afectación vesical o intestinal, así como el RD de 13 de marzo de 2000 que atribuye un porcentaje de discapacidad de hasta 59% cuando concurre un trastorno o enfermedad mental clase II, y hace expresa referencia a los criterios para la valoración de la situación personal y el entorno socio familiar.

A tenor de los hechos declarados probados que han devenido inalterados y resultan vinculantes para este Tribunal, entendemos que la sentencia de instancia no infringe las normas y reglamentos indicados por la recurrente. No han quedado acreditadas las limitaciones derivadas de la hernia inguinal ni la repercusión de las dolencias psíquicas objetivadas sobre su actividad diaria. La sentencia de instancia parte del principio legal de que el diagnóstico de la enfermedad no es un criterio de valoración del grado de discapacidad y que estos criterios deben aplicarse conforme a la severidad de las consecuencias de la misma de acuerdo con los criterios contenidos en los capítulos II y siguientes del RD 1971/1999.

En términos similares se rechaza la petición de baremación de los factores sociales, pues tal como argumenta la Magistrada de Instancia, la documentación aportada por el actor no permite llevar a cabo una evaluación objetiva de la situación económica familiar del mismo. El carácter extraordinario del presente recurso impide a la sala realizar una valoración alternativa de la documentación aportada, en los términos que ya hemos expuesto en el fundamento anterior por lo que a tenor del actual relato fáctico entendemos que la sentencia de instancia hace una correcta aplicación de la normativa aplicada, siendo su finalidad la de revisar la legalidad del expediente administrativo sin poder ir más allá de lo actuado, debiendo la parte seguir el procedimiento ordinario ante el órgano competente de estimar que existen nuevas limitaciones y circunstancias determinantes de su discapacidad que no han sido valorados en el presente expediente.

FALLO

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por la representación procesal de DON J.M.P.S. contra la sentencia dictada el 17 de febrero de 2016 por el Juzgado de lo Social 2 de ALICANTE.

2247

Sentencia núm. 1.555, de 13 de junio de 2017

Materia: Reconocimiento de derecho. Expediente de Regulación de Empleo. Derecho del trabajador a acogerse a despido colectivo. Cumplimiento de requisitos y plazos.

Juzgado: Desestima la demanda, no dando lugar a la falta de acción invocada, absolviendo a la empresa demandada de las pretensiones deducidas en su contra.

Sala: Desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia. La solicitud del trabajador fue presentada cuando ya estaban cubiertas las plazas. No existe falta de notificación. El trabajador ha recibido una estimación de indemnización del plan.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia de instancia desestimó la demanda del trabajador en virtud de la cual reclamaba, en sustancia, ser incluido en el despido colectivo del año 2014 en los términos del Acuerdo de 26 de diciembre de 2013 con el que finalizó, formulando recurso de suplicación contra la misma en base al apartado c) del art. 193 de la LRJS, que ha sido impugnado. La parte recurrente denuncia a través de su primer y único motivo, la infracción de los arts. 37, 38 y 39 de la Normativa Laboral de RENFE relativos a la fijación de las Circulares, Avisos, Anuncios, Convocatorias y notificaciones en general, en los Tablones de Anuncios que existirán en todos los centros de trabajo. Se alega que la empresa incumplió con la obligación de publicar el referido Acuerdo de 26-12-2013 en los Tablones de Anuncios y que no se ha desplegado por la demandada ninguna actividad en orden a probar que se le había dado la publicidad suficiente para el general conocimiento de las condiciones del referido despido colectivo, sin que quepa entender que es a la demandante la que le corresponde la prueba, por ser un hecho negativo. Finalmente alega que el plazo de admisión de solicitudes finalizaba el día 17-03-2014, habiendo presentado el demandante su solicitud el día 15-03-2014.

En la solución al presente caso la Sala debe partir del inmodificado relato fáctico, según el cual en el año 2.013 se llevó a cabo en ADIF un procedimiento de despido colectivo que concluyó con Acuerdo que se alcanzó en fecha 26 de diciembre de 2.013, en el que entre otros extremos constaba que el trabajador interesado en adherirse al Despido Colectivo debería cumplimentar debidamente el formulario diseñado al efecto que se adjuntaba; que la prioridad en la adhesión al Despido Colectivo vendría dada por el orden temporal de presentación de solicitudes, y en caso de que en un momento dado quedasen menos plazas que solicitudes presentadas pendientes de resolución, sería la Comisión de Seguimiento quien adoptara las medidas oportunas de prelación; que el plazo de admisión de solicitudes finalizaba el 17 de marzo de 2.014.; que el número de trabajadores que podían acogerse al Despido

Colectivo era de 250. Debemos estacar asimismo que el señor H.G. solicitó, y le fue entregada en fecha 13 de enero de 2.014, una “estimación de indemnización del Plan de Despidos Colectivos 2.014” tomando como fecha de cálculo el 2 de enero de 2.014; que el día 15 de enero de 2.014 presentó, en el modelo normalizado, solicitud de adhesión al despido colectivo 2.014. Además, aparece al hecho probado 4º que el 23 de enero de 2.014 se celebró reunión de “la Comisión de Seguimiento del Despido Colectivo de Adif 2.014” que se documentó en la correspondiente Acta en la que constaban, entre otros extremos, que las solicitudes presentadas hasta el 17 de enero, rebasaban notablemente el número de personas que pueden acogerse al despido colectivo, indicándose: “Dado que el día 13 de enero había 220 solicitudes y el día 14 del mismo mes se presentaron 58 solicitudes más, superándose por tanto las 250 plazas, es necesario establecer el criterio para ordenar a los peticionarios de este día, por lo que esta Comisión acuerda ordenar para la concesión de estas últimas plazas, como es lo habitual de Adif cuando existe igualdad de condiciones , del siguiente modo:

1º.- mayor antigüedad en la empresa a efectos de concursos.

2º.- de persistir el empate prevalecerá la mayor edad entre quienes concurren.

La Comisión de Seguimiento estudia tres renunciaciones de solicitudes presentadas, y que por las circunstancias que concurren, son admitidas. Igualmente se presentan diversos casos con errores en las fechas que son subsanados.

Por parte de la empresa se hace entrega de la relación de los 220 solicitantes que lo hicieron antes del día 13, que se acompaña como Anexo 1, así como de la relación de solicitudes del día catorce donde figuran las que se admitirían en el cupo de acuerdo con el criterio arriba enunciado (Anexo 2).

A efectos de cubrir las posibles vacantes que se puedan producir en las 250 solicitudes antes aludidas, se acuerda que aquellas del Anexo 3 presentadas el mismo día 14 no admitidas en el cupo, constituyan la lista de espera.

Al Acta se adjunta un “listado alfabético de admitidos hasta el 13/01/2.014 un “listado de admitidos el día 14/01/2.014” y un “listado de trabajadores en reserva”.

Y en el hecho 5º consta que: “El señor H.G. no figura en ninguno de estos listados, no habiendo siendo admitida su solicitud de adhesión.”

SEGUNDO.- Pues bien, la juez de instancia, en base a la conjunta valoración de la prueba no ha apreciado ningún defecto de publicidad por parte de ADIFF, lo que no ha quedado desvirtuado en esta sede. Debemos destacar que la prioridad en la adhesión al Despido Colectivo venía dada por el orden temporal de presentación de solicitudes, y que el día 14 de enero de 2014 ya se rebasaban las 250 plazas. El actor presentó su solicitud el día 15 de enero, por lo que su nombre no apareció ni en la lista de admitidos ni en la de reserva. Téngase en cuenta además que el mismo 13 de enero de 2014 al actor le fue entregada una “estimación de indemnización del plan”

tomando como fecha de cálculo el 2 de enero, por lo que no se sostiene su tesis de desconocimiento sobre la adhesión al despido colectivo, máxime cuando no nos encontramos ante una medida de tipo individual o afectante a un determinado grupo de trabajadores sino ante un proceso de negociación de carácter colectivo entre la parte social y la empresarial, que finalmente acabó con acuerdo, con la consiguiente publicidad e información sobre todo lo acontecido.

Por todo lo expuesto, confirmamos la sentencia de instancia, sin que haya lugar a acoger la causa de oposición subsidiaria del escrito de impugnación por las mismas razones que las expuestas en la dicha sentencia y que se centran en considerar que la pérdida del objeto no es completa dado que la no inclusión del actor en un momento determinado, conlleva (matizamos nosotros “puede conllevar”) determinados perjuicios, lo que hace que deba entrarse en el análisis del fondo del asunto.

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 por el sindicato X. en interés de Don A.H.G. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 8 de los de VALENCIA, de fecha 21 de abril de 2016; y, en consecuencia, confirmamos la sentencia recurrida.

Sin costas.

2248

Sentencia núm. 1.562, de 13 de junio de 2017

Materia: Expediente sancionador. Connivencia para beneficiarse de una prestación por desempleo en modalidad de pago único. Falta muy grave. Impugnación acto administrativo. Infracciones jurídicas y conculcación art. 133 de la LPA. Estimación.

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

Sala: Desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia. No procede la impugnación del acto administrativo.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - 1.- Frente a la sentencia que desestimó la demanda en materia de impugnación de acto administrativo, interpone recurso de suplicación la representación letrada de la parte actora, siendo debidamente impugnado de contrario por la Abogacía del Estado como representación letrada de la Dirección General de Trabajo y Seguridad Social Ministerio de Empleo y Seguridad Social. El recurso se estructura en siete motivos.

2.- Con carácter previo ha de resolverse sobre la cuantía a efectos del recurso de suplicación al ser planteada esta cuestión por el impugnante. Respecto del recurso de suplicación en este tipo de procedimientos de impugnación de actos administrativos en materia laboral y de Seguridad Social, la regla general específica se prevé en el apartado g) del artículo 191.3 LRJS, que en lo que aquí interesa, prevé que son recurribles las sentencias cuando la cuantía litigiosa exceda de dieciocho mil euros. Aduce la Abogacía del Estado la aplicación supletoria –ex art. 151 LRJS- de la norma de determinación de la cuantía litigiosa contenida en el art. 41 de la Ley 29/1998, de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. En concreto, de su apartado tercero que prevé que “En los supuestos de acumulación o ampliación, la cuantía vendrá determinada por la suma del valor económico de las pretensiones objeto de aquéllas, pero no comunicará a las de cuantía inferior la posibilidad de casación o apelación”; entendiendo que como quiera que la sanción era por cada uno de los trabajadores por un importe de 6.251 euros, lo relevante sería dicho importe, y no la suma de los mismos que alcanzaría una cantidad total de 18.753 euros.

3.- Empero, la argumentación sobre la improcedencia de la admisión del recurso de suplicación no es admisible por las siguientes razones. En primer lugar, la regla del artículo 41.3 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa se refiere a la acumulación objetiva, no a la de demandantes. Pero con independencia de ello, en este proceso no hay propiamente una acumulación objetiva ni subjetiva. Conforme consta en el antecedente segundo de la sentencia recurrida, y

bien conoce la propia Abogacía del Estado, que se opuso a la intervención adhesiva simple de los trabajadores con la parte actora, precisamente dicha cuestión se resolvió aportando a los tres trabajadores del procedimiento. En segundo lugar, cuando como ocurre aquí, se pretende la anulación de un acto de carácter sancionador, se atenderá al contenido económico del mismo, que conforme se establece en el hecho probado primero es una sanción para la mercantil demandada de 18.753 euros.

SEGUNDO. - 1.- Al amparo del artículo 193 a) LRJS, se denuncia la infracción del artículo 97.2 de la LRJS y art. 218 de la LEC y 24 y 120.2 de la Constitución española y artículo 238 y 248 de la LOPJ. En esencia, se denuncia la falta de resolución en la sentencia de todas las cuestiones planteadas en la demanda, pues la sentencia se limitó a acoger las conclusiones del acta del informe de la Inspección de Trabajo.

2.- Dispone el art. 97.2 LRJS que, «la sentencia deberá expresar, dentro de los antecedentes de hecho, resumen suficiente de lo que haya sido objeto de debate en el proceso. Asimismo, y apreciando los elementos de convicción, declarará expresamente los hechos que estime probados, haciendo referencia en los fundamentos de derecho a los razonamientos que le han llevado a esta conclusión. Por último, deberá fundamentar suficientemente los pronunciamientos del fallo». La Sala entiende que la sentencia recurrida no infringe el mencionado precepto por falta de motivación en los fundamentos de derecho de los razonamientos sobre las conclusiones de hecho. Por consiguiente, el hecho de que la sentencia resuelva en sentido negativo para la parte las cuestiones suscitadas no fundamenta un motivo de recurso basado en la infracción de las normas del procedimiento, sin que pueda amparar esta vulneración una pura discrepancia con la solución judicial. A este respecto, la sentencia tras un análisis de la prueba propuesta y partiendo de la presunción de certeza de los hechos contrastados por la Inspección de Trabajo en el acta, estima acreditada la connivencia entre el empresario y los trabajadores para obtener prestaciones por desempleo en su modalidad de pago único, como se razona en el fundamento de derecho segundo. La juzgadora hace una exposición de los elementos de convicción que han sido tenidos en cuenta en la elaboración de los hechos probados y la Sala entiende que resulta más que suficiente por los siguientes motivos. En primer lugar, porque el precepto aludido tan sólo exige que se haga una «referencia» a los razonamientos que han llevado a esta conclusión. Es decir, al confirmar la resolución impugnada se da una respuesta – eso sí, negativa- a las alegaciones concretas planteadas por la parte actora, que en el recurso, después de enumerarlas todas, considera como omitidas la segunda, tercera, sexta y séptima. Pero, la norma no impone una exposición pormenorizada y particularizada de tales razonamientos, máxime cuando al estimar acreditada dicha connivencia desestima tácitamente las alegaciones planteadas por la parte recurrente en punto a la inexistencia de relación laboral por cuenta ajena (alegación segunda) una supuesta relación de los trabajadores como trabajadores autónomos económicamente dependientes (alegación tercera), la inadecuada calificación de los hechos y la existencia de una única conducta punible, que empero es sancionada tres veces por el mismo hecho (alegación sexta y séptima). Finalmente, como señala el impugnante, en relación con esto último, la confirmación de la sanción en su total importe implica la desestimación tácita de la pretensión de que exista un sola connivencia, máxime cuando en el hecho probado primero se especifica que la sanción se descompone en

6.251 euros por cada trabajador, y ello porque el propio precepto aplicado por la Inspección y reflejado en el acta recurrida, señala en su apartado segundo que “En el supuesto de infracciones muy graves, se entenderá que el empresario incurre en una infracción por cada uno de los trabajadores que lo hayan solicitado, obtenido o disfruten fraudulentamente de las prestaciones de Seguridad Social” (art. 23.2 de la LISOS).

TERCERO.- 1.- Con adecuado amparo procesal se insta la revisión del hecho probado segundo y tercero solicitando la adición de que: “D.S.V.y D.V.R. solicitaron el 40% de la indemnización por despido objetivo al Fondo de Garantía Salarial, habiendo percibido la misma y que éste último, facturó unos importes de 77,43% de su trabajo a la empresa A. en el 2010, un 81,82% en el año 2011, un 43,71% en el año 2012, un 11,49% y en el año 2013 un 0%”. Estas modificaciones se solicitan sobre la base de los folios 54, 55, y 265 a 271 como resumen de facturas expedidas y libro de ingresos y ventas y declaración testifical.

2.- La revisión fáctica no puede admitirse, pues la parte actora se limita a solicitar la adición, sin ninguna explicación sobre su incidencia para alterar el fallo. En segundo lugar, debe recordarse que la prueba testifical es inhábil a efectos de revisión de los hechos probados. Y, en tercer lugar, carece de trascendencia el hecho de que dos trabajadores hayan percibido parte de su indemnización por despido del Fondo de Garantía Salarial, pues ello en nada obsta a las conclusiones de la sentencia sobre la connivencia de éstos con el empresario para obtener prestaciones por desempleo. Finalmente, los porcentajes de facturación de un trabajador, además de no derivarse de manera clara, patente y directa de la documental citada, comprenden años coetáneos y posteriores al acta de la Inspección, por lo que ninguna trascendencia tendría a estos efectos.

CUARTO. - 1.- Al amparo del artículo 193.c) de la LRJS, se denuncia la infracción del artículo 148 de la LRJS, por considerar la parte recurrente que debió acudir previamente al procedimiento de oficio para determinar la existencia de una relación laboral. En apoyo de su argumentación, la parte recurrente reproduce extensamente la STS de 18 de marzo de 2009, rcud. 1709/2007, donde se declaró el carácter laboral de una relación de odontólogos con una clínica privada.

2.- El recurso debe ser desestimado por cuestiones formales y de fondo. En cuanto a las primeras, incurre la parte recurrente en dos defectos. El primero es apoyar un motivo de infracción de normas sustantivas o de la jurisprudencia en la sentencia para denunciar la infracción de una norma procesal. El segundo es limitarse a citar la disposición legal, sin concretar el apartado del precepto que se estima infringido, amén de que la sentencia citada como infringida por el recurrente curiosamente reconoce la existencia de una relación laboral. El Tribunal Constitucional ha subrayado que es necesario observar los presupuestos necesarios para cumplir los requisitos de acceso al recurso de suplicación, dado su carácter de recurso extraordinario (STC 230/2001, de 26 de diciembre). De modo, que corresponde a las partes cumplir las exigencias de del recurso que interponen (STC 16/1992, de 10 de febrero). De suerte que el Tribunal Constitucional ha negado el amparo presentado contra una sentencia de suplicación que no se había pronunciado sobre la cuestión de

fondo, porque no se había indicado expresamente en el recurso el apartado del art. 191 de la antigua LPL de 1995, ni se había concretado la norma que se consideraba infringida.

3.- En todo caso, para despejar cualquier atisbo de indefensión, procede abordar el fondo de este motivo del recurso. Al hilo de lo anterior, si el precepto que se estima infringido por la parte recurrente, es el artículo 148, letra d), dicho precepto no resulta de aplicación pues se limita a “las comunicaciones de la autoridad laboral cuando cualquier acta de infracción o de liquidación levantada por la Inspección de Trabajo y de Seguridad Social, relativa a las materias de Seguridad Social excluidas del conocimiento del orden social en la letra f) del artículo 3, haya sido impugnada por el sujeto responsable con base en alegaciones y pruebas que, a juicio de la autoridad laboral, puedan desvirtuar la naturaleza laboral de la relación jurídica objeto de la actuación inspectora”. Empero, en este caso, no se enjuicia una materia de Seguridad Social excluida del conocimiento del orden social en la letra f) del artículo 3 LRJS. Además, no ha de perderse de vista que la infracción que se discute es la prevista en el artículo 23.1.c) LISOS, consistente en “El falseamiento de documentos para que los trabajadores obtengan o disfruten fraudulentamente prestaciones, así como la connivencia con sus trabajadores o con los demás beneficiarios para la obtención de prestaciones indebidas o superiores a las que procedan en cada caso, o para eludir el cumplimiento de las obligaciones que a cualquiera de ellos corresponda en materia de prestaciones”. En ella, lo esencial es la connivencia para obtención de prestaciones por desempleo, a diferencia de otras infracciones, como la prevista en el art. 23.1.a) de la LISOS, donde lo relevante es dar ocupación a beneficiarios o solicitantes de pensiones o prestaciones incompatibles con el trabajo por cuenta ajena.

QUINTO.- 1.- Con amparo en el apartado c) del artículo 193 de la LRJS, se denuncia la infracción de los arts. 203.1, 207.c), 230 del TRLGSS y aplicación errónea del artículo 1 del Real Decreto 625/1985, de 2 de abril, en relación con la disposición transitoria cuarta de la Ley 45/2002, de 12 de diciembre, de Medidas Urgentes para la Reforma del Sistema de Protección por Desempleo y Mejora de la Ocupabilidad y el Real Decreto 1044/1995, de 19 de junio, en especial, el artículo 1, 6.4 y 7.2 del Código Civil. En esencia, considera la parte recurrente, que no se habría acreditado debidamente el fraude de ley o abuso de derecho, teniendo en cuenta la situación de crisis económica en el sector inmobiliario, y que los trabajadores sí habrían probado su derecho a la percepción de la prestación por desempleo, y el inicio de su actividad profesional, para la capitalización de la prestación.

2.- No se estiman producidas las infracciones denunciadas puesto que, en realidad, en este motivo la parte recurrente se limita a disentir de la valoración probatoria realizada por la juzgadora “a quo”. No se ha acreditado el cumplimiento de los requisitos para la percepción de las prestaciones por desempleo ya que los trabajadores no habrían iniciado una nueva actividad que diera derecho a la capitalización de las prestaciones por desempleo. En este sentido, consta acreditado que alquilaron los locales a la antigua empleadora, siendo un indicio de fraude el hecho de que se estableciera el mismo precio pese a la diferencia de metros en los locales, encontrándose en el momento de la visita inspectora en las zonas comunes y

no en las propias, supuestamente arrendadas. Asimismo, consta que alguno de los trabajadores excusó dicho hecho por no disponer de equipo informático, pese a que las facturas reflejaban la adquisición de equipos informáticos con varios meses de anterioridad a la fecha en la que se produjo la visita de la Inspección. Otro elemento considerado acreditado por la juzgadora “a quo” es que alguno de los trabajadores invirtió en gastos que no eran propios de su actividad, sino de la empresa para la que prestaban servicios. Todos estos hechos relacionados de forma conjunta constituirían un soporte fáctico del que cabe deducir la existencia de la connivencia para la obtención de las prestaciones de desempleo, que fundamentaría la sanción impuesta.

SEXTO. - 1.- En el quinto motivo de recurso se denuncia, con adecuado amparo procesal, la infracción del artículo 1.2, 11 y 12 de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo. En síntesis, considera la parte recurrente que la relación que la empresa demandada mantenía con los trabajadores era como trabajadores autónomos económicamente dependientes (en adelante, TRADE).

2.- El motivo ha de decaer. En primer lugar, porque pese a la insistencia del recurrente en tratar de configurar la relación de los trabajadores como distinta de la de por cuenta ajena, lo que se sanciona es la connivencia para la obtención de las prestaciones por desempleo. En segundo lugar, porque aun prescindiendo de esta cuestión, en ningún caso, podría considerarse a los trabajadores como TRADE, por cuanto difícilmente se cumpliría la exigencia de “no ejecutar su actividad de manera indiferenciada con los trabajadores que prestan servicios bajo cualquier modalidad de contratación laboral por cuenta del cliente” (art. 11.2.b) de la Ley 20/2007) y la de “disponer de infraestructura productiva y material propios, necesarios para el ejercicio de la actividad e independientes de los de su cliente, cuando en dicha actividad sean relevantes económicamente” (art. 11.2.c de la Ley 20/2007). Y ello, por los contratos de arrendamiento de local concertados entre los tres trabajadores y su antigua empleadora reflejados en los hechos probados segundo, tercero y cuarto. Y también por la ejecución en zonas comunes de la mercantil sancionada de la prestación de trabajo de los tres trabajadores perceptores de prestaciones de desempleo, constatada, con presunción de certeza, en el acta de la Inspección de Trabajo.

SÉPTIMO. - 1.- En el sexto motivo de recurso se denuncia, con adecuado amparo procesal, la infracción de los artículos 23.1.c) en relación con el artículo 39.1 y 2 y 40 de la LISOS. Considera la parte recurrente, que no existirían los elementos del tipo infractor, al no concurrir connivencia para la obtención de la prestación por desempleo, por tener derecho los trabajadores al cobro de su prestación al haberse extinguido lícitamente su relación laboral, sin que pueda deducirse este fraude de la opción de éstos por la capitalización.

2.- La Sala estima que no se han producido las infracciones jurídicas denunciadas en este motivo. La parte recurrente pretende esencialmente revisar la valoración efectuada por la juzgadora “a quo”, y debe recordarse que carece de eficacia revisora la invocación de prueba negativa, basada en la cómoda alegación de la inexistencia de prueba que avale la conclusión de la juzgadora. En el supuesto de autos, los trabajadores habrían obtenido prestaciones por desempleo en forma de

pago único, destinando estos fondos al pago para la empresa para que poco antes venían trabajando, en necesaria connivencia con el empresario. Esta continuidad en la actividad implica una utilización desviada de fondos públicos y una connivencia para la generación de estas prestaciones, de suerte que la juzgadora no entiende desvirtuada la presunción de certeza de las actas de la infracción. En fin, en cuanto al argumento de la parte recurrente de que los trabajadores si no hubieran solicitado prestaciones de pago único, hubieran tenido derecho a las prestaciones por desempleo, no debe admitirse. Y ello, porque como señala el impugnante, es una hipótesis que no se verificó, pues la realidad es que se solicitaron dichas prestaciones. Y, sobre todo, porque de lo acreditado en el relato fáctico, se deduciría que los trabajadores no se encontraban realmente en situación legal de desempleo.

OCTAVO. - 1.- En el último motivo de recurso, y con apoyo en el artículo 193.c) LRJS, se denuncia la conculcación del artículo 133 de la Ley 30/1992, en relación con el art. 25 de la CE. En síntesis, se aduce que existiría identidad de sujeto y fundamento en las tres sanciones impuestas por lo que se habría vulnerado el principio *ne bis in idem*, citando en su apoyo, la sentencia del Juzgado de lo Contencioso Administrativo número 9 de Barcelona de 10 de abril de 2014.

2.- El motivo ha de decaer, pues el art. 133 de la Ley 30/1992 impide que pueda sancionarse penal o administrativamente la misma conducta cuando exista identidad de sujetos, hechos o fundamentos. Empero, en este caso, no concurre dicho presupuesto, pues el empresario, bien que con el mismo *modus operandi*, cometió tres acciones (una con cada trabajador), siendo sancionado por cada una de ellas. En punto a la sentencia citada por la parte recurrente, debe recordarse que no constituye jurisprudencia conforme a lo previsto en el art. 1.6 del C.c., amén de que se refiere a un supuesto totalmente diferente al aquí expuesto, de negativa a colaborar con la Inspección, donde se entendió que no cabía imponer 40 sanciones por cada uno de los afectados, sino una única por la desatención a los requerimientos de la inspección. Y, finalmente, cabe hacer referencia a que difícilmente se habría conculcado la ley cuando el artículo 23.2 de la LISOS establece que: “En el supuesto de infracciones muy graves, se entenderá que el empresario incurre en una infracción por cada uno de los trabajadores que hayan solicitado, obtenido o disfruten fraudulentamente de las prestaciones de Seguridad Social”.

FALLO

Que debemos desestimar y desestimamos el Recurso de Suplicación interpuesto por la demandante A.G.P., SL contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 5 de Alicante de 1 de abril de 2016, y en su consecuencia, debemos confirmar y confirmamos la sentencia recurrida. Se acuerda la pérdida del depósito y las tasas, y se condena al recurrente en costa por una suma de 400 euros.

2249

Sentencia núm. 1.572, de 13 de junio de 2017

Materia: Reconocimiento de derecho y cantidad. Trabajadora social al servicio de corporación local. Se formalizan sucesivos contratos temporales en función de concesión de subvenciones para contratar a personal. Posteriormente, por decreto de la alcaldía se reconoce a la actora el carácter indefinido no fijo de la relación laboral. Extinción de la relación laboral por falta de ayudas. Abono de diferencias salariales.

Juzgado: Estima parcialmente la demanda condenando a la demandante a abonar determinada cantidad. Se absuelve a la demandada del resto de las pretensiones formuladas en su contra.

Sala: Estima parcialmente el recurso. La trabajadora tiene derecho a recibir las diferencias salariales reclamadas en tanto su relación con el ayuntamiento demandado es de carácter laboral, no siéndole de aplicación ningún recorte salarial.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Recurre en suplicación la actora la sentencia que ha estimado en parte su demanda, condenando al Ayuntamiento de S. a abonarle la cantidad de 1.214,25 € (trienios) absolviéndole del resto de las pretensiones en su contra formuladas (diferencias salariales).

El recurso, que se impugna por el Ayuntamiento, se estructura en dos motivos, antecedidos por uno preliminar que da cuenta del dictado de la sentencia de esta Sala entre las mismas partes, sobre despido y vulneración de derechos fundamentales, núm. 1056/2016 de 10 de mayo (rs. 860/2016).

El primer motivo solicita la modificación del relato probado. Se atacan todos los hechos probados de la sentencia, según se pasa a exponer:

1.- La propuesta de eliminación, subsidiariamente modificación o eliminación parcial, y otra subsidiaria modificación y ampliación del hecho primero, va a ser desestimada de plano, por innecesaria e irrelevante para resolver el debate. La redacción de los hechos probados es función que corresponde al Juez y no a la parte (art. 97.2 de la LRJS). Si la sentencia emplea el término "Subvención" y no el más propio de "Ayuda" no resulta decisivo, y tampoco cual fuera la realización de la obra que justificó la contratación temporal de la actora, y mucho menos sirve en este procedimiento de reclamación de diferencias salariales el dato de que el carácter indefinido de la relación laboral de la actora fuera declarado por el Ayuntamiento a instancias de la trabajadora.

2.- El hecho segundo se completará con la sentencia firme dictada por esta Sala en el

recurso de suplicación 860/2016 a la que se ha hecho referencia en el motivo preliminar según se ha expuesto más arriba, que revoca la dictada por el Juzgado de lo Social nº 5 de Alicante a que hace referencia el hecho combatido, declarando la nulidad del despido de la trabajadora, porque se debe acudir a esta resolución, de ser necesario, para resolver la reclamación de cantidad por salarios que aquí se debate, desestimando las demás precisiones que la parte recurrida pretende introducir en el hecho segundo impugnado con base en esa resolución de esta sala.

3.- Las modificaciones propuestas para el hecho tercero, se admiten por la parte recurrida y consisten en precisar que la contratación de enero a diciembre de 2012 fue a tiempo parcial (documento nº 15 de la actora, folio 242) y que en el Pleno ordinario del Ayuntamiento celebrado el día 15-5-2014 se acordó la devolución a los empleados municipales de la parte proporcional de la Paga extraordinaria de diciembre devengada, correspondiente al periodo 1-6-2012 a 14-7-2012, junto a la parte correspondiente al complemento específico y demás cantidades que deberían abonarse con la paga extraordinaria (documento nº 24 de la actora folio 331 a 352)

4.- No resulta relevante para resolver las cuestiones planteadas en el recurso, si las reclamaciones previas que especifica el hecho cuarto fueron desestimadas de forma expresa o por silencio administrativo, en cada caso, y no es documento hábil para revisar los hechos la demanda.

5.- Y lo mismo cabe decir de la eliminación o subsidiariamente ampliación del hecho quinto tal y como se propone, con datos del todo irrelevantes para decidir la cuestión sometida a debate.

SEGUNDO.- En censura jurídica, por la letra c) del art. 193 de la LRJS, el segundo motivo de recurso, denuncia la infracción de los arts. 3, 53 y 82 del Estatuto de los Trabajadores; así como los arts. 1, 2, 3, 17, 18, 19 y Anexos I y II del Convenio Colectivo del Personal laboral del Ayuntamiento de S. publicado en el BOP de Alicante el 16 de enero de 1993 y la STSJ núm. 1056/2016 de 10 de mayo (rs. 860/2016). Critica el recurso, la argumentación contenida en la sentencia recurrida para desestimar las diferencias salariales reclamadas, al considerar que no es de aplicación el Convenio porque la demandante no figura en la plantilla del Ayuntamiento, alegando los razonamientos de nuestra sentencia.

El recurso será estimado aplicando los efectos de la cosa juzgada positiva de la sentencia firme de despido tantas veces mencionada (art. 222.4 de la LEC), al ser la actora personal laboral del Ayuntamiento (art. 11 LEBEP), con derecho a percibir las retribuciones previstas en el Convenio, como derecho mínimo necesario, salario que se establece en el capítulo VI del convenio con la siguiente estructura: salario base, complementos (específico y de destino – art 17-), gratificaciones extraordinarias (art. 18) complemento personal de antigüedad (art. 19), plus de actividad (art. 20) y plus de nocturnidad (art. 21), todo ello actualizado con el incremento del IPC más un punto (art. 3), y teniendo en cuenta que la trabajadora presta servicios media jornada. Esta sentencia ya desestima que pudiera ser de aplicación a la actora ningún recorte salarial en base a las Ayudas que recibía la Corporación Municipal para sufragar los gastos de

personal derivados de la atención a las personas en situación de dependencia, ni que deba aplicarse ningún techo presupuestario, por lo que a sus argumentos y decisiones nos remitimos.

A continuación, en el recurso se explica pormenorizada y numéricamente cuáles son las diferencias reclamadas en el salario restando del que debía percibir la demandante, el percibido, en relación con cada uno de los elementos que lo componen (salario base, complemento de destino, complemento específico, trienios y pagas extraordinarias), por el periodo reclamado 2010 a septiembre de 2013 lo que arroja la cantidad de 27.387,11€ que resulta o subsidiariamente la de 25.736,69 € en congruencia con lo solicitado en la demanda, con el interés previsto en el art. 29.3 del Estatuto de los Trabajadores.

Pese a la pormenorizada explicación de los conceptos debidos que contiene el recurso, se accederá a la petición subsidiaria, por congruencia con lo solicitado en las reclamaciones previas, en la demanda, en el juicio, y en la sentencia de despido, y visto además que la reclamación por trienios fue estimada en la instancia, procede la estimación parcial del recurso (se descontará de la misma los 1.214,25 € que acogió la sentencia recurrida, lo que arroja un total de 24.522,44 €).

FALLO

Estimamos en parte el recurso de suplicación interpuesto en nombre de doña J.M.P.O, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 5 de Alicante de fecha 2 de mayo de 2016; y, en consecuencia revocamos parcialmente la sentencia estimando íntegramente las demandas acumuladas que inician el procedimiento, elevando la cifra de condena por los conceptos y periodo reclamado (2010 a septiembre de 2013) a la cantidad de 25.736,69 €.

Sin costas.

2250

Sentencia núm. 1.581, de 13 de junio de 2017

Materia: Despido. Trabajadora que presta servicios de limpieza en dependencias municipales con sucesión de contratos temporales. Despido improcedente. Cálculo de la indemnización devengada. Existencia de unidad de vínculo laboral.

Juzgado: Estima la demanda declarando improcedente el cese de la relación laboral. Condena a la demandada a indemnizar a la actora con determinada cantidad con extinción de la relación a la fecha del despido.

Sala: Desestima el recurso de la parte demandante y confirma la sentencia de instancia. No existe unida de vínculo laboral con la trabajadora desde el inicio de la primera contratación. El devengo de la indemnización por despido improcedente ha de calcularse desde la fecha del último contrato de la trabajadora.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El recurso de suplicación entablado por la representación letrada de la demandante frente a la sentencia de instancia que estima la demanda y declara despido improcedente la comunicación empresarial sobre la finalización del contrato de trabajo de la actora, consta de una denominada cuestión preliminar y de un único motivo que se introduce por el cauce del apartado c del art. 193 de la Ley de la Jurisdicción Social (LJS), habiendo sido impugnado el recurso de contrario, conforme se expuso en los antecedentes de hecho.

En cuanto a la denominada cuestión preliminar no cabe realizar ningún pronunciamiento por cuanto que la misma se limita a señalar algunos de los hechos que se declaran probados en la resolución recurrida, en concreto, la sucesión de contratos de trabajo de carácter temporal suscritos entre las partes, así como algunos párrafos de la fundamentación jurídica de aquella, por lo que no se suscita realmente ninguna controversia que haya de ser resuelta por esta Sala.

SEGUNDO.- En el único motivo del recurso se denuncia la infracción del artículo 56 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores en relación con el art. 110 de la LJS, en cuanto a la antigüedad de la trabajadora en la empresa. Discrepa la defensa de la parte actora respecto a la sentencia de instancia en cuanto a la antigüedad fijada para cuantificar la indemnización por despido improcedente de la trabajadora accionante ya que entiende que dicha antigüedad se ha de remontar al inicio del primero de los contratos de trabajo de duración determinada suscritos entre las partes, en lugar de tener en cuenta tan solo la antigüedad que se remonta al inicio del último de dichos contratos que es lo que efectúa la sentencia de instancia. Aduce la recurrente que la unidad esencial de vínculo patente en la prestación de servicios de la demandante

para el Ayuntamiento demandado que se evidencia en la continuidad de dichos servicios desde el año 2000 y en la identidad de los mismos a lo largo de los años ha de llevar a relativizar las interrupciones existentes en dicha prestación de servicios, tal y como, a su juicio, se establece en la última doctrina jurisprudencial, citando y transcribiendo diversas sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, así las sentencias de 26 de febrero de 2016 (rec. 1423/2014) y de 8 de noviembre de 2016 (rec. 310/2015), así como la de 8 de marzo de 2007 (rec. 175/2004) que se alinean con la doctrina comunitaria que ha entendido que el Anexo a la Directiva 99/70/CE “debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que considera únicamente deben calificarse de sucesivos los contratos o relaciones laborales de duración determinada que no estén separados entre sí por un intervalo superior a 20 días laborales” (ST JCE 4 de julio de 2006, C-212/04), asunto “Adeneler”).

TERCERO.- Como indica la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 08 de noviembre de 2016, n.º Sentencia: 963/2016, Recurso: 310/2015 *“Desde muy tempranamente, la doctrina de la Sala sostuvo que «[e]n el ámbito del Derecho del Trabajo es regla y principio general [...] que si en un contrato temporal concluye el plazo de vigencia que le es propio o se produce la causa extintiva del mismo, y a continuación, sin interrupción temporal alguna, es seguido por un contrato indefinido entre las mismas partes, bien porque el trabajador continúe la prestación de sus servicios, bien concertándose en forma escrita el nuevo contrato, se entiende que la antigüedad del empleado en la empresa se remonta al momento en que se inició el trabajo en virtud del primer contrato temporal. La novación extintiva sólo se admite si está objetivamente fundada en la modificación del contenido de la obligación y por ello en los supuestos en que la relación sigue siendo la misma, la diversidad de contratos no provoca la existencia de relaciones [sucesivas] diferentes» (STS 12/11/93 -rcd 2812/92 -).*

Planteamiento que si bien inicialmente fue establecido a efectos retributivos del complemento de antigüedad y en los supuestos de ausencia de solución de continuidad, posteriormente también fue aplicado a la hora de determinar los servicios computables para calcular la indemnización propia del despido improcedente y se amplió a todos los supuestos en que pudiera apreciarse la unidad esencial del vínculo, de forma que -como recuerda la STS 08/03/07 rcd 175/04 , dictada en Sala General- «[e]l tiempo de servicio al que se refiere el art. 56.1.a. del Estatuto de los Trabajadores sobre la indemnización de despido improcedente debe computar todo el transcurso de la relación contractual de trabajo, siempre que no haya habido una solución de continuidad significativa en el desenvolvimiento de la misma».

2.- *Toda la cuestión de autos se reduce, pues, a determinar lo que haya de entenderse por la interrupción «significativa» que lleve a excluir la « unidad esencial» del vínculo, cuya frontera -la de aquella- si bien inicialmente fue situada en los veinte días del plazo de caducidad para accionar por despido, en los últimos tiempos se ha ampliado a periodos que carezcan de relevancia en relación con la duración total de los servicios prestados, como evidencia la casuística jurisprudencial reciente (así, 69 días naturales en la STS 23/02/16 -rcd 1423/14 -).*

A los referidos efectos ha de indicarse que si bien es claro que no necesariamente la unidad del vínculo está ligada a la existencia de fraude de ley, pues parece innegable que pudiera apreciarse aquélla en la sucesión de contratos temporales perfectamente ajustados a derecho, no lo es menos cierto que la concurrencia de fraude parece que haya de comportar -razonablemente- que sigamos un criterio más relajado -con mayor amplitud temporal- en la valoración del plazo que deba entenderse «significativo» como rupturista de la unidad contractual, habida cuenta de que la posición contraria facilitaría precisamente el éxito de la conducta defraudadora. Máxime cuando -como ya observamos en la precitada STS 08/03/07 rcud 175/04- en interpretación del Anexo a la Directiva 99/70/CE y en la lucha contra la precariedad en el empleo, la doctrina comunitaria ha entendido que aquella disposición de la Unión Europea «debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que considera que únicamente deben calificarse de sucesivos los contratos o relaciones laborales de duración determinada que no estén separados entre sí por un intervalo superior a 20 días laborales» (STJCE 04/Julio/2006, asunto «Adeneler»); doctrina que ciertamente ha de tenerse en cuenta, en tanto que resulta obligada la interpretación de la normativa nacional en términos de conformidad con el derecho y jurisprudencia de la Unión Europea (SSTS -por ejemplo- de 27/09/11 -rcud 4146/10 -; SG 08/06/16 -rco 207/15 -; y SG 17/10/16 -rco 36/16 -).

La aplicación de la anterior doctrina al presente caso en el que entre las sucesivas contrataciones laborales de la actora se constata períodos de tiempo que oscilan entre un mínimo de dos meses y cinco días y un máximo de once meses y dieciséis días, excediendo la mayoría de ellas de los cuatro meses y existiendo entre el final de la penúltima contratación y el inicio de la última una solución de continuidad de seis meses y entre el final de la antepenúltima y el inicio de la penúltima de once meses y dieciséis días, impide apreciar la existencia de la unidad del vínculo laboral de la actora desde el inicio de la primera contratación como solicita la misma, ya que las referidas interrupciones entre los contratos de trabajo temporales suscritos entre las partes son significativas y ello aun admitiendo que se trata en su mayoría de contratos fraudulentos por cuanto que no responden a la causa de temporalidad en su día en ellos consignada. De ahí que la Sala comparta la conclusión alcanzada por la resolución recurrida en orden a calcular la indemnización devengada por el despido improcedente de la demandante desde la fecha de inicio del último contrato de trabajo de aquella, lo que conlleva la desestimación del recurso y la confirmación de la resolución recurrida.

CUARTO.- 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.ª M.P.P.A, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social n.º Cinco de los de Valencia y su

provincia, de fecha 14 de noviembre de 2016, en virtud de demanda presentada a su instancia contra el Ayuntamiento de X. y, en consecuencia, confirmamos la sentencia recurrida.

Sin costas.

2251

Sentencia núm. 1.592, de 13 de junio de 2018

Materia: Pensión de jubilación. Trabajador afiliado al RETA que solicita pensión de jubilación en su modalidad contributiva. Descubiertos. Se deniega la prestación al actor al no hallarse al corriente del pago de las cuotas. El actor figura de alta como perceptor de subsidio para mayores de 52 años.

Juzgado: Desestima la demanda, absolviendo a los demandados de la reclamación que han sido objeto. No procede la pensión de jubilación formulada en la instancia.

Sala: Estima el recurso reconociéndole al actor el derecho a cobrar la pensión de jubilación por el régimen general, al haberla solicitado una vez cumplido los 65 años de edad y contar con suficientes días cotizados en este régimen.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Recurre en suplicación el actor, la sentencia que ha desestimado su demanda en la que se reclama la jubilación en su modalidad contributiva por el régimen que corresponda.

El recurso, se estructura en un único motivo defectuosamente formulado, en el que por la letra c) del art. 191 de la derogada LPL (debió haberse amparado en el art. 193 c) de la actual LRJS), solicita que se modifique el fundamento de derecho segundo de la sentencia, alegando que habiendo percibido el subsidio asistencial para mayores de 52 años, en los últimos cinco años, 28-4-2009 a 21-4-2014, se podría tener derecho a percibir la jubilación para mayores de 65 años, computando las cotizaciones a que se refiere el hecho III de la sentencia, por aplicación de los arts 161.1 b) y 3 de la LGSS de 1994, de aplicación, y el art. 205. 1 b) y 3 del mismo texto, y admitiendo no hallarse al corriente del pago de las cuotas al Régimen de Autónomos, según se relaciona en el hecho IV, algunos periodos están prescritos, y que como se carece de medios para hacer frente al pago de esas cotizaciones se solicita que se descuente de la jubilación, y que una vez cotizados se regularice la pensión.

El recurso podría ser desestimado por su defectuosa formulación. Sin embargo, habiéndose alegado la infracción del art. 161 de la LGSS y constando en la sentencia datos en los hechos probados suficientes para resolver la reclamación efectuada, se va a entrar en la cuestión de fondo, en aplicación de la doctrina constitucional aplica el principio "pro accione", máxime cuando se trata de una prestación básica de seguridad social en la que rige el principio de legalidad.

Los hechos probados dan cuenta de la cuestión a enjuiciar. El actor, nacido en fecha 21-04-1949, solicitó del INSS en fecha 19-05-2014 pensión de jubilación en su modalidad contributiva, emitiéndose resolución por el INSS de fecha de salida 02-06-

2014, en virtud de la cual se comunicaba al actor que el hecho causante de su jubilación se produjo el 27 de abril de 2014, cuando solicitó la pensión que le fue denegada mediante resolución de 06-05-2009 con invitación al pago, ya que no se encontraba al corriente en el pago de cuotas en el momento del hecho causante, recordando asimismo que para el cobro de la pensión de jubilación debe abonar los descubiertos que se le comunicaron en la resolución de 2009 y el pago de la pensión se hará efectivo desde el primer mes del siguiente al que abone las cuotas. El actor, que acredita 4898 días cotizados hasta el 27-04-2009, en la fecha del hecho causante se encontraba de alta en el Régimen General, habiendo estado de alta en dicho régimen un total de 705 días entre el 25-06-1964 y el 03-09-1970, y un total de 6.013 días durante diversos periodos comprendidos entre julio de 1972 y abril de 2014, resultando que desde el 28-04-2009 hasta el 21-04-2014 (1.820 días) ha figurado de alta como perceptor del subsidio para mayores de 52/55 años. El actor ha estado de alta en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos un total de 7.611 días, comprendidos en los siguientes periodos: desde 01-04-1985 hasta 31-12-1985 y desde 01-03-1986 hasta 31-12-2006. El actor mantiene descubiertos de cotizaciones al RETA por los siguientes periodos: julio, noviembre y diciembre de 1995; enero de 1996 a marzo de 1999; marzo a junio de 2000; octubre de 2002; enero y febrero de 2003; julio de 2003 a diciembre de 2003; febrero, marzo, abril junio, julio, agosto, septiembre, octubre, noviembre y diciembre de 2004; de enero a diciembre de 2005; y de enero a diciembre de 2006. No se ha efectuado ingreso alguno.

Pues bien, como se desprende de los hechos en 2009 le fue DENEGADA LA PENSIÓN (folio 27), seguramente porque por el RETA no podía jubilarse anticipadamente y en el Régimen General (RG) no tenía cotizaciones (solo 4898), y en cómputo recíproco falta el abono de cuotas al RETA, por eso se le invitaba al pago.

Solicitada la jubilación una vez cumplidos los 65 años, computando la cotización para esta contingencia durante el subsidio, ya tiene suficientes cotizaciones en el RG (6013 días), por lo que atendiendo a la doctrina mantenida en la STS de 26 de julio de 2011 (rec. 2088/2010) y 27 de abril de 2016 (rec. 1084/2014) procede reconocer al trabajador la jubilación desde la fecha en que la solicitó en el Régimen General, al lucrar en el mismo la carencia precisa, con la base reguladora que corresponda aplicando las normas del Régimen General, lo que se determinará en ejecución de sentencia.

FALLO

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de don J.V.D.A., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 3 de los de Elche de fecha 21 de marzo de 2016; y, en consecuencia, revocamos la sentencia recurrida, y estimamos la demanda del recurrente contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social, reconociendo al actor la pensión de jubilación por el Régimen General con efectos de 19-5-2014, porcentaje y base reguladora que reglamentariamente procedan, a cuyo pago condenamos al Instituto Nacional de la Seguridad Social.

2252

Sentencia núm. 1.630, de 15 de junio de 2017

Materia: Despido y reclamación de cantidad. Trabajos de colaboración social. Cumplimiento de los requisitos. Carácter de laboralidad. Tabla de retribuciones a aplicar. Diferencias salariales entre lo abonado y lo establecido en convenio colectivo.

Juzgado: Estima parcialmente la demanda declarando improcedente el cese del trabajador, y considera extinguida la relación laboral con efectos desde la fecha del despido. Estima parcialmente la demanda sobre cantidad condenando al abono a la actora de determinada cantidad por diferencias salariales y a los intereses por mora.

Sala: Estima el recurso y revoca la sentencia de instancia. Los trabajos de colaboración social no generan una relación laboral ordinaria por lo que no cabe la indemnización acorde a lo establecido en convenio colectivo. Absuelve a la Corporación demandada de todos los pedimentos de la demanda.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Dictada sentencia el 21 de julio de 2016 por el Juzgado de lo Social número 3 de Elche por la que se estimaba parcialmente la demanda interpuesta por D. C.O. frente al Excmo. Ayuntamiento de X., declarando improcedente el cese del trabajador y condenando a la Corporación demandada a abonar la cantidad expresada en el fallo de la recurrida, recurre en suplicación esta última, impugnando su recurso el trabajador.

SEGUNDO.- Al amparo del apartado b) del art. 193 LRJS, se formula un primer motivo de recurso, subdividido a su vez en tres apartados diferenciados, a través de los cuales se realizan las siguientes peticiones:

A.- Se adicione al hecho probado primero un nuevo apartado, quedando la redacción del apartado "I" del siguiente modo: "En fecha 15-4-2014 D. A.L. M-P.L , Teniente de Alcalde de coordinación, Acción Social y Recursos Humanos solicitó a la Junta de Gobierno Local acudir a la contratación de trabajadores en régimen de colaboración social, únicamente en aquellas profesiones y/o oficios en los que no hubiera bolsa de empleo en el Excmo. Ayuntamiento de X., o habiendo ya no estuviera dicha bolsa operativa".

Se indica como documental acreditativa de tales extremos, la moción elevada a la junta local, aprobada en fecha 17-4-14 y obrante a los folios 40 y 41 de autos.

La adición se admite, por desprenderse literalmente de la documental indicada.

B.- Se adicione al hecho probado primero, apartado "II" el siguiente texto: "En la relación de trabajadores necesarios se incluían innominadamente dos oficiales de albañilería y dos peones de albañilería. A tal efecto se solicitó por el Ayuntamiento de X. la remisión por el Servicio de Empleo, de dos candidatos por puesto ofertado".

Todo ello, conforme a los documentos obrantes en autos a los folios 42 y 43. También esta adición debe prosperar, pues así consta en los documentos expresados.

C.- Se adicione al hecho probado primero, apartado "III" un nuevo párrafo con el siguiente tenor literal: "En fecha 11-11-14 el SPEE aprobó la solicitud del Exmo. Ayto. de X. y remitió los datos del demandante, como candidato para la realización de trabajos de colaboración social, poniendo en conocimiento del Excelentísimo Ayuntamiento de X. que el actor era perceptor de una RENTA ACTIVA DE INSERCIÓN que se extinguía el 28-6-2015".

Todo ello conforme a documento obrante al folio 44 de autos. Esta adición no puede prosperar, pues además de no derivarse del documento indicado, sino de su interpretación, resulta irrelevante a efectos de modificación del fallo pues el Juez ya hace constar en su ordinal que el Servicio Público de Empleo aprobó la solicitud realizada por el Ayuntamiento.

TERCERO.- En términos de revisión jurídica, ex art. 193 c) LRJS, se dice infringido el art. 217 LEC en relación con los arts. 213.3 LGSS y arts. 387 y 39 RD 1445/82, así como de la doctrina contenida en STS de 19-12-2011 (rcud. 882/2011).

Sostiene el Ayuntamiento recurrente que los trabajos de colaboración social deben reunir dos presupuestos: el primero, la utilidad social del trabajo a realizar; y el segundo, que se trate de trabajos de carácter temporal.

Y pese que el Juez de instancia indica que existe una "orfandad probatoria" respecto a los trabajos realizados por el trabajador, ello no impidió entender que los mismos eran de utilidad social pero no que ostentaban un carácter temporal, pues en este último supuesto, el Magistrado entendió que la Administración demandada no había acreditado dicha temporalidad.

A juicio del recurrente, tal inversión de la carga probatoria infringe la doctrina indicada pues debió el trabajador acreditar qué trabajos desempeñó efectivamente, por ser hechos constitutivos de su pretensión, sin que su comportamiento pasivo sobre tales extremos pueda verse suplido por la inversión de la carga de la prueba que acordó el Juez a quo, de suerte que, solicitado al Servicio Público de Empleo la adscripción de cuatro trabajadores en régimen de colaboración social, siendo aprobada dicha petición, debe concluirse la falta de reconocimiento de una relación laboral entre el Ayuntamiento y el aquí demandante, y en consecuencia, desestimarse igualmente la reclamación de cantidad a que fue condenada la Corporación.

El recurso ha de ser estimado. Conforme a doctrina expresada en STS de 11-6-2014, rcud. 1772/2013, con remisión a las Sentencias del Pleno de la Sala de 27 diciembre 2013 (rcud. 217/2012, 2798/2012 y 3214/2012), en estudio de la figura de los contratos de colaboración social, se afirmaba que "(...) la Administración contratante deberá cumplir los requisitos legalmente establecidos en los preceptos citados para poder hacer uso de dicha figura, debiendo subrayarse, entre ellos, los dos siguientes: "a) Ser de utilidad social y redundar en beneficio de la comunidad"; y "b) Tener carácter temporal".

En el supuesto ahora analizado, no se discute en ningún caso la utilidad social de los trabajos desempeñados por el actor, pues se parte de la base por el Juzgador de aplicar la presunción "iuris tantum" no desvirtuada de que todo trabajo realizado por una Administración Pública conlleva tal carácter.

Ahora bien, sí se discute en el recurso el presupuesto relativo a la temporalidad de los trabajos, pues mientras que el recurrente sostiene que concurre sin género de duda alguna, el Juez de instancia entendió que por la Corporación Municipal no se había constatado dicha temporalidad, de manera que invirtiendo la carga probatoria, declaró el cese del trabajador nulo.

La Sala sin embargo, no se muestra conforme con dicha conclusión. Decimos esto por cuanto que, a diferencia de lo dispuesto por el Alto Tribunal en Sentencia de 27-12-2013, rcud. 2798/2012, y que la que el Juez remite en su resolución, esta última partía de una premisa previa: en los hechos probados se declaraba probado que funciones desempeñaba la trabajadora, el horario de las mismas e incluso el hecho de que procedió a sustituir a alguno de sus compañeros en situación de incapacidad temporal.

Es decir, que en dicha resolución, se evaluaban unos antecedentes fácticos que en nuestro caso no concurren, razonando el Alto Tribunal que "los servicios prestados corresponden a las actividades normales y permanentes de la Administración demandada sin que se haya justificado ningún hecho determinante de temporalidad y habiéndose mantenido la relación durante cerca de cinco años a partir de sucesivas prórrogas".

En el supuesto ahora analizado, los datos que se desprenden de los hechos declarados probados no apuntan a la solución alcanzada en la instancia. Decimos esto por cuanto que la petición efectuada al Servicio Público de Empleo fue aprobada, siendo su objeto la contratación de trabajadores en régimen de colaboración social para aquéllas actividades en las que el Ayuntamiento no disponía de bolsa de empleo o teniendo la misma ya no se encontraba operativa; la contratación tuvo una duración estrictamente temporal, sin alcanzar el periodo máximo de percepción de renta activa de inserción por parte del trabajador; Y lo más importante, no existió prueba alguna de que las funciones desempeñadas obedecieran a necesidades estructurales y permanentes del Ayuntamiento, resultando constatado por el Ayuntamiento que el actor se limitó a llevar a cabo funciones de oficial de albañilería, en el marco del objeto de la contratación "revalorización de espacios públicos (edificios municipales)", lo que

no puede suponer, como aquí se pretende, equiparar aquéllas con el ejercicio de funciones permanentes y estructurales de la Corporación.

Y de igual modo, al descartarse el carácter de laboralidad ordinaria de la contratación efectuada, tampoco puede condenarse a abonar las diferencias salariales entre lo percibido por el actor y lo que debiera percibir caso de aplicarse las retribuciones fijadas en convenio colectivo para un oficial de albañilería, pues como vino declarando la STS de 15-07-1998 “los trabajos de colaboración social no generan una relación laboral ordinaria, teniendo como tienen que ser prestados a favor de una Administración Pública, por persona que está percibiendo el desempleo y que al ser retribuida se hace de una forma especial, al consistir la retribución en un complemento sobre la prestación que habitualmente se viene cobrando”.

Por todo ello el recurso ha de ser estimado, desestimándose la demanda en la instancia y absolviéndose al Ayuntamiento demandado de todos los pedimentos de la demanda.

CUARTO.- No procede la imposición de costas, al estimarse el recurso interpuesto, ex art. 235.1 LRJS.

En virtud de lo expuesto

FALLAMOS

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada del EXCMO. AYUNTAMIENTO DE X. frente a la Sentencia dictada el 21 de julio de 2016 por el Juzgado de lo Social número 3 de Elche, en autos número 560/2015 seguidos a instancia de D. C.O. frente al citado recurrente y al FONDO DE GARANTÍA SALARIAL; y en consecuencia, con revocación de la precitada resolución, y desestimación de la demanda en la instancia, absolvemos a la Corporación demandada de todos los pedimentos de la demanda.

Sin imposición de costas.

2253

Sentencia núm. 1.635, de 15 de junio de 2017

Materia: Despido. Trabajadora al servicio de establecimiento hotelero que ejerce funciones de supervisora. Sucesión de contratos temporales sin solución de continuidad desde su inicio. Despido improcedente. Cesión ilícita de trabajadores, nivel contributivo y descuelgue salarial.

Juzgado: Estima parcialmente la demanda declarando la improcedencia de la extinción relación laboral, debiendo readmitir a la trabajadora o a indemnizarle en razón de despido improcedente. Se absuelve a las codemandadas de las pretensiones deducidas en su contra, debiendo pasar el FOGASA por dicha declaración en su condición de responsable legal subsidiario.

Sala: Desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia. No se ha producido una cesión ilícita de trabajadores. La impugnación de proceso de descuelgue salarial no es objeto del presente procedimiento. Además, a la fecha del despido, ya se encontraba vigente el convenio colectivo de empresa que aplica la Juez a quo, resultando irrelevante el acuerdo de descuelgue anterior.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Frente a la sentencia dictada el 6 de junio de 2016 por el Juzgado de lo Social número 7 de Alicante por la que se estimaba parcialmente la demanda interpuesta por Doña I.O.O. frente a E.G.I S.L, G.H. S.L, S.H. S.L y FOGASA, declarándose la improcedencia del despido operado, recurre en suplicación la trabajadora, impugnando su recurso la empresa demandada.

SEGUNDO.- Al amparo del apartado b) del art. 193 LRJS, se formulan los motivos primero a quinto de recurso, destinados todos ellos a revisar la declaración de hechos probados que se contiene en la sentencia de instancia. En concreto, se realizan las siguientes peticiones:

1.- Se modifique el hecho probado primero, en el sentido de incluir en el mismo que la actora pertenecía al "Grupo A Nivel 3 del Convenio Colectivo de hostelería de la provincia de Alicante y salario de 1.443,78 euros mensuales (48,12 euros diarios) con inclusión de prorrateo de pagas extras correspondientes a la anterior categoría del convenio colectivo provincial de hostelería de Alicante. El salario corresponde con el establecido para el ejercicio 2014 por el convenio colectivo provincial para las industrias de hostelería (BOP Alicante núm. 169 de 4 de septiembre de 2012). En este sentido, el Grupo retributivo de la actora es el A al tratarse de hoteles de cuatro estrellas. El nivel retributivo es el 3 al ser supervisora de la plantilla de las camareras de pisos que prestan servicios en los hoteles atendidos por la demandante".

La revisión fáctica propuesta no puede ser admitida, pues lo que debe reflejar el ordinal fáctico que se pretende introducir es el salario que la actora percibía al momento de producirse el despido, sin que la introducción del convenio colectivo aplicable ni su posible determinación, constituya cuestión fáctica sino jurídica que deberá ser abordada a través del correspondiente motivo de revisión del derecho aplicado.

2.- Con carácter subsidiario del anterior, se pide una revisión alternativa del hecho primero, en el sentido de fijar el salario fijado en el convenio colectivo de limpieza de edificios y locales de la provincia de Alicante, y que damos por reproducido, desestimándose la petición por los motivos expuestos en la revisión fáctica anterior.

3.- En tercer lugar, se solicita que en el hecho probado tercero conste que conforme a lo dispuesto en los documentos obrantes a los folios 324 y 368 de autos, Doña H.C.P. es apoderada de las empresas que gestionan los hoteles en los que trabajó la demandante, y que en calidad de apoderada, firma los contratos de arrendamiento de servicios con E., perteneciendo ambos hoteles a la cadena E. (documento 23 ramo prueba actora).

Se estima la petición antedicha, quedando incorporado al ordinal fáctico el párrafo interesado, en los términos transcritos en el recurso.

4.- Se interesa asimismo, que conste en el hecho probado noveno que “no consta en autos quién ostenta la condición de representación legal de los trabajadores (RLT)” con mandato en vigor en el año 2014 ni a nivel de centro de trabajo de Alicante ni a nivel de empresa en el Estado español”.

La petición se rechaza, por tratar de introducir un hecho negativo, impropio de relato fáctico.

5.- En último lugar, se interesa la modificación del hecho probado décimo, y que damos por reproducido, por el que se pretende introducir determinadas fechas atinentes a la anulación del convenio colectivo de empresa por la Audiencia Nacional, remisión se solicitud a la Comisión Paritaria de modificación sustancial de condiciones de trabajo y acuerdo de descuelgue salarial así como la transcripción de determinadas cláusulas de dicho acuerdo y la falta de acreditación de determinados extremos.

La revisión no puede prosperar pues el redactado que se propone como bien indica la parte impugnante, contiene valoraciones jurídicas resultantes del examen de la documental indicada por la recurrente, que por otro lado ya ha sido tomada en consideración por la Juez a quo para redactar el hecho probado que se pretende modificar. Asimismo, se interesa la introducción de hechos negativos que como ya adelantamos, no pueden tener constancia en el relato fáctico.

TERCERO.- Al amparo del apartado c) del art. 193 LRJS, se suscita en el motivo sexto de recurso, la infracción de lo dispuesto en los apartados 1 y 2 del art. 43.2 ET por considerar que las empresas demandadas incurrieron en cesión ilegal de trabajadores.

Según expresa la recurrente, la trabajadora prestaba servicios en el marco de un contrato de arrendamiento de servicios para la limpieza de las habitaciones de dos hoteles en la que se ocupaban se sustituir los “ammenities” de las habitaciones; la supervisión del trabajo se hacía con frecuencia por la jefa de recepción del hotel o por los recepcionistas; y las vacaciones y permisos o cualquier incidencia debían coordinarse con el hotel, al influir la ocupación hotelera en la organización de las vacaciones.

Se concluye por tanto que nos encontramos ante una actividad que estructuralmente constituye la actividad de explotación de los hoteles, concurriendo la empresa en cesión ilícita de trabajadores, debiendo ser revocada la sentencia de instancia en el sentido de estimar dicha petición.

Sin embargo, la Sala no puede mostrarse conforme con la petición anterior. Como bien apunta la Juez a quo, la posible cesión ilegal se hallaba vigente al momento del despido respecto a la prestación de servicios en el hotel M.P. S.L, situación que permite analizar la concurrencia de dicho fenómeno, al momento de interponerse la demanda de despido (STS 5-10-2016, R cud. 276/2015, con cita de la de 8-07-2003, R cud. 2885/2002).

Pero de los datos que se consignan en los hechos declarados probados, no se desprenden indicios de la presencia de dicha cesión. El art. 43 ET permite la posibilidad de contratación de trabajadores para cederlos temporalmente a otra empresa, si bien limitando estos supuestos a los casos en que dicha contratación se efectúe a través de empresas de trabajo temporal autorizadas legalmente, incurriéndose en cesión ilegal de trabajadores cuando se produzca alguna de las siguientes circunstancias: a) Que el objeto de los contratos de servicios entre las empresas se limite a una mera puesta a disposición de trabajadores de la empresa cedente a la cesionaria; b) y que la empresa cedente carezca de una actividad o de una organización propia y estable, no cuente con los medios necesarios para el desarrollo de su actividad o no ejerza las funciones inherentes a su condición de empresario.

Según ha expresado la Sala Cuarta, cuando la contrata consiste en una prestación de servicios que tiene lugar en el marco de la empresa principal o arrendataria, no es fácil diferenciarla de la cesión, lo que se agrava porque en la práctica se recurre a las contratas como medio formal de articular un acuerdo interpositorio de facilitación de trabajadores entre el cedente y el cesionario y es difícil reconocer, en las circunstancias de cada caso, el límite entre un mero suministro de trabajadores y una descentralización productiva lícita. Por ello, la doctrina judicial ha recurrido a la aplicación ponderada de diversos criterios de valoración que no son

excluyentes, sino complementarios, y que tienen un valor indicativo u orientador: la justificación técnica de la contrata, la autonomía de su objeto, la aportación de medios de producción propios [STS 07/03/88 [RJ 1988863]]; el ejercicio de los poderes empresariales [SSTS 12/09/88 [RJ 1988877], 16/02/89 [RJ 198974], 17/01/91 [RJ 19918] -rcud 990/90- y 19/01/94 [RJ 199452] -rcud 3400/92-] y la realidad empresarial del contratista, que se pone de manifiesto en relación con datos de carácter económico, como capital, patrimonio, solvencia, estructura productiva....etc.

En el supuesto analizado, se constata que la recurrente trabajaba para la empresa E.G.I. S.L que a su vez, tenía subcontratado el servicio de limpieza de habitaciones y servicios comunes entre otros, con las empresas G.H. S.L y S.H. S.L, mercantiles que a su vez gestionaban los establecimientos hoteleros E.L. y M.P., donde prestaba sus servicios la demandante.

Cierto es que para aspectos puntuales de la prestación del servicio, la coordinación del hotel o incluso alguno de sus empleados (repcionistas) desarrollaban labores de control de la actividad desarrollada por la trabajadora. Pero de ahí a inferir la existencia de una cesión ilegal, no resulta ajustado a derecho. La organización de los trabajos se realiza por la supervisora de la empresa, que por su parte, es receptora de las incidencias que pudiera comunicar la coordinadora del hotel, lo que es lógico dado el lugar en que se prestan los servicios. La actora y sus compañeras llevan uniforme con el logo de E., los medios materiales y utensilios de limpieza se proporcionan y reponen por esta última, y se guardan en las dependencias del hotel que la propia empresa tiene alquilado a los hoteles; las vacaciones, permisos e incidencias relativas a la jornada laboral se comunican a la supervisora, sin que desvirtúe tal hecho que se intente compaginar el periodo vacacional de los trabajadores con aquéllos en que la ocupación hotelera resulte menos afectada. La empleadora tiene organización propia y no resulta tampoco indicativo que gocen de la misma representación a efectos de firma de contrato de arrendamiento de servicios ni que pertenezcan al mismo grupo empresarial, pues en ningún caso se ha invocado la existencia de grupo de empresas a efectos laborales.

Por todo ello, la pretendida cesión ilegal que se solicita en recurso ha de ser desestimada, rechazándose así el motivo que ahora analizamos.

CUARTO.- Por último, y al amparo también del art. 193 c) LRJS, se denuncia la vulneración del art. 26 ET en relación con el art. 2 del Convenio Colectivo Provincial para las industrias de hostelería de la provincia de Alicante, al ser de aplicación dicha norma convencional. Subsidiariamente, se entiende infringido el convenio colectivo de limpieza de edificios y locales de la provincia de Alicante.

Se alude en el recurso que del acuerdo de descuelgue salarial alcanzado en mayo de 2013 se desprende implícitamente que el convenio de aplicación era del de la industria de hostelería de la provincia de Alicante, porque además la actividad de la empresa es de prestación de servicios en hoteles.

A continuación, analiza las razones por las que entiende que el referido acuerdo de descuelgue es nulo de pleno derecho, y por ende, que no puede enervar la aplicación del convenio colectivo de hostelería, para terminar concluyendo que caso de desestimarse dichas alegaciones, aquél contiene una cláusula cuarta que respetaba como condición más beneficiosa las retribuciones que se venían percibiendo por los trabajadores.

Comenzando por este último punto se han de desestimar los razonamientos de la recurrente pues la impugnación del procedimiento de descuelgue no es objeto del presente procedimiento, que no puede verse alterado por mucho que se discuta el convenio aplicable. A mayor abundamiento, se ha de atender a un dato más que revelador que hace inclinar nuestra decisión hacia la desestimación del recurso. Y dicho dato no es otro que a la fecha del despido, ya se encontraba vigente el Convenio Colectivo de empresa que aplica la Juez a quo, aprobado el 10-6-14. Si ello es así, resulta irrelevante el acuerdo de descuelgue anterior, máxime cuando el mismo mantuvo su vigencia en un periodo temporal en el que el convenio colectivo de empresa publicado en 2012 había resultado anulado por sentencia dictada por la Audiencia Nacional.

Por tanto, resultando incontrovertido que a fecha 3-11-2014 estaba vigente el convenio colectivo de E.G.I. S.L, a dicha norma convencional habrá que atender a los efectos de resolver la controversia planteada. Y resultando que así lo concluyó la Juez a quo, procede con desestimación del recurso interpuesto, confirmar la resolución de instancia en todos sus extremos.

QUINTO.- No procede la imposición de costas, al gozar la recurrente del beneficio de justicia gratuita.

En virtud de lo expuesto,

FALLAMOS

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de DOÑA I.O.O. frente a la sentencia dictada el 6 de junio de 2016 por el Juzgado de lo Social número 7 de Alicante, en autos número 971/2014 seguidos a instancia de la precitada recurrente frente a E.G.I. S.L, G.H. S.L, S.H. S.L Y FONDO DE GARANTÍA SALARIAL; y en consecuencia, confirmamos íntegramente la resolución recurrida. Sin imposición de costas.

2254

Sentencia núm. 1.640, de 19 de junio de 2017

Materia: Declaración de invalidez. Trabajadora afiliada al RGSS que presta sus servicios como profesora de autoescuela. Solicitud declaración incapacidad permanente. Denegación prestación por no revestir las lesiones suficiente grado de disminución en su capacidad laboral.

Juzgado: Desestima la demanda, y absuelve a la demandada de las peticiones formuladas.

Sala: Estima el recurso y revoca la sentencia de instancia. Si bien las clases teóricas y prácticas impartidas por la actora no requieren esfuerzos físicos, sí se aprecia estrés en su actividad laboral, habida cuenta de las limitaciones en hombro y muñecas, pudiendo poner en peligro la seguridad de la actora, de los alumnos o de terceras personas. Declara a la actora afecta de una incapacidad permanente total para el ejercicio de su profesión habitual derivada de enfermedad común.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se recurre por la demandante, D^a M.L.D.M., nacida el 3-12-60 y a la que en vía administrativa se le denegó Incapacidad Permanente por no revestir las lesiones que padece grado suficiente de disminución de su capacidad laboral, la sentencia del Juzgado de procedencia que desestimó su demanda en solicitud, tras desistimiento en juicio de la Incapacidad Permanente Absoluta, de Incapacidad Permanente Total Cualificada para su profesión habitual de profesora de autoescuela por cuenta ajena con la pensión correspondiente del Régimen General.

Articula el recurso, que no ha sido impugnado, a través de dos motivos, al amparo, respectivamente, de los apartados b) y c) del artículo 193 de la LJS, para, también respectivamente, revisión de hechos probados y examen de las infracciones de derecho sustantivo que alega y termina suplicando sentencia por la que, con revocación de la recurrida, se la declare en situación de IPT Cualificada para su profesión habitual con derecho a la correspondiente pensión con una base reguladora mensual de 1037,24 euros y con efectos de 10-10-13.

SEGUNDO.- En revisión de hechos probados solicita que se añada al final del segundo párrafo del Hecho Probado Tercero lo siguiente “de larga duración que provocan dificultad de concentración, siendo tratada con antidepresivos, ansiolíticos, opioides y anticonvulsivante, así como afectación neurológica que no es capaz de recordar situaciones que ha vivido o niega haber estado en determinados lugares”. Dice que así resulta de una valoración correcta de su prueba documental (documento 1), documento 41 y 42 de su ramo de prueba e Informe Médico de Síntesis, donde consta la medicación prescrita, así como el documento 22 de su ramo de prueba del Servicio de Neurología.

El documento 1 es el informe escrito de su perito médico; el 41 y 42 es documento de la Agencia Valenciana de Salud que recoge próximas dispensaciones de medicación entre 11-8-15 y 6-9-15 y el 22 es parte de consulta de Neurólogo de la Sanidad Pública que recoge el final del texto que propone adicionar con la salvedad de que antes de “no es capaz de recordar”, dice “en ocasiones”.

Se acepta, por tanto, la adición de “siendo tratada con antidepresivos, ansiolíticos, opioides y anticonvulsivante”, en base al documento 41 y 42 y el propio Informe Médico de Síntesis que recoge también medicación prescrita. No así el derivado del parte de consultas del Neurólogo, ni el del perito de la actora, porque, como se indica en el Fundamento único de la sentencia, ya han sido valorados por el Juzgador que ha optado por el Informe Médico de Síntesis en cuanto a fijación de las secuelas, además de que, como se dijo, las consecuencias de la afectación neurológica que indica el Neurólogo lo son en ocasiones.

TERCERO.- En el examen del derecho, alega infracción por la sentencia del artículo 137.2 y 4 de la LGSS (actualmente 194.1, b), por no haberle reconocido la Total que entiende y argumenta si procede.

El artículo 137.4 (en su redacción anterior a la Ley 24/97, que pervive por lo señalado en la Disposición Transitoria Quinta bis de la LGSS, hasta que se proceda al desarrollo reglamentario) y en iguales términos el 194.4 del Texto del RD Legislativo 8/15 al que conforme a la Disposición Transitoria vigésimo sexta se da una redacción provisional en tanto no se proceda al desarrollo reglamentario, definen la incapacidad permanente en cuanto al grado de total diciendo 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”.

Por tanto, no cuestionados los requisitos generales de la incapacidad permanente exigidos por el artículo 136 (de hecho la denegación lo fue por no suficiencia de las lesiones), ha de partirse del cuadro de padecimientos y, en especial, de las limitaciones orgánicas y funcionales probadas y ponerlo en relación con la profesión habitual probada para valorar si aquel tiene la incidencia en ésta exigida por el artículo 137 para que se dé el grado de total, teniendo en cuenta que ha de ser valorada aquella inhabilitación atendiendo, no exclusivamente a la imposibilidad física, sino también a la aptitud para realizar aquellas funciones de la profesión habitual con un mínimo de capacidad o eficacia, con su rendimiento económico aprovechable y sin penosidad ni peligrosidad no exigibles, teniendo igualmente en cuenta que el examen ha de ser individualizado, esto es, atendiendo a las circunstancias particulares de limitaciones y profesión de la persona de que se trate.

Partiendo de la relación de hechos probados de la sentencia, con la adición aceptada, resulta que la demandante:

a) Según hecho probado tercero: padece las siguientes secuelas: trastorno de adaptación con alteración mixta de las emociones y conductas; protusión

osteocondrosis L3-L4 y L4-L5; lumbociatalgia de repetición; artrosis; dorsalgia; síndrome del túnel carpiano bilateral intervenido; síndrome doloroso, fibromialgia; hipotiroidismo subclínico; disimetría ambas caderas; en tratamiento en Unidad del Dolor.

Como limitaciones orgánicas y funcionales: sintomatología psicopatológica adaptativa; movilidad articular funcional; síndrome del túnel carpiano bilateral intervenido con afectación actual de grado moderado; hipotiroidismo bien controlado, sin complicaciones; dolor muscular en brazos y hombros; dolor articular en hombros, codos; trastorno adaptativo ansioso depresivo “siendo tratada con antidepresivos, ansiolíticos, opioides y anticonvulsivante” (lo entrecomillado adición aceptada en revisión).

A la exploración: marcha autónoma sin apoyos y claudicación; movilidad articular lumbar completa; posición en cuclillas posible; marcha autónoma; puntas-talones posible; movilidad articular de hombros completa con limitación últimos grados hombro izquierdo por dolor; flexoextensión de codos y rodillas completa, RM de 26-8-2013: protusión, osteocondrosis L3-L4, L4-L5, correcta alineación de somas vertebrales; movilidad de muñecas posible con dolor, hipotiroidismo subclínico crónico; según informe de Médico de Familia: índice de Barthel: dependiente leve.

Como limitaciones orgánicas y funcionales: la actora se encuentra limitada para actividades que requieran importantes esfuerzos físicos y psicopatología adaptativa controlada con limitación para actividades de importante estrés o complejas.

De todo lo cual, en síntesis, resulta que, aunque como limitaciones orgánicas y funcionales finales se dice “limitada para actividades que requieran importantes esfuerzos físicos” y “limitación para actividades de importante estrés o complejas”, en realidad, de todo lo detallado, se obtiene también:

- tiene protusión osteocondrosis L3-L4 y L4-L5 con **lumbociatalgia de repetición**; artrosis; **dorsalgia**, disimetría ambas caderas; **síndrome doloroso, fibromialgia, dolor muscular** en brazos y hombros; **dolor articular** en codos y hombros con **limitación últimos grados hombro izquierdo por dolor**; síndrome del túnel carpiano bilateral intervenido con afectación actual de grado moderado consistente en **movilidad de muñecas posible con dolor**; en tratamiento en Unidad del Dolor.
- tiene trastorno de adaptación con sintomatología psicopatológica de alteración mixta de las emociones y conductas controlada con medicación. Y
- Los tratamientos medicamentosos incluyen antidepresivos, ansiolíticos, opioides y anticonvulsivantes.

b) Su profesión habitual es la de profesora de autoescuela por cuenta ajena.

Al poner aquellas en relación con ésta y, aun cuando las limitaciones que se concluyen en la sentencia son limitada para actividades que requieran importantes esfuerzos físicos y para actividades de importante estrés o complejas pero debiendo tener igualmente en cuenta las detalladas en la misma sentencia que hemos señalado y la adición aceptada, consideramos que la situación de la actora si debió ser

encuadrada o subsumida en el 137.4 de la LGSS, ya que no puede realizar las funciones de su profesión habitual con un mínimo de capacidad o eficacia, con su rendimiento económico aprovechable y sin penosidad ni peligrosidad no exigibles. En efecto, aunque ni las clases teóricas ni las de prácticas de conducir requieren importantes esfuerzos físicos, el estrés sí se da en las de prácticas, para las que tampoco dispone de la completa movilidad del hombro izquierdo ni de movilidad de las muñecas y tanto las teóricas como las practicas exigen unas condiciones que la demandante tiene muy afectadas por sus tratamientos para el dolor y trastorno adaptativo, muy especialmente para las de prácticas por peligrosidad tanto para ella, como para el alumno como para terceros.

En consecuencia, procede la estimación del recurso y de la demanda sustancialmente, con la única variación de la fecha de efectos puesto que, no recogida en sentencia como conforme y fijada en el recurso en el 10-10-13, no se da ninguna explicación que permita acoger ésta (desconociéndose a qué obedece), por lo que hemos de estar a la del Dictamen Propuesta del EVI de 21-11-13 (misma fecha, por cierto, de la Resolución) y siendo, por lo demás, del día anterior, 20-11-13, la fecha del Informe de Valoración Médica.

FALLAMOS

Estimando el recurso de suplicación formulado por D^a M.L.D.M. contra la Sentencia de fecha 4 de diciembre de 1015, dictada por el Juzgado de lo Social número 10 de Valencia, en autos 109/14 sobre INCAPACIDAD PERMANENTE, siendo parte recurrida el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, revocamos la referida Sentencia y, estimando la demanda, declaramos que D^a M.L.D.M. se encuentra afecta de Incapacidad Permanente Total para su profesión habitual de profesora de autoescuela por enfermedad común y con derecho a la pensión por ella del Régimen General de 14 pagas anuales en el porcentaje del 75% sobre una base reguladora de 1037,24 euros por paga y con efectos económicos desde 21-11-13, con más los incrementos y mejoras que procedan y condenamos al INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL a que se la abone.

2255

Sentencia núm. 1.655, de 20 de junio de 2017

Materia: Conflicto colectivo. El conflicto afecta a todos los trabajadores de empresa de limpieza. Reducción horaria. Reducción de jornada en determinados periodos del año sin reducción de salario. Adaptación del régimen de jornada a la jornada general en el ámbito del sector público. Cambio del régimen de la jornada del personal del servicio de limpieza. Impugnación. Existencia de una condición más beneficiosa.

Juzgado: Desestima la demanda interpuesta por el sindicato demandante.

Sala: Desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia. No pueden apreciarse las infracciones denunciadas en el escrito del recurso.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El Sindicato C.G.T.P.V. interpuso demanda contra la empresa X. SA, a la que se adhirió el S.I.L., en ejercicio de acción de conflicto colectivo, solicitando que se reconozca el derecho de los trabajadores que prestan servicios de limpieza en la Universidad Politécnica de Valencia a una reducción de la jornada sin disminución del salario de una hora diaria en los periodos relacionados en el ordinal segundo de la demanda.

La sentencia de instancia desestima la demanda, pronunciamiento frente al que se alza la parte demandante interponiendo recurso de suplicación y solicitando, previa estimación del mismo, el dictado de una nueva sentencia por la que se revoque la recurrida y en su lugar se estime la demanda. La parte demandada por su parte impugna el citado recurso.

SEGUNDO.- Para ello la parte recurrente formula un único motivo al amparo del apartado c) del artículo 193 LRJS alegando la infracción de normas sustantivas y de la Jurisprudencia, y así en concreto del artículo 9-3 CE en relación con la aplicación del Acuerdo para la conciliación de la vida familiar y laboral del personal de Administración y Servicios de la Universitat Politècnica de Valencia así como el artículo 3-1 d) E.T. y la Jurisprudencia del Tribunal Supremo contenida en las Sentencias de 16/09/1992, 20-12-1993, 21-02-1994, 31-5-1995, 8-7-1996 y 25-01-1995. Argumenta así la parte recurrente que tanto en el año 2013 como en el año 2014 los trabajadores afectados por el conflicto disfrutaron de una reducción de jornada de una hora diaria sin disminución de salario en los periodos indicados de Fallas, Semana Santa, Navidad y Verano, aun cuando ya había entrado en vigor el Acuerdo de fecha 05/02/2013 que según la Sentencia de instancia ya no habla de “permisos “ sino de “horarios” y ya no establece la reducción horaria de una hora en tales días, y si ello es así considera que estamos ante una mera liberalidad del empresario que no puede suprimirse sin más por el mismo.

En relación a las condiciones más beneficiosas, la doctrina judicial viene señalando como indica la STS de 14-5-13 (RC 96/2012) que *“para que pueda sostenerse la existencia de una condición más beneficiosa es preciso que ésta se haya adquirido y disfrutado en virtud de la consolidación del beneficio que se reclama, por obra de una voluntad inequívoca de su concesión, de suerte que la ventaja que se concede se haya incorporado al nexo contractual en virtud de un acto de voluntad constitutivo de una concesión o reconocimiento de un derecho y se pruebe la voluntad empresarial de atribuir a sus trabajadores una ventaja o un beneficio social que supera a los establecidos en las fuentes legales o convencionales de regulación de la relación contractual de trabajo (así lo recordábamos en la [STS de 19 de diciembre de 2012 \(RJ 2013, 1102\)](#) - rcud. 209/2011 -). Además, una vez incorporada al nexo contractual, la condición no puede suprimirse por decisión del empresario, pues la condición en cuanto tal es calificable como un acuerdo contractual tácito - art. 3.1.c)ET - y por lo tanto mantiene su vigencia y pervive mientras las partes no acuerden otra cosa o mientras no sea compensada o neutralizada en virtud de una norma posterior legal o pactada colectivamente que sea más favorable (según doctrina consolidada, resumida en las [STS de 28 de octubre de 2010 \(RJ 2010, 8464 \)](#) -rcud. 4416/2009 -, [26 de septiembre \(RJ 2012, 1093\)](#) -rcud. 4249/2010 - y [14 de octubre de 2011 \(RJ 2012, 518 \)](#) rcud. 4726/2010 -).”*

En el presente caso para considerar que la reducción de la jornada en una hora diaria sin disminución de salario se trata de una condición más beneficiosa o derecho adquirido concedida a los trabajadores de X. del centro de la Universidad Politécnica, parte la recurrente de considerar que la entrada en vigor del Acuerdo al que se refiere la sentencia de instancia para entender que no estamos ante una condición más beneficiosa, se produce en el momento de su firma el 05/02/2013 y que fue por lo tanto en el calendario de 2013 cuando se incorporaron dichos cambios por primera vez. Sin embargo, en el relato fáctico que no ha sido alterado pues ningún motivo ha formulado la parte actora destinado a la revisión de los hechos probados, se hace constar en el hecho probado sexto, que “Por resolución del Rectorado de la Universidad Politécnica de Valencia de fecha 20-11-12 se acordó la adaptación del régimen de la jornada laboral del personal de la Universidad para su adecuación a la modificación de la jornada general en el ámbito de todo el sector público. Y así el Rectorado resolvió: que la jornada general de trabajo del personal de la UPV no podría ser inferior a 37:30 horas de trabajo efectivo de promedio anual, si bien se tendría que conciliar con los contenidos normativos básicos del Estatuto Básico del Empleado Público en cuanto a la negociación del nuevo calendario laboral, horarios, jornadas, vacaciones y permisos; que asimismo las jornadas especiales existentes o que se puedan establecer experimentarán los cambios que fueran necesarios en su caso para adecuarse a la modificación en general en la jornada general; quedando suspendida la eficacia de las previsiones en materia de jornada y horario contenida en los Acuerdos, Pactos y Convenio colectivo que contradigan lo dispuesto en la misma; y que previa negociación en el seno de las Mesas de Negociación, se adaptará el calendario laboral, horarios, vacaciones y permisos a la nueva regulación. “La parte actora en su escrito de recurso cuando hace referencia a lo que indica la Sentencia en su fundamento de derecho segundo párrafo cuarto, lo que está mencionando es lo que expresa la Sentencia sobre las alegaciones de la empresa a la pretensión de la parte actora, pero

en modo alguno que haya resultado probado la firma de un Acuerdo en el año 2013 que sustituía al del 2007. No consta nada en el relato fáctico sobre el Acuerdo al que se refiere el escrito de recurso que habría entrado en vigor en febrero del 2013 sino que sólo menciona la Sentencia la resolución del rectorado a la que antes se ha hecho referencia y que además condiciona la adaptación del régimen de la jornada laboral del personal laboral de la UPV a la negociación del nuevo calendario laboral, horarios, jornadas, vacaciones y permisos. El relato fáctico recoge a continuación el contenido del calendario de los años 2015 y 2016, y nada acerca de los referidos a los años 2013 y 2014 por lo que en modo alguno podemos partir de la premisa ni de que hubo un Acuerdo en la UPV de adaptación de la jornada en el año 2013 y menos aún podemos entender que ya en los calendarios de los años 2013 y 2014 se había plasmado la adaptación del régimen de la jornada de trabajo del personal laboral y que pese a ello los trabajadores de la contrata de limpieza de X. seguían disfrutando de una hora diaria de reducción de jornada en las épocas del año recogidas en la sentencia de instancia. A partir del relato fáctico de la Sentencia, lo que se desprende es que es en el año 2015 cuando se plasma el contenido de la resolución del Rectorado sobre la adaptación del régimen de jornada a la jornada general en el ámbito del sector público, motivando precisamente tal cambio en el régimen de la jornada del personal PAS que ya no disfruta de una reducción regular de la jornada de una hora diaria en las referidas épocas del año festivas, que es la que motivó que a los trabajadores de X. a fin de adaptarse al régimen de tales trabajadores en las dependencias en las que prestaban servicios, también se les concediera tal reducción horaria, que ahora X. no conceda tal reducción de una horaria diaria en Fallas, Semana Santa, Verano y Navidad. De este modo, como afirma la sentencia de instancia no estamos ante una condición más beneficiosa de X. entendida como mera liberalidad de la empresa de conceder de forma graciosa tal beneficio a los trabajadores de la contrata, sino que su voluntad era la de adaptar la jornada de sus trabajadores a la de los trabajadores PAS de la UPV que disfrutaban de tal reducción, y como a partir de los calendarios del 2015 y 2016 ya no es posible tal adaptación del horario a todo el personal PAS pues el régimen que ahora rige es diferente y tal personal laboral puede optar por la reducción horaria o exención de días en función de sus necesidades, cesa ya la causa que motivó la concesión de tal reducción horaria que no puede considerarse como una condición más beneficiosa y que no viene recogida ni en el Convenio colectivo ni en alguna otra norma. En consecuencia, puesto que el argumento del escrito de recurso parte de una premisa fáctica que no obra en relato de hechos probados, así que en los calendarios de 2013 y 2014 los trabajadores laborales PAS ya gozaban de un régimen diferente de jornada en los términos que detalla la Sentencia de instancia y funda en ello la existencia de una condición más beneficiosa reconocida por la empresa X., no pueden apreciarse las infracciones denunciadas en el escrito de recurso y debemos desestimar el mismo en su integridad confirmando la Sentencia de instancia.

TERCERO- De conformidad con lo establecido en el artículo 235 de la Ley de la Jurisdicción Social, al gozar la parte recurrente del beneficio del derecho a la asistencia jurídica gratuita, no procede la expresa condena en costas.

Por ello;

VISTOS los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

FALLAMOS

Que desestimando el recurso de suplicación interpuesto por el Sindicato CGT-PV contra la sentencia de fecha dos de diciembre del Dos Mil Dieciséis dictada por el Juzgado de lo Social Número 9 de Valencia en autos número 1005/2015 seguidos a instancias del recurrente frente a la empresa X SA y habiéndose adherido a la demanda el S.I.L. sobre CONFLICTO COLECTIVO, debemos de confirmar dicha Sentencia en su integridad. Sin costas.

2256

Sentencia núm. 1.659, de 20 de junio de 2017

Materia: Reclamación de cantidad. Trabajadora al servicio de centro médico. La actora es objeto de despido colectivo por causas objetivas. Procedencia del despido. Indemnización reconocida a favor de la actora. Insolvencia provisional de la empresa. Responsabilidad subsidiaria del FOGASA. Cálculo indemnización. Diferencias cálculo.

Juzgado: Estima parcialmente la demanda, condenando al organismo demandado a abonar determinada cantidad por los conceptos reclamados en la misma.

Sala: Estima el recurso en el solo sentido de incrementar la cifra objeto de la condena.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Son dos los recursos de suplicación que se plantean contra la sentencia de instancia, que estimó parcialmente la reclamación en la que se solicitaba del FGS el abono de determinada cantidad a consecuencia del despido objetivo de la demandante. Ambos recursos discrepan en lo atinente a la suma estimada en la citada resolución judicial, y así, el formulado por el Abogado del Estado en representación del citado FGS, censura en primer término en el primero de los motivos de índole jurídica en que se estructura, la infracción del artículo 33 del ET y de los RRDD que fijan anualmente el SMI, en relación con las sentencias que menciona, que no constituyen jurisprudencia, y con los artículos 18 y 19 del RD 505 / 85, el RD 1046 / 13, la Directiva 2008 / 94 CE, el artículo 13 del Convenio sobre protección de créditos laborales de 23 de junio de 1992, la Directiva 7 / 97 de 19 de diciembre y el artículo 14 de la CE.

Toda esta diversa artillería jurídica se destina a combatir la prestación otorgada en la sentencia objeto de recurso, pues considera el recurrente que es discriminatoria respecto la que perciben los trabajadores que realizan la jornada a tiempo completo, ya que la demandante trabajó a tiempo parcial en dos empresas de manera simultánea, y la obtención de la prestación supone a su juicio un enriquecimiento injusto.

Para desestimar dicha censura basta con acudir a los razonamientos vertidos en la sentencia recurrida al respecto de dicha cuestión, pues efectivamente el artículo 33 del ET no distingue entre contratos a tiempo completo y contratos a tiempo parcial, de ahí que la restricción en el pago de la prestación de garantía salarial que se efectuó por el organismo demandado no tiene sustento legal, pues el aludido artículo no contempla previsión específica para los contratos a tiempo parcial ni tampoco reducciones adicionales por porcentajes de jornada de trabajo, solamente unos topes máximos que no se pueden superar y que se aplican tanto a la jornada completa como

a la jornada a tiempo parcial, de modo que no cabe que el límite del doble del SMI se calcule a prorrata de la jornada realizada.

Por su parte, el segundo motivo de dicho recurso, que se formula de modo subsidiario, y sin precisar norma infringida, pone de relieve que ha existido un error en el cálculo de la responsabilidad subsidiaria en relación al expediente correspondiente a los salarios, en cuyo caso la condena sería de 1.992, 23 euros, tras restar lo percibido, frente los 2.435, 82 euros estimados.

Pero no procede acceder a lo pretendido en atención a que los cálculos que la sentencia verifica respecto dicho concepto, partiendo del módulo salarial de 50,09 euros diarios, resultan correctos, sin que se aprecie error en su concreción cuantitativa.

SEGUNDO.- El recurso de la parte demandante se ampara en su único motivo en el artículo 193 “c” de la LRJS, por infracción de las normas sustantivas y jurisprudencia.

No obstante, el citado motivo no menciona la norma o normas que se consideran vulneradas en la sentencia, lo cual ya sería suficiente razón para desestimarlo, limitándose a efectuar el recurrente unos cálculos en relación a los salarios pendientes de pago, que considera superiores a los que la sentencia determina a la hora de precisar la diferencia resultante a favor de la trabajadora, tras restar lo ya abonado por el FGS.

En efecto, se observa que existe una aparente contradicción en la sentencia al hilo de dicha cuestión, pues en su séptimo hecho probado se establecen los salarios que la empresa reconoce adeudar a la trabajadora en conciliación, en cifra superior a los que en el último fundamento jurídico se indican, cuando en realidad si partimos de que lo adeudado y reconocido como tal asciende a un total de 85 días, aplicando el módulo salarial de 50,09 euros al día, resultaría la cifra de 4.257,65 euros, superior a la estimada en la sentencia de 3.480,04 euros, de ahí que se deba corregir el fallo recurrido de manera que se incremente la condena que allí se expresa hasta la suma total de 8.405, 75 euros, en lugar de la de 7.628,14 euros que se concretó en el auto de aclaración fechado el 17 de mayo de 2016.

En definitiva, se estimará este recurso y se revocará la sentencia tan solo en lo que atiende a la cifra antes aludida.

FALLO

Estimamos el recurso de suplicación formulado por doña M.D.S.G. contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 16 de Valencia de 22 de abril de 2016, en autos sobre cantidad contra el FONDO DE GARANTIA SALARIAL, y con revocación de dicha sentencia en el exclusivo sentido de incrementar la cifra objeto de condena a 8.405,75

euros, en lugar de la fijada en el fallo recurrido. Asimismo, se desestima el recurso de suplicación formulado por el FONDO DE GARANTIA SALARIAL contra la citada resolución.

Se condena al FONDO DE GARANTIA SALARIAL al abono de los honorarios del letrado de la parte impugnante, en la cuantía de 150 euros.

2257

Sentencia núm. 1.684, de 22 de junio de 2017

Materia: Reclamación de cantidad. Trabajadora al servicio de entidad bancaria con contrato indefinido a jornada completa. ERE. Reestructuración de personal. Movilidad geográfica. Indemnización en compensación por movilidad. La actora decide adoptar la alternativa de indemnización por extinción de la relación laboral. Cálculo y derecho a cuantía indemnizatoria.

Juzgado: Desestimando las excepciones alegadas de contrario y desestimando la demanda contra la mercantil demandada, absuelve a ésta de las peticiones contenidas en el suplico de la demanda. No procede indemnización a favor de la actora.

Sala: Estima el recurso reconociendo a la parte actora demandante a recibir la indemnización solicitada.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se recurre por la parte demandante la sentencia que desestimó la demanda de la actora. El recurso se estructura en dos motivos formulados respectivamente en los apartados b y c del artículo 193 de la LRJS. En el primer motivo la recurrente solicita la supresión del último párrafo del hecho probado undécimo en el que se hace referencia a la falta de referencia al acuerdo de 2011, por considerar que se trata de una afirmación valorativa. La transcripción literal de las citadas comunicaciones que se dan por reproducidas en el hecho probado de referencia hace innecesaria la modificación instada de acuerdo con los criterios judiciales que interpretan la aplicación de la norma procesal invocada (STSJCV 11/06/2013 recurso 3093/2012).

SEGUNDO.- 1. En el segundo motivo del recurso, formulado con amparo procesal en el apartado c del artículo 193 de la LRJS, se denuncia por la recurrente infracción de lo dispuesto en el artículo 40 del ET en relación con los artículos 3.5 del ET y 1281 y 1282 del CC. Sostiene en definitiva la actora que a diferencia de lo resuelto por el magistrado de instancia, la empresa debió aplicar en el momento de la extinción de su contrato las cuantías indemnizatorias previstas en el acuerdo de 2011.

La resolución del debate de suplicación requiere retomar la cuestión jurídica de fondo que fue resuelta por esta Sala en las sentencias de 15/07/2014, 13/03/2015, dictadas respectivamente en los recursos 130/2014 y 2421/2014 y posteriormente en sentido contrario por la ST de 9/2/2016, recurso 1130/2015. En la sentencia de pleno Jurisdiccional celebrado el día 8 de marzo de 2016 y dictada en el recurso 1295/2015 se unificaron criterios y se fijó la posición única de la Sala, por lo que en los términos de esta última sentencia cuyo contenido pasamos a reproducir debemos resolver el presente recurso.

"Sostiene el recurrente que la medida de traslado de la actora se adoptó conforme al Acuerdo de fecha 25-6-2013 y al art. 40 del Estatuto de los Trabajadores, por lo que no procede la aplicación del Acuerdo anterior, de fecha 3-1-2011, que obedeció a causa distinta y que fijaba una indemnización de 45 días por año de servicio, con tope de 42 mensualidades, más una cantidad adicional por años efectivos de servicios, pues tal reestructuración terminó en febrero de 2012, no aceptándose más bajas incentivadas; que el Acuerdo de 2013 se debió a la situación financiera y no contempla medida adicional de baja incentivada, por lo que la actora no tiene derecho a la baja indemnizada ya que no fue afectada por la movilidad geográfica del ERE con Acuerdo de 3-1-2011, único al que se refiere la Comisión de Seguimiento en su Acuerdo de agosto-2011. Subsidiariamente, de considerarse aplicable el Acuerdo de 3-1-2011, sostiene que tampoco procedería la indemnización solicitada pues la baja indemnizada requiere de la aceptación de la empresa lo que no es trasladable a la comunicación de traslado realizada al amparo del Acuerdo de 25-6-2013, con cita de la sentencia de esta Sala de 15-7-2014. 2. La citada sentencia de esta Sala nº 1852/14 de fecha 15-7-2014 (rec. 1466/14), se dicta en recurso de suplicación contra sentencia de instancia en cuyo relato fáctico no constaba ni que se hubiese interpuesto demanda frente al Acuerdo de 25-6-2013 ni que la Audiencia Nacional lo hubiese declarado nulo en Sentencia de 14-11-2013 (procedimiento 320/2013), ni siquiera consta que tales circunstancias fuesen alegadas por las partes en el recurso, y se dicta en procedimiento donde la empresa no admitió la baja indemnizada del trabajador y la cuestión debatida era si la empresa venía obligada a aceptar la extinción indemnizada del contrato con derecho a las indemnizaciones contempladas en el punto B.3 del Acuerdo Laboral de 2011, a lo que se dio respuesta negativa. Mientras que en el presente procedimiento se solicitan diferencias en el importe de la indemnización abonada a la actora por una extinción que se produjo en el mes de julio de 2013, por lo que se trata de acciones distintas. 3. Consta en el relato de hechos probados que en el Acuerdo de 3-enero-2011 se hizo constar que la reestructuración del personal necesaria se realizaría de modo gradual hasta el 31-diciembre-2013, y en el mismo se preveía tanto la movilidad geográfica (Capítulo I-apartado B-punto 2) como las bajas indemnizadas (Capítulo 1-apartado B-punto 3). En fecha 10-8-2011 el Acta de la Comisión de Seguimiento del Acuerdo de 3-1-2011, establece que, cuando el trabajador afectado por la medida de movilidad geográfica regulada en el Acuerdo de 3-1-2011 solicite su acogimiento a las medidas de baja indemnizada, la entidad se compromete a aceptar tal acogimiento y a materializar la medida antes de la efectiva incorporación del trabajador al nuevo destino al que se le haya comunicado el traslado, siempre que hayan solicitado el acogimiento con 7 días de antelación, al menos, a la fecha de efectividad del mismo. Pues bien, las medidas adoptadas en el posterior Acuerdo de 25-junio- 2013 no incluyen pacto alguno sobre bajas indemnizadas cuando el trabajador sea objeto de movilidad geográfica, y además estas no tienen nada que ver con la compensación por traslado a que se refiere el Acuerdo de 25-6-13, que en cualquier caso ha sido declarado nulo en Sentencia de la Audiencia Nacional, confirmada por el Tribunal Supremo de fecha 22-7-2015 (rec. 130/14). Lo expuesto lleva a concluir que, a la rescisión indemnizada de la actora aceptada por la empresa en julio de 2013 le es aplicable lo dispuesto en el Acuerdo de 3-1-2011, interpretado en el Acta de la Comisión de Seguimiento de 10-8-2011, y con vigencia prevista inicialmente hasta el 31-12-2013, y ahora prorrogada hasta el 30- 6-2017, ya que en el Acuerdo de 27-12-

2013 se acuerda mantener la vigencia de lo dispuesto en el Capítulo I apartado B.2 del Acuerdo Colectivo de 3-1-2011 (movilidad geográfica) hasta el 30-6-2017, y aunque este Acuerdo de 27-12-2013 es posterior a la extinción del contrato de la actora, elimina cualquier duda interpretativa respecto de la vigencia de lo pactado en la Comisión de Seguimiento del Acuerdo Laboral de 3-1-2011 en reunión de 10-8-2011, a la fecha de extinción indemnizada del contrato de la actora (entender lo contrario implicaría dejar sin derecho al acogimiento a la baja indemnizada a los trabajadores objeto de movilidad geográfica en el periodo entre julio-2013 y diciembre-2013). En consecuencia la decisión empresarial aquí impugnada supuso un incumplimiento de sus obligaciones contractuales, por lo que no se aprecia que la sentencia de instancia haya incurrido en la infracción denunciada, ya que en la misma se condena a las demandadas a indemnizar a la actora en la cuantía resultante de la diferencia entre la indemnización abonada por baja indemnizada y la cuantía que hubiese debido abonar de aplicar el Capítulo-apartado-B.3 del Acuerdo del año 2001, con la responsabilidad prevista en el art. 1101 del Código Civil, dado el derecho de la actora a acogerse a tal medida, el cumplimiento por su parte de todos los requisitos y el evidente perjuicio que le supuso el traslado de que fue objeto y que le llevo a aceptar la alternativa dada por la empresa de extinguir su contrato de trabajo y percibir una indemnización, con cuya cuantía no estuvo conforme;

2. En el presente caso el magistrado de instancia alega la falta de cumplimiento de los requisitos formales que condicionaban la aplicación de los acuerdos de 2011 a las extinciones derivadas de la no conformidad con los traslados acordados en el segundo expediente de reestructuración de plantilla y la referencia expresa de la trabajadora a su voluntad de extinguir el contrato con amparo en lo dispuesto en el artículo 40 del ET, para denegar el derecho indemnizatorio reclamado.

Sin embargo la interpretación que el pleno de la Sala hizo de los acuerdos de la comisión de seguimiento y de su aplicación a los trabajadores que afectados por una medida de traslado forzoso decidían hacer uso de la facultad de extinguir su contrato en este segundo proceso de reestructuración laboral, como ocurre en el caso de la recurrente determina la indemnización procedente en estos casos que además debe ser igual para todos los que se encontraban en la misma situación y no puede quedar condicionada a la expresión formal de la voluntad extintiva, sin que la referencia específica a los acuerdos de 2011 determine la aplicación o no de los mismos.

Debemos tener en cuenta que las extinciones derivadas de este segundo acuerdo se materializaron en un contexto de incertidumbre marcado por la impugnación colectiva de lo negociado y las distintas interpretaciones judiciales del alcance de lo acordado en esta materia en el seno de la comisión de seguimiento, por lo que una vez unificado el criterio judicial interpretativo este debe aplicarse de forma uniforme a todos los trabajadores que se encontraban en la misma situación. Por otro lado, y a pesar de lo sostenido por el juzgador, lo cierto es que de las comunicaciones mantenidas a efectos de materializar la extinción del contrato de trabajo por la empleadora y la trabajadora no se deduce que está última manifestase su voluntad o conformidad con la indemnización legal del artículo 40 del ET. Reclamando en todo

momento la indemnización que pudiera corresponder y expresamente su no conformidad con la indemnización abonada en el momento de la extinción.

Por último, entendemos que las alegaciones de la parte impugnante no desvirtúan esta interpretación, pues como ya puso de relieve el voto particular de la sentencia de pleno ahora aplicada, la concesión de las indemnizaciones previstas para las bajas incentivadas en el despido colectivo de 2011 a las extinciones por movilidad geográfica posteriores supone una modificación de la indemnización legal del artículo 40 y no queda condicionada a los mecanismos legales de aplicación del sistema de baja incentivada cuyo fin es atenuar la incidencia de los procesos de despido colectivo, por lo que no es necesario la adscripción y el consentimiento empresarial al que se refiere tanto la sentencia de instancia como la parte demandada.

Por lo tanto y de acuerdo con los principios de seguridad jurídica y equidad, procede revocar la sentencia de instancia y reconocer el derecho de la trabajadora a percibir la cuantía correspondiente a las diferencias indemnizatorias reclamadas

FALLO

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de DOÑA M.J.V.M y revocamos la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 1 de Valencia de 18 de mayo de 2016 y con estimación de la demanda iniciadora de las presentes actuaciones condenamos a L. SA, a pagar a la trabajadora la cantidad de 32.863,35 Euros.

2258

Sentencia núm. 1.693, de 22 de junio de 2017

Materia: Conflicto colectivo. Trabajadores que prestan sus servicios en empresa de saneamiento. Servicios a corretornos. Periodos de descanso y disfrute de vacaciones. Compensación domingos y días festivos trabajados por tiempo de descanso. Inaplicación del convenio de empresa. Conflicto de intereses frente a conflicto colectivo.

Juzgado: Desestima la demanda, absolviendo al demandado de las pretensiones efectuadas en su contra.

Sala: Desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia. No se deduce que los trabajadores afectados por el presente conflicto colectivo disfruten de menos días de vacaciones de las establecidas en el convenio colectivo. La sentencia no incurre en la infracción alegada sino en un conflicto de intereses que deberá resolverse vía negociación colectiva, quedando excluidos del presente conflicto colectivo.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se interpone recurso de suplicación por la representación letrada del Sindicato Único de Trabajadores Solidaridad Obrera, contra la sentencia que desestima su demanda instada contra Unión Temporal de Empresas Alicante, en materia de conflicto colectivo.

1. El recurso se formula en dos motivos, redactados al amparo del art. 193-c) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social. En el primero se denuncia la infracción del art. 30 del Convenio colectivo de la empresa UTE Alicante (BOP Alicante 26-6-14), alegando que no puede entenderse que las fiestas que coincidan con los periodos de vacaciones han de considerarse consumidas o confundidas, pues ello conllevaría que los trabajadores realizarían diferentes jornadas ordinarias anuales. Para los trabajadores a corretornos de lunes a domingo, descansan dos días a la semana, su jornada sería: jornada semanal 7,50x5=37,50 horas. 365-35 días de vacaciones: 330 días. $(330/7) \times 2=94$ descansos semanales y festivos. $330-94=236$ días. $236 \times 7,50=1770$ horas anuales de jornada ordinaria. Para el personal de lunes a sábado, descansan domingos y festivos, la jornada ordinaria anual sería: jornada semanal: $6,25 \times 6=37,50$ horas. 365-35 días de vacaciones: 330 días. $330/7=47$ descansos semanales. $330-47-14$ (festivos)=269 días (coincidente con el número de días efectivos de trabajo por el que se devenga el Plus de transporte ex art. 24 convenio). $269 \times 6,25=1681,25$ horas anuales de jornada ordinaria. Esta diferencia superior de jornada ordinaria anual, debida a la exclusión de los días festivos en los trabajadores con sistema de lunes a sábado, se compensa a los del servicio corretornos con abono del Plus festivos-art. 21 del convenio. Sin embargo a los de servicio de lunes a sábado les perjudica esta práctica, porque los festivos, que siempre descansan, coincidentes con vacaciones, no se compensan y se convierten en incremento de jornada a razón de 6 horas y 15 minutos cada festivo no compensado.

En el segundo motivo, se denuncia la infracción del art. 40.2 de la Constitución, art. 37.2 del Estatuto de los Trabajadores, art. 6.1 del Convenio nº 132 de la OIT, art. 26 del Convenio de UTE Alicante y art. 44 del Convenio general del sector de saneamiento público, limpieza viaria, riego, recogida, tratamiento y eliminación de residuos, limpieza y conservación de alcantarillado, que establece que los domingos y festivos trabajados por imperativo del servicio podrán compensarse con descansos.

2. Del relato fáctico de la sentencia se desprende que la jornada es de 37 horas y media semanales de forma continuada, con una jornada diaria para personal obrero de 6,15 horas para los trabajadores con jornada de lunes a sábado, con descanso los domingos y festivos. En los servicios de lunes a sábado, los trabajadores tienen descanso en domingo y festivos, y percibirán los pluses correspondientes por día efectivamente trabajado. Todo el personal disfrutará de 35 días naturales de vacaciones retribuidas. El periodo de vacaciones será de 21 días naturales en periodo de invierno, y 14 días naturales en verano. El comienzo de vacaciones no podrá coincidir con domingo o festivo. El personal con descanso a corretornos lo iniciará fuera de los días de descanso compensatorios. Los trabajadores con jornada de lunes a sábado con descanso en domingo y festivos, disfrutan de 35 días naturales de vacaciones, y sus calendarios de vacaciones se vienen estableciendo de modo que sí en los periodos de vacaciones existen días festivos, estos no se disfrutan aparte y cuentan como días de vacaciones.

De lo expuesto no se deduce que los trabajadores afectados por el presente conflicto colectivo disfruten de menos días de vacaciones de las establecidas en el convenio colectivo, pactado en 35 días “naturales”, por lo que la sentencia no incurre en la infracción alegada, debiéndose tener en cuenta que lo planteado por la parte actora, más que un conflicto jurídico, es un conflicto de intereses, de modo que si el sindicato demandante considera que debe reivindicar el derecho planteado, lo que debe hacer es procurar tal reconocimiento en la próxima negociación colectiva, pues los conflictos de intereses quedan excluidos del presente procedimiento de conflicto colectivo y en general de la posibilidad de ser resueltos en el ámbito jurisdiccional, en cuanto este va dirigido a interpretar y aplicar normas ya existentes y no a crearlas para resolver conflictos que debe solucionar las partes por otras vías mediante la utilización de los instrumentos que la ley pone a su disposición.

FALLO

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada del SINDICATO X., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº. 7 de los de Alicante, de fecha 24 de enero de 2017; y, en consecuencia, confirmamos la resolución recurrida.

Sin costas.

2259

Sentencia núm. 1.714, de 23 de mayo de 2017

Materia: Extinción de contrato de trabajo. Trabajadora que presta sus servicios en corporación local como personal laboral con categoría de auxiliar administrativo con contrato indefinido. Solicitud excedencia voluntaria y prórroga de excedencia por parte de la trabajadora. Una vez finalizada la misma, solicita reincorporación y derecho al mismo puesto de trabajo. Derecho expectante del excedente voluntario. Procedencia.

Juzgado: Desestima la demanda de despido absolviendo al ayuntamiento demandado de los pedimentos de la demanda. No queda acreditado el despido de la demandante.

Sala: Desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia. La empresa no viene obligada a reservar el puesto de trabajo en caso de excedencia voluntaria por lo que la trabajadora solo accederá al mismo si se encuentra vacante en el momento de su incorporación. No queda acreditado la producción del despido alegado por la actora.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. El recurso interpuesto, que ha sido impugnado en nombre del Ayuntamiento demandado, se estructura en dos motivos. El primero se formula al amparo del artículo 193.b) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LJS), a los fines siguientes: A) Se modifique el hecho probado segundo otorgándole esta redacción: “SEGUNDO.-La actora en fecha 4 de mayo de 2005 solicitó al Ayuntamiento de N. excedencia voluntaria a partir del 1 de junio de 2005 y por un periodo de dos años siéndole concedida por el Ayuntamiento en Resolución de fecha 19 de mayo de 2005 (doc. nº 3 de la demandada). En fecha 27 de abril de 2007 la Sra. A. solicita prórroga de la excedencia por un periodo de seis meses, así como la reincorporación a su puesto de trabajo al finalizar dicha prórroga. En resolución de 5 de junio de 2007 se concede esa prórroga por el Ayuntamiento desde el 6 de junio de 2007.”. B) Se modifique el hecho probado tercero otorgándole esta redacción: “**TERCERO.-**El día 29 de mayo de 2015 la actora solicitó al Ayuntamiento la reincorporación a su puesto de trabajo, una vez finalizada la excedencia, siendo contestada la solicitud por el Ayuntamiento de N. en Resolución de fecha 12 de junio de 2015 en la que acepta la reincorporación y procede al reingreso como personal laboral indefinido en un puesto de trabajo de la misma categoría en el área de servicios económicos, subárea de tesorería (doc. nº 9) con efectos desde el 12 de junio de 2015 y retribuciones de categoría de auxiliar administrativo. El 11 de julio de 2007 se dicta Decreto de la Alcaldía por el que se nombra a la actora como personal eventual en el puesto de secretaria del Alcalde (bloque documental 5 de la actora) creando expresamente puesto. Por resolución de 9 de junio de 2011 se le cesa y el 24 de junio de 2011 vuelve a ser nombrada en este puesto (docs. 34 y 36 del bloque 5). En fecha 14/07/2015 el

sindicato CCOO interpone recurso de reposición contra la resolución de fecha 12 de junio de 2015, que fue estimado en resolución de 10 de febrero de 2016 con el siguiente contenido: Aceptar la solicitud de reingreso de la Sra. A.G., dejar en reserva la reincorporación de la Sra. A.G. hasta que exista un puesto vacante conforme al que ocupaba en el momento de la concesión de la excedencia voluntaria, todo ello salvo que quedan amortizadas las plazas o provistas conforme al procedimiento legal establecido para los empleados públicos, conforme a los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad (doc. 12). **La Sra. A. prestó sus servicios como auxiliar administrativo para el Ayuntamiento de N. durante el período transcurrido entre el 12 de junio de 2015 (fecha en que el Ayuntamiento de N. ordenó su reingreso con dicha categoría) y el 15 de febrero de 2016 (fecha en que se notificó a la actora la resolución de 10 de febrero de 2016, por la que se deja en reserva su reincorporación)**. Se modifique el hecho probado cuarto indicando: “**CUARTO.-**En fecha 26 de julio de 2004 el Ayuntamiento dicta resolución por la que se contrata a D^a M.C.T. en contrato eventual por circunstancias de la producción como auxiliar administrativo en el Ayuntamiento para refuerzo de Personal desde el 27/07/2004 al 26/09/2004 (doc. nº 18 de la demandada). El Ayuntamiento vuelve a contratar a la Sra. C. el 5 de julio de 2005 (doc. 19) y el 8 de septiembre de 2005 dicta resolución en la que contrata a la Sra. C. en modalidad de contrato de interinidad de duración determinada a tiempo completo para sustituir a la Sra. A.G. (doc. nº 20). La Relación de Puestos de Trabajo del año 2015 contiene una plaza de funcionario auxiliar administrativo (152) y una plaza de auxiliar-secretaria OC (152 bis) en personal laboral fijo (doc. nº 29 de la demandada), especificándose en la ficha de descripción del puesto 152 bis, apartado relativo a la titular del puesto: “Adscripción provisional M.C.T. (contrato de interinidad por sustitución de M.C.A.G.)”.

2. Ninguna de las revisiones propuestas debe prosperar por las razones respectivas siguientes: A) La primera porque en el documento en que se fundamenta la revisión no consta el tiempo de prórroga de la excedencia, al indicar textualmente “se prorrogue en su caso, el período de excedencia voluntaria”, ni tampoco que se solicitara la reincorporación al finalizar la prórroga de la excedencia, pues como 2^a parte de la solicitud, señalaba literalmente: “La incorporación a mi puesto de trabajo al finalizar la prórroga de la excedencia, en el caso de que proceda, o bien el reingreso al término de la excedencia inicialmente concedida”. B) La segunda porque el recurso de reposición interpuesto, como acto de parte que es, no lo consideramos idóneo para la revisión, y tampoco el informe de vida laboral que refiere y las nóminas que señala, en cuanto el informe de la TGSS alude a datos de Seguridad Social, que no tienen por qué coincidir exactamente con los datos laborales de carácter sustantivo, y de las hojas de salarios que refiere únicamente se podría deducir la percepción de las cantidades consignadas en las mismas, pero no el resto de datos que pretende se incluyan en ese hecho probado. C) La tercera porque no consta la adición que postula en los documentos 168 y 169 en el bloque de documento nº 10, en que se apoya la revisión propuesta.

SEGUNDO.- 1. El siguiente y último motivo de recurso se formula al amparo del artículo 193.c) de la LJS denunciando “infracción de lo establecido en el artículo 46.5 del ET, en relación con la inaplicación de lo dispuesto en el artículo 56 del ET”.

Argumenta en síntesis, criticando la fundamentación de la sentencia de instancia, que el Ayuntamiento aceptó la petición de reincorporación de la actora en resolución de 12 de junio de 2015, manteniéndose en su puesto de auxiliar administrativo durante casi ocho meses hasta que el Ayuntamiento cambió de parecer en resolución de 10 de febrero de 2016, decidiendo “mantener a la trabajadora en reserva”, que la actora ya había solicitado su reincorporación en 27 de abril de 2007, mientras aún estaba disfrutando del primer período de excedencia, no habiendo discutido el Ayuntamiento la extemporaneidad de la solicitud de reingreso en ninguna de las dos ocasiones en las que aceptó la reincorporación de la actora, existiendo vacante para su reincorporación, ya que doña M.C. fue contratada para sustituir a la actora y “en la Relación de Puestos de Trabajo del año 2015 aparece una plaza de auxiliar-secretaria OC (152 bis) en personal laboral fijo; plaza ésta que estaba siendo ocupada provisionalmente por la Sra. C. como trabajadora contratada para sustituir a Dña. M^a.C.A.”, por lo que la decisión del Ayuntamiento de cesar a la actora en su puesto de trabajo, después de haberla admitido y ordenado su reincorporación en los términos que entendió oportunos, constituye un despido que debe ser calificado de improcedente, máxime si se apreciara que la actuación del Ayuntamiento materializada en la resolución de 12 de junio de 2015 no fuera conforme a derecho, pues no cabría responsabilizar a la trabajadora del supuesto error cometido, y cesar a la trabajadora después de 8 meses de trabajo efectivo constituiría también un despido improcedente.

2. Como directamente se deduce de la doctrina jurisprudencial contenida en las sentencias del Tribunal Supremo de 25-10-2000 (R.3606/1998) y 19-1-2007 (R.4493/2005), entre otras, que niegan el derecho del trabajador en situación de excedencia voluntaria, a las indemnizaciones entonces previstas en caso de extinción de las relaciones laborales en la empresa, al ostentar simplemente una mera expectativa de derecho al reingreso, “la situación del excedente voluntario es la de quien en su propio interés se ha separado de la empresa y a quien nuestro derecho, por tal razón, no le reconoce el derecho a reingresar en la empresa cuando transcurra el período de excedencia sino tan solo la expectativa de poder ser readmitido y sólo en el supuesto de que la empresa en el momento de la solicitud tuviera puestos de igual o similar categoría -art. 46 ET-. En esta situación se considera que dicho trabajador en realidad no pierde su puesto de trabajo cuando la empresa extingue las relaciones laborales con sus trabajadores por cualquiera de las causas que justifican el despido colectivo conforme a lo previsto en el art. 51 del ET, sino aquella expectativa en nada equivalente a un puesto de trabajo que es lo que el precepto precitado quiere indemnizar”. Desde esta perspectiva, debemos partir de que cuando el trabajador está en situación de excedencia voluntaria, salvo que la norma o convenio de aplicación diga otra cosa, solo tiene una expectativa de derecho.

3. Del inalterado relato histórico de la sentencia de instancia y datos de hecho contenidos en su fundamentación jurídica destacamos: A) D^a M^a.C.A.G. vino prestando servicios para el Ayuntamiento de N. como personal laboral con categoría de auxiliar administrativo, y con antigüedad desde el 3/06/1994. B) La actora en fecha 4 de mayo de 2005 solicitó al Ayuntamiento de N. excedencia voluntaria a partir del 1 de junio de 2005 y por un periodo de dos años siéndole concedida por el Ayuntamiento en

Resolución de fecha 19 de mayo de 2005. En fecha 27 de abril de 2007 la Sra. A. solicita prórroga de la excedencia por un periodo de seis meses. En resolución de 5 de junio de 2007 se concede esa prórroga por el Ayuntamiento desde el 6 de junio de 2007 (doc. 7). C) El día 29 de mayo de 2015 la actora solicitó al Ayuntamiento la reincorporación a su puesto de trabajo, una vez finalizada la excedencia, siendo contestada la solicitud por el Ayuntamiento de N. en Resolución de fecha 12 de junio de 2015 en la que acepta la reincorporación y procede al reingreso como personal laboral indefinido en un puesto de trabajo de la misma categoría en el área de servicios económicos, subárea de tesorería (doc. nº 9) con efectos desde el 12 de junio de 2015 y retribuciones de categoría de auxiliar administrativo. El 11 de julio de 2007 se dicta Decreto de la Alcaldía por el que se nombra a la actora como personal eventual en el puesto de secretaria del Alcalde (bloque documental 5 de la actora) creando expresamente puesto. Por resolución de 9 de junio de 2011 se le cesa y el 24 de junio de 2011 vuelve a ser nombrada en este puesto (docs. 34 y 36 del bloque 5). En fecha 14/07/2015 el sindicato CCOO interpone recurso de reposición contra la resolución, que fue estimado en resolución de 10 de febrero de 2016 con el siguiente contenido: Aceptar la solicitud de reingreso de la Sra. A.G. dejar en reserva la reincorporación de la Sra. A.G. hasta que exista un puesto vacante conforme al que ocupaba en el momento de la concesión de la excedencia voluntaria, todo ello salvo que queden amortizadas las plazas o provistas conforme al procedimiento legal establecido para los empleados públicos, conforme a los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad (doc. 12). D) En fecha 26 de julio de 2004 el Ayuntamiento dicta resolución por la que se contrata a D^a M.C.T. en contrato eventual por circunstancias de la producción como auxiliar administrativo en el Ayuntamiento para refuerzo de Personal desde el 27/07/2004 al 26/09/2004 (doc. nº 18 de la demandada). El Ayuntamiento vuelve a contratar a la Sra. C. el 5 de julio de 2005 (doc. 19) y el 8 de septiembre de 2005 dicta resolución en la que contrata a la Sra. C. en modalidad de contrato de interinidad de duración determinada a tiempo completo para sustituir a la Sra. A.G. (doc. nº 20). La Relación de Puestos de Trabajo del año 2015 contiene una plaza de funcionario auxiliar administrativo (152) y una plaza de auxiliar-secretaria OC (152 bis) en personal laboral fijo.

4. Con tales antecedentes consideramos que el motivo debe ser desestimado, por inexistencia del despido por el que se acciona, ya que el Ayuntamiento demandado siempre reconoció a la actora en situación de excedencia voluntaria con derecho al reingreso cuando se produjera vacante en legal forma, y ello pese al transcurso de casi ocho años, desde la finalización del plazo total de concesión de la excedencia voluntaria, durante los cuales se nombró a la actora como personal eventual en el puesto de secretaria del Alcalde creando expresamente el puesto, cesando el 9 de junio de 2011 y volviendo a ser nombrada el 24 de junio de 2011, solicitando el día 29 de mayo de 2015 al Ayuntamiento la reincorporación a su puesto de trabajo, una vez finalizada la excedencia, siendo contestada la solicitud por el Ayuntamiento de N. en Resolución de fecha 12 de junio de 2015 en la que acepta la reincorporación y procede al reingreso como personal laboral indefinido en un puesto de trabajo de la misma categoría en el área de servicios económicos, subárea de tesorería con efectos desde el 12 de junio de 2015 y retribuciones de categoría de auxiliar administrativo, no obstante, habiendo interpuesto el sindicato CCOO recurso de reposición contra esa

resolución en fecha 14/07/2015, recurso que fue estimado por resolución de 10 de febrero de 2016 con el siguiente contenido: Aceptar la solicitud de reingreso de la Sra. A.G., dejar en reserva la reincorporación de la Sra. A.G. hasta que exista un puesto vacante conforme al que ocupaba en el momento de la concesión de la excedencia voluntaria, todo ello salvo que queden amortizadas las plazas o provistas conforme al procedimiento legal establecido para los empleados públicos, conforme a los principio de igualdad, mérito, capacidad y publicidad.

5. Nos encontramos con que pese a los avatares indicados, la actora se benefició de la actuación del Ayuntamiento demandado que siempre aceptó la pervivencia de la relación laboral, dándole ocupación durante un largo período de tiempo, pese a las dificultades legales existentes, por lo que aceptamos la solución de la sentencia de instancia, en tanto en cuanto desestima la acción de despido, que siempre implica una decisión extintiva del contrato de trabajo por voluntad unilateral del empleador, decisión aquí inexistente como se ha dicho, de acuerdo con la doctrina jurisprudencial mencionada en la resolución recurrida acerca de que **“el reingreso desde la excedencia nunca es automático sino previa petición del trabajador excedente** que no tiene obligación alguna de reingresar” y que como recuerda “la STS/IV 15-junio-2011 (rcud 2658/2010) en doctrina ya unificada por esta Sala Cuarta del Tribunal Supremo, entre otras, en las sentencias de 14-febrero-2006 (rcud 4799/2004) y 21-enero-2010 (rcud 1500/2009) que, matizando tesis anterior (22-enero-1987 y 16-marzo-1987), en síntesis, sostiene que "el derecho potencial o expectante del trabajador en excedencia voluntaria sólo puede ejercerse de manera inmediata cuando su mismo puesto de trabajo, u otro similar o equivalente, se encuentre disponible en la empresa, y ello no ocurre cuando la plaza del trabajador excedente voluntario fue cubierta con una nueva contratación.

6. Subrayando “la STS/IV 21-enero-2010 (rcud 1500/2009), con cita de la STS/IV 14-febrero-2006 (rcud 4799/2004), interpretando el art. 46.5 ET, a cuyo tenor "el trabajador excedente (se sobreentiende: en excedencia voluntaria común) conserva sólo un derecho preferente al reingreso en las vacantes de igual o similar categoría a la suya que hubiera o se produjeran en la empresa", que: **a)** "La jurisprudencia de esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo ha entendido que este derecho preferente al reingreso del trabajador en excedencia voluntaria común es un derecho potencial o expectante, condicionado a la existencia de vacante en la empresa, y no un derecho incondicional, ejercitable de manera inmediata en el momento en que el trabajador excedente exprese su voluntad de reingreso (s. de 18-7-1986). En este punto se diferencian las regulaciones legales de la excedencia voluntaria común de un lado, y de la suspensión del contrato de trabajo y las excedencias forzosas o especiales de otro, situaciones estas últimas caracterizadas por la conservación del puesto de trabajo por parte del trabajador (STS 25-10-2000, rcud 3606/1998)". **b)** "El tratamiento legal diferenciado entre la excedencia voluntaria común y las restantes vicisitudes del contrato de trabajo mencionadas, encuentra justificación en la distinta valoración que merecen los intereses en juego en una y otras situaciones. Mientras en la suspensión y en las excedencias forzosas o especiales concurren causas específicas y cualificadas de impedimento, incompatibilidad o dificultad de trabajar, el interés que está en la base de la situación de excedencia

voluntaria común es genéricamente el interés personal o profesional del trabajador excedente voluntario muy digno de consideración, pero que, de acuerdo con el criterio del legislador, no justifica conservar para él un puesto de trabajo, a costa de la estabilidad en el empleo del trabajador que lo sustituya o del propio interés de la empresa (STS 25-10-2000 rcud 3606/1998) ". **c) " Esta posición de la STS 25-10-2000, que refleja los criterios de flexibilidad laboral y adaptabilidad de la organización de trabajo acogidos en nuestro ordenamiento especialmente a partir de la Ley 11/1994, matiza declaraciones precedentes de esta Sala del Tribunal Supremo (ss. de 22-1-1987 y 16-3-1987) sobre el alcance del derecho de reingreso del excedente voluntario y sobre la calificación como vacantes de las plazas desempeñadas antes de la excedencia. De todas maneras, las decisiones adoptadas en las sentencias citadas resolvieron supuestos litigiosos distintos del actual, en los que se había producido bien una negativa empresarial clara y terminante a la reincorporación, o bien la amortización de un número elevado de vacantes no ajustada a las normas sobre despido colectivo vigentes a la sazón". **d) "Si la excedencia voluntaria común no comporta para el empresario el deber de reservar al trabajador excedente el puesto de trabajo desempeñado con anterioridad a ello, quiere decir que el empresario puede disponer de la plaza vacante, bien contratando a otro trabajador para el desempeño de la misma, bien reordenando los cometidos laborales que la integran, bien incluso procediendo a la amortización de la misma. Ello significa, desde el punto de vista del trabajador, que el derecho expectante del excedente voluntario común sólo puede ejercerse de manera inmediata cuando el mismo puesto de trabajo u otro similar o equivalente se encuentra disponible en la empresa". e) "... al no venir obligada la empresa por la ley a la reserva de la plaza, es evidente que su decisión de disponer de la vacante producida por la excedencia del actor en la forma expresada, ha de considerarse ejercicio lícito, correcto y no abusivo de sus facultades de organización y dirección del trabajo".****

7. De ahí que por mucho que la contratación de doña M.C.T tuviera lugar en un principio mediante un contrato de trabajo temporal de interinidad para sustituir a la actora, es lo cierto que careciendo la demandante de derecho a reserva de puesto de trabajo no podían ser contratados los servicios de otro trabajador para sustituirla, dada la doctrina jurisprudencial que se resumió en el apartado 2 de este fundamento jurídico, siendo la contratación ulterior de esa trabajadora como indefinida conforme a derecho, no existiendo en definitiva vacante alguna en el momento de solicitud de reingreso en junio de 2015, después del transcurso de tan dilatado período de tiempo desde la finalización del período total para el que la excedencia se otorgó.

TERCERO.- Corolario de todo lo razonado será la desestimación del recurso interpuesto y confirmación de la sentencia de instancia, ya que, habiéndose ejercitado la acción de despido, no habiéndose acreditado la producción del mismo, se impone declararlo así. Sin costas dado el derecho de la actora a la asistencia jurídica gratuita (artículo 235.1 de la LIS).

FALLO

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de doña M^a C.A.G. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 4 de los de Castellón el día 21 de julio de 2016 en proceso de despido seguido a su instancia contra el AYUNTAMIENTO DE N. y confirmamos la aludida sentencia por inexistencia de despido. Sin costas.

2260

Sentencia núm. 1.725, de 27 de junio de 2017

Materia: Invalidez. Trabajadora que presta servicios como cajera-reponedora en una gran superficie. Accidente de trabajo. Incapacidad temporal. Lesiones permanente no invalidantes. Tras incorporación la empresa propone despido objetivo por mermas en el rendimiento de trabajo, que es denegado. La actora solicita declaración de invalidez permanente total para ejercicio de su profesión habitual. Reducciones anatómicas y funcionales que impiden el normal desarrollo de su actividad.

Juzgado: Desestima la demanda absolviendo a los demandados de la reclamación de que son objeto en la misma. No procede la declaración de invalidez solicitada por la actora.

Sala: Estima en parte el recurso declarando a la trabajadora afecta de una incapacidad permanente parcial para el ejercicio de su profesión habitual derivada de accidente de trabajo. Se condena a la mutua al pago de indemnización y subsidiariamente al INSS.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- D^a. J.M.F. interpone en su día demanda contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, la MUTUA X. y la empresa XX. SAU, solicitando que se le declare afecta de una incapacidad permanente Total para su profesión habitual y derivada de accidente de trabajo.

La sentencia de instancia desestima la demanda y frente a dicho pronunciamiento se alza la parte actora recurriéndolo en suplicación solicitando se declare a la trabajadora en situación de incapacidad permanente total para su profesión habitual. La Mutua demandada y la empresa por su parte impugnaron el recurso.

Como cuestión previa debemos pronunciarnos sobre la admisión del documento que se aporta por la parte recurrente junto con su escrito de recurso, así el informe pericial emitido a su instancia, a cuya admisión se ha opuesto la Mutua X. en su escrito de impugnación. Indica al efecto el Auto del Tribunal Supremo de fecha 07 de mayo de 2014 (ROJ: ATS 4164/2014): "El art. 233 .1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS), dentro de las Disposiciones Comunes a los Recursos de Suplicación y Casación, establece que "la Sala no admitirá a las partes documento alguno ni alegaciones de hechos que no resulten de los autos. No obstante, si alguna de las partes presentara alguna sentencia o resolución judicial o administrativa firmes o documentos decisivos para la resolución del recurso que no hubiera podido aportar anteriormente al proceso por causas que no le fueran imputables, y en general cuando en todo caso pudiera darse lugar a posterior recurso de revisión por tal motivo o fuera

necesario para evitar la vulneración de un derecho fundamental, la Sala oída la parte contraria dentro del plazo de tres días, dispondrá en los dos siguientes lo que proceda, mediante auto contra el que no cabrá recurso de reposición..." con ello concuerda el art. 271 de la Ley de Enjuiciamiento Civil vigente (Lec) que, después de establecer la misma prohibición sobre admisión de documentos después de la vista o juicio, añade: "Se exceptúan de lo dispuesto en el apartado anterior, las sentencias o resoluciones judiciales o de autoridad administrativa, dictadas o rectificadas en fecha no anterior al momento de formular las conclusiones, siempre que pudieran resultar condicionantes o decisivas para resolver en primera instancia o en cualquier recurso.....". De lo anterior se desprende que los únicos documentos que podrán ser admitidos en estas circunstancias son las sentencias y las resoluciones judiciales o administrativas firmes, así como otros documentos, pero siempre que unas y otros resulten condicionantes o decisivas para resolver la cuestión planteada en la instancia o en el recurso, y además que no se hubiesen podido aportar anteriormente al proceso por causas que no le fueran imputables a la parte que lo pretende."

En el presente supuesto se aporta por el recurrente un informe pericial emitido precisamente para interponer el recurso de suplicación pues se suscribe en fecha posterior a la fecha de la Sentencia recurrida y ello cuando además consta que la parte actora ya aportó un informe del mismo perito que fue valorado por el Juzgador a quo dando un mayor valor al informe del EVI y al de la Mutua. Tal documento debió emitirse para el acto de juicio como así se hizo en caso del informe aportado a dicho acto y no se justifica la emisión del nuevo informe aportado pues no existe justificación alguna para que el mismo no fuera aportado en su momento, tratando tal informe de combatir los otros informes aportados por las demandadas y así de reflejar unas nuevas valoraciones para alterar la valoración del Juzgador a quo. No reúne el documento aportado los requisitos precisos para que pueda ser admitido y debe por ello teniendo en cuenta el carácter excepcional de la admisión de la documental en este trámite procesal y los supuestos tasados en los que cabe devolverse a la parte recurrente.

SEGUNDO.- Interesa en primer lugar la parte actora la revisión de los hechos probados al amparo del artículo 193 b) LRJS. Respecto a la revisión de hechos probados, constituye criterio jurisprudencial constante reflejado en la sentencia del Tribunal Supremo de 18/1/2011 (RJ 2011, 2431) (recurso 98/09) y las en ella citadas (como la de 11/10/2007 y 5/11/2008) que para que pueda apreciarse error en la valoración de la prueba han de concurrir los requisitos siguientes:

1).- Que se concrete con precisión cuál sea el hecho afirmado, negado u omitido que se entiende equivocado, contrario a los acreditados o que conste con evidencia y no se haya incorporado al relato histórico (S.T.S 24/5/2000). 2).- Se ofrezca un texto alternativo concreto a figurar en la narración censurada de errónea, bien sustituyendo a alguno de sus puntos, ya completándolos, sin contener al efecto valoraciones o conclusiones de carácter jurídico. 3).- Se citen de forma precisa y concreta, los documentos o pericias de los que se estime se desprende la equivocación del juzgador, sin que sea viable admitir su invocación genérica ni plantearse revisión de cuestiones fácticas no discutidas a lo largo del proceso. 4).- Que esos documentos o pericias

pongan de manifiesto el error de manera clara, evidente, directa y patente y, de forma incuestionable, sin necesidad de acudir a conjeturas, suposiciones o a argumentaciones más o menos lógicas, naturales y razonables, sin que en ningún caso coexistan documentos o pericias que presenten conclusiones plurales o contradictorias. 5).- Que la revisión pretendida sea trascendente a la parte dispositiva de la sentencia, con efectos modificadores de ésta, y con clara influencia en la variación del signo del pronunciamiento, pues en otro caso resultaría inútil la modificación y por el principio de economía procesal debe impedirse la incorporación de hechos cuya inclusión no conduzca a nada práctico por no resultar suficientes para cambiar la resolución del litigio aunque deben tomarse en consideración todas las diferentes soluciones que con respecto al fondo del asunto se puedan adoptar, y con el fin de no incurrir en la denominada incongruencia omisiva (Sentencia del Tribunal Supremo de 17/7/00). Así, es necesario que lo pretendido por el recurrente no quede desvirtuado por otras probanzas que hayan podido ser consideradas por el juzgador/a de instancia, y de las que no quepa deducir una interpretación distinta a aquella que obtiene la parte, ya que, ante posibles contradicciones debe prevalecer el criterio del órgano jurisdiccional, que actúa de manera imparcial y objetiva frente al interés de una parte, correspondiendo al juzgador/a la facultad privativa sobre la valoración de todas las pruebas aportadas al proceso, de acuerdo con el artículo 97.2 de la Ley de procedimiento laboral (S.T.S. 18/11/1999) y en iguales términos a lo instituido en el mismo precepto de la vigente Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, concediéndose al órgano jurisdiccional de instancia una amplia libertad para apreciar las pericias y los documentos probatorios. Sin la concurrencia conjunta de todos y cada uno de los requisitos expuestos, no puede prosperar la revisión fáctica propuesta.

Partiendo de tales premisas la primera revisión que insta la parte actora es en relación al hecho probado séptimo respecto del cual realiza una serie de alegaciones sobre lo que consta en el documento 2 de la empresa, pero no propone un texto alternativo señalando cómo debe quedar redactado tal hecho probado, siendo así que el mismo ya recoge que el informe de la Sociedad de prevención señala que debe evitar el manejo manual de cargas y movimientos repetitivos de miembro superior derecho. Además tal hecho probado se remite al documento 2 de la empresa de manera que debe estarse al contenido del mismo sin que sea preciso reflejar de forma concreta algún aspecto del mismo y así los que pretende la parte actora.

La segunda revisión propuesta por la actora se refiere al hecho probado octavo a fin de que se recoja que “la actora fue despedida de su puesto de trabajo por despido objetivo comunicado el 22-1-14 por ineptitud profesional sobrevenida como consecuencia del accidente de trabajo y las mermas en su hombro y brazo dominante (el derecho) que le impiden las tareas fundamentales de su profesión habitual”, y a continuación el resto del contenido de tal hecho probado. Dado que en tal hecho probado octavo ya se recoge que la actora fue despedida por ineptitud profesional a la vista de los problemas de movimiento del brazo derecho que indicaba le impedían la realización de las tareas asignadas, y eso es lo que viene a pretender la parte actora que se recoja, carece de trascendencia alguna la revisión interesada y debe mantenerse inalterado tal hecho probado que recoge la realidad de los hechos acaecidos.

En cuanto a los hechos probados nueve y diez, la parte recurrente se limita a realizar alegaciones sobre el informe en el que se fundan los mismos, alegando un error en la valoración de la prueba señalando que las pruebas en las que se funda el mismo son incompletas y que no se ha valorado adecuadamente su informe pericial. De este modo no indica la recurrente si lo que quiere es suprimir tales hechos probados o bien si trata de revisarlos modificando su redactado o adicionando algún texto y lo que quiere es que se lleve a cabo por la Sala una nueva valoración de la prueba cuando ya se ha señalado que tal valoración es una facultad exclusiva del Juzgador a quo y sólo en el caso de apreciarse un error claro y patente en tal valoración que en este caso no se acredita sino que responde a la aplicación de las reglas de la sana crítica, puede accederse a la revisión pretendida. No podemos por ello tampoco acceder a esta revisión.

Interesa además la recurrente que el segundo párrafo del hecho probado once quede redactado de la siguiente forma; “La valoración del informe de biomecánica aportado y mencionado por el INSS en la vista oral, documenta una restricción del hombro derecho superior al 58%, es de destacar que no se ha realizado ninguna prueba que documento el peso en flexión (es decir, lo que puede elevar de frente con el brazo derecho), tampoco el arrastre ni los movimientos repetitivos. Se ha limitado a la abducción o sea de lado subiendo el brazo extendido en forma de ala de avión derecha. Tampoco se ha valorado el peso que puede subir con los dos brazos, ni siquiera si le es posible hacerlo.” El hecho probado once lo que hace es dar por reproducido el documento 1, informe pericial de la Mutua y hacer constar las conclusiones del mismo, y como lo que indica tal hecho probado coincide con tales conclusiones de tal informe pericial, no puede accederse a la revisión pretendida que lo que hace es argumentar la falta de veracidad del informe pericial y que el mismo es incompleto pero sin señalar la prueba documental o pericial en la que se funda para ello. Además, no pueden reflejarse las apreciaciones subjetivas que interesa la parte actora pues el segundo párrafo de tal hecho probado es fiel reflejo de las conclusiones del informe pericial y como el hecho probado lo que hace es remitirse al mismo y destacar las conclusiones no cabe consignar unas conclusiones diferentes fundadas en las apreciaciones y consideraciones subjetivas de la parte recurrente. No se accede así a lo interesado.

Finalmente, la parte recurrente interesa que se adicione un nuevo hecho probado trece en el que se recoja el contenido íntegro del informe pericial que se aporta junto con el escrito de recurso que ha sido emitido por el mismo perito que en su día emitió el aportado por la actora al acto de juicio pero actualizado a la fecha de interposición del escrito de recurso. Tal documento en el que se funda la parte recurrente para que se proceda a la adición interesada, como se recoge en el primer fundamento de esta resolución, no ha sido admitido por la Sala y por ello no puede reflejarse el contenido de un documento no obrante en autos. En todo caso pese al contenido de tal informe pericial, el Magistrado de Instancia ha elegido con arreglo a las reglas de la sana crítica para fijar las secuelas y limitaciones del actor, el informe emitido por la Mutua y por el EVI frente al informe de parte emitido a instancias de la parte actora y como en tal elección no se aprecia error alguno cometido por el juzgador a quo que en virtud del principio de inmediación que preside el acto de juicio

oral es el que tiene encomendada la valoración de la prueba practicada para fijar los hechos que resultan probados, no puede sustituirse el criterio objetivo en cuanto a la fijación de tales secuelas y limitaciones del Juzgador a quo por las más subjetivo e interesado de la parte, y debe desestimarse la adición interesada.

CUARTO.- Formula la parte recurrente un segundo motivo con amparo procesal en el artículo 193.b) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción social (debemos entender que menciona ese apartado por error y que se refiere el apartado c)) denunciando la infracción de los artículos 136 y 137-4 LGSS, considerando que ha quedado acreditado que la trabajadora no puede realizar los trabajos propios de su profesión habitual o que al menos se produce una disminución muy significativa en la misma.

De los preceptos invocados y tal y como viene a sostener la Jurisprudencia, tres son, las notas características que definen el concepto legal de la incapacidad permanente: 1) Que las reducciones anatómicas o funcionales sean objetivables ("susceptibles de determinación objetiva"), es decir, que se puedan constatar médicamente de forma indudable, no basándose en la mera manifestación subjetiva del interesado. 2) Que sean "previsiblemente definitivas", esto es, incurables, irreversibles; siendo suficiente una previsión seria de irreversibilidad para fijar el concepto de invalidez permanente, ya que, al no ser la Medicina una ciencia exacta, sino fundamentalmente empírica, resulta difícil la absoluta certeza del pronóstico, que no puede emitirse sino en términos de probabilidad. Y 3) que las reducciones sean graves, desde la perspectiva de su incidencia laboral, hasta el punto de "que disminuyan o anulen su capacidad laboral" en una escala gradual que va desde el mínimo de un 33% de disminución en su rendimiento normal para su profesión habitual –incapacidad permanente parcial–, o la que impide la realización de todas o las fundamentales tareas de la misma –incapacidad permanente total–, hasta la abolición de la capacidad del rendimiento normal para cualquier profesión u oficio que el mercado laboral pudiera ofrecer –incapacidad permanente absoluta.

Por su parte, el artículo 137.1 a) incluye entre los grados de la incapacidad permanente el de la incapacidad permanente parcial para la profesión habitual, que es definido en el artículo 137.3 diciendo que «Se entenderá por incapacidad permanente parcial para la profesión habitual la que, sin alcanzar el grado de total, ocasione al trabajador una disminución no inferior al 33 por 100 en su rendimiento normal para dicha profesión, sin impedirle la realización de las tareas fundamentales de la misma». En consecuencia, puesto que se trata de un grado de incapacidad profesional, para su declaración es preciso realizar un riguroso análisis comparativo de dos términos fácticos: el de las limitaciones funcionales y orgánicas que producen al trabajador las lesiones que padece y el de los requerimientos físico-psíquicos de su profesión habitual.

De este modo, en el ámbito de la evaluación y declaración de los grados de incapacidad permanente total y parcial, las tareas fundamentales de una profesión deben determinarse con criterio cualitativo más que con criterio cuantitativo, de manera que las tareas que resulten impedidas (incapacidad permanente total), o dificultada en su realización en el treinta y tres por ciento o más de su rendimiento

(incapacidad permanente parcial), sean las más relevantes, no tanto desde el punto de vista de su duración a lo largo de la jornada, sino por constituir la esencia o núcleo de su prestación laboral. También viene señalando la Jurisprudencia que la incapacidad permanente total y la parcial se predicen de la profesión habitual y no del puesto de trabajo concreto que se desempeñe en una empresa.

Pues bien, en el caso de autos del relato fáctico de la Sentencia se desprende por un lado que la demandante fue declarada por el servicio de prevención de X., “apta con restricciones” para su puesto de trabajo, objetivándose las restricciones en la manipulación de cargas, y movimientos repetitivos, debiendo evitar el manejo manual de cargas, movimientos repetitivos de miembro superior derecho y tareas que implicaran presión manual con la mano derecha, elevación y rotación de miembro superior derecho. Las secuelas que presenta la demandante tras el accidente son una artrofibrosis de hombro, síndrome subacromial y rotura parcial de SE derecho presentando limitaciones de fuerza y de movilidad con el miembro superior derecho, que se concretan en los movimientos de flexión, abducción y rotación interna, con una limitación de movilidad en todos ellos de más del 50% como se recoge en el hecho probado noveno que señala que la trabajadora está limitada para actividades que requieran la realización de esfuerzos o posturas complejas con el hombro derecho.

Con arreglo al hecho probado primero, la profesión habitual de la actora de reponedora requiere reposición de mercancía y correcta presentación de la misma en estantes y cabeceras, cobro correcto de los productos de la caja, participación activa en los inventarios, limpieza de la tienda y demás dependencias, siendo responsable única de la limpieza de su espacio de caja, utilizando como equipo de trabajo entre otros el cúter de seguridad, transpaleta manual, la compactadora de cartón y la fregadora. Partiendo de tales datos fácticos debemos concluir con la Sentencia de instancia que sus secuelas no le impiden el desarrollo de las tareas fundamentales de su profesión habitual de reponedora que no exigen la realización de esfuerzos o posturas complejas con el hombro derecho pues se ayuda de la transpaleta para transportar mercancías, para colocar la mercancía en estanterías altas puede utilizar escaleras y los productos que tiene que pasar por la caja no alcanzan en su mayor parte el peso de 17 kilogramos que según la pericial técnica valorada en la Sentencia y que reproduce en relato fáctico puede movilizar la actora con las dos manos. Así hecho se ha declarado por esta Sala en la Sentencia dictada en el procedimiento instado por la actora impugnando el despido objetivo de la trabajadora por ineptitud profesional considerando que como ha sido declarada apta con restricciones, sí puede desarrollar las tareas fundamentales de su profesión habitual. Pese a ello, la limitación que presenta en el hombro derecho que es además el dominante, tanto para la movilidad con limitación de más del 50% como por la disminución de fuerza, sí le afecta en la realización de su trabajo habitual y así lo reconoce incluso el informe pericial técnico reflejado en el hecho probado once indicando que tales limitaciones “no afectan significativamente a las tareas de cajera, de elaboración de pan, de limpieza y de cartoneo, en general tareas realizadas por debajo de la altura de los hombros”, señalando que puede realizar su trabajo con ciertas limitaciones, recogiendo así la posibilidad de que precise el auxilio de sus compañeros en determinadas tareas como también lo recoge la Sentencia de instancia. Dada la

importante limitación de movilidad en el hombro derecho y la disminución de fuerza en el mismo, al precisar en su trabajo la utilización continua de los hombros con movimientos repetitivos y en ocasiones con elevación y rotación del mismo y manejo manual de cargas al pasar los productos por el lector en la caja, tareas todas ellas que el informe de prevención señala debe evitar, ello supone que la trabajadora estará expuesta en su trabajo a una mayor penosidad y sufrimiento al realizar su trabajo durante toda una jornada laboral que se equipara a una disminución en su rendimiento habitual superior al 33% reuniendo por ello los requisitos para ser tributaria no de la incapacidad permanente en grado de Total interesada en la demanda, pero sí de la incapacidad permanente en grado de parcial para su profesión habitual. De hecho la Sentencia viene a indicar la necesidad que tiene de auxilio de sus compañeros al pasar por el lector productos de más peso o para colocar productos en estantes elevados y la propia calificación del servicio de prevención señalando que es “apta con restricciones”, justifica tal declaración de incapacidad permanente parcial. Por ello se estima en parte el recurso formulado y en su lugar se acuerda estimar en parte la demanda reconociendo al trabajador tal grado de incapacidad permanente parcial con condena a la Mutua X. a abonar la prestación correspondiente y responsabilidad subsidiaria del INSS y la TGSS como sucesores del extinto Fondo de Garantía de Accidentes de Trabajo. Si bien no se instaba tal grado de incapacidad ni en la demanda ni en el recurso, dado que no se excluía directamente el mismo, no existe impedimento alguno para reconocer el referido grado inferior tal y como así lo viene señalando la Jurisprudencia. Así señala la STS de 24-11-03 (RCUD 661/2003) : “Hemos venido proclamando es que, salvo en supuestos posibles en los que el demandante, en el libre ejercicio de su derecho de disposición, haya excluido el reconocimiento de un grado de incapacidad diferente al pretendido en la demanda, cerrando la posibilidad del debate en torno este grado de invalidez, ha de entenderse, cuando en la instancia se haya debatido en plenitud la incidencia que las reducciones anatómicas o funcionales que aqueja el demandante puedan tener sobre su capacidad residual de trabajo, el reconocimiento de un grado de invalidez inferior al expresamente solicitado, no vulnera el principio de congruencia de la sentencia, pues tal principio no se conculca si se concede menos de lo pedido, siempre que lo otorgado pueda quedar subsumido en lo más que se pidiera. Por tanto, ha de admitirse, en términos generales, que el reconocimiento de un grado de invalidez permanente inferior al postulado en la demanda, en tanto no esté expresamente excluido del petitum de la demanda, no debe dar lugar al vicio de incongruencia procesal”. Como ha señalado esta Sala en Sentencia de fecha 29-11-16 “como sostuvo reiteradamente el Tribunal Central de Trabajo la precisión del porcentaje de disminución del rendimiento laboral a efectos de la declaración de una invalidez permanente parcial se toma únicamente como índice aproximado, sin que sea exigible prueba terminante al respecto, pues lo que indemniza no es la disminución del rendimiento sino la disminución de la capacidad de trabajo (Sentencias del Tribunal Central de Trabajo de 7 diciembre 1975 y 4 abril 1978), y que, aun sin merma del rendimiento, se ha de reconocer una incapacidad permanente parcial siempre que, para mantener aquél, el trabajador tenga que emplear un esfuerzo físico superior, lo que equivale a que su trabajo le resulte más penoso o peligroso (Sentencias del mismo Tribunal de 30 mayo 1976 , 1 julio 1980 y 26 marzo 1982)”.

TERCERO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 235 LRJS en relación con el artículo 2 b) Ley 1/96 de 10 de Enero de Asistencia Jurídica Gratuita, no procede la imposición de costas al gozar el recurrente del derecho a la asistencia jurídica Gratuita y haberse estimado en parte su recurso.
Por ello;

VISTOS los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

FALLAMOS

Que estimando en parte el recurso de suplicación interpuesto por D^a. J.M.F. contra la sentencia de fecha tres de diciembre del Dos Mil Quince dictada por el Juzgado de lo Social número 5 de los de Valencia en autos 294/2014 seguidos a instancias de la recurrente frente al Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social, la MUTUA X. y la empresa XX SAU sobre INCAPACIDAD PERMANENTE, debemos de revocar la Sentencia de instancia y en su lugar acordamos estimar en parte la demanda y reconocer a la actora la situación de incapacidad permanente parcial para su profesión habitual derivada de accidente de trabajo, condenando a la Mutua X. a abonar a la trabajadora la indemnización a tanto alzado equivalente a 24 mensualidades de la base reguladora que corresponda legalmente y al INSS como responsable subsidiario en su condición de sucesor del extinto Fondo de Garantía de Accidentes de Trabajo.

Sin Costas.

2261

Sentencia núm. 1.745, de 29 de junio de 2017

Materia: Prestación por maternidad. Trabajador afiliado al RGSS que solicita prestación de maternidad cedida a favor del padre y de duración 12 semanas. La madre trabaja como profesional liberal, teniendo cubierta la protección por maternidad por mutualidad. Derecho a lucrarse de la prestación del sistema público.

Juzgado: Desestima la demanda absolviendo a la parte demandada de cuantas pretensiones se deducen en su contra en la referida demanda.

Sala: Desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia. La norma reglamentaria niega al padre el derecho a lucrar el subsidio del Sistema Público cuando la madre tenga derecho a las prestaciones por maternidad de la Mutualidad, con independencia de su duración o cuantía. No procede la prestación demandada en la instancia.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Son seis los motivos de que consta el recurso de suplicación entablado por la representación técnica del demandante frente a la sentencia de instancia que desestima su reclamación sobre reconocimiento del derecho a la prestación de maternidad, no habiéndose impugnado el recurso de contrario.

El primero de los motivos se formula por el apartado b del art. 193 de la Ley de la Jurisdicción Social (LJS), aunque por error se aluda al art. 191 de la indicada norma. En este motivo se solicita la modificación del hecho probado cuarto para el que se insta el siguiente tenor: "La esposa del demandante ejerce actividad profesional incorporada a la mutualidad de previsión social establecida por el correspondiente colegio profesional que contempla únicamente una indemnización de carácter económico en forma de pago único por parto/lactancia.- que la mutualidad no contempla en ningún caso la protección por maternidad de 16 semanas retribuidas que la ley establece como descanso por maternidad ni periodo de lactancia. La madre no tenía derecho a suspender su actividad profesional con derecho a prestaciones."

La nueva redacción se dice sustentar en el folio 25 y en el folio 43 que es la certificación de la Mutualidad de la Abogacía y no puede ser acogida por cuanto que contiene valoraciones jurídicas impropias del relato fáctico y predeterminantes del fallo, no teniendo por lo demás cabida en la declaración narrativa los hechos negativos, al margen de que no se aprecia error alguno en el tenor original en el que se constata que la esposa del demandante tiene derecho a una compensación económica por maternidad.

SEGUNDO.- Los siguientes motivos se dicen fundamentar en el apartado c del art. 191 de la LJS, aunque se refiere al apartado c del art. 193 de la LJS que es el que trata de las infracciones de normas sustantivas o de la jurisprudencia.

En el primero de dichos motivos, segundo del recurso, se denuncia la infracción del art. 48.4 párrafo tercero del ETT (sic) ya que entiende que al no tener la madre derecho a suspender su actividad profesional el otro progenitor tendrá derecho a suspender su contrato de trabajo por el período que hubiera correspondido a la madre.

En el tercer motivo del recurso se alega la infracción del art. 133 bis de la Ley General de la Seguridad Social al reunir el padre todos los requisitos exigidos en la indicada norma para optar por la prestación.

En el cuarto motivo del recurso se imputa a la resolución recurrida la infracción del art. 3.3 del Estatuto de los Trabajadores porque la Magistrada de instancia no interpreta el art. 48.4 párrafo tercero del modo más favorable al trabajador, entendiendo que la compensación económica que percibe la madre no supe el derecho al descanso de la misma. También se denuncia la infracción del art. 3 del Código Civil porque la interpretación que efectúa la Magistrada “a quo” no es acorde al momento histórico de la norma y contradice el principio de igualdad efectiva entre hombres y mujeres y la conciliación de la vida familiar y laboral.

En el quinto motivo del recurso se denuncia la infracción de la jurisprudencia establecida en la sentencia del TS, Sala 4ª, de 20-5-2009 que dice que la prestación de maternidad engloba dos aspectos tanto el derecho al período de descanso como el subsidio por maternidad.

Por último, en el sexto motivo se denuncia la infracción del art. 14 de la Constitución, sobre la prohibición de la discriminación, así como la Directiva 2010/18 de 8 de marzo, al entender que al denegarse la prestación de maternidad al demandante se le hace de peor condición que a otros colectivos como los que pertenecen a la mutualidad de arquitectos a los que el INSS les ha reconocido la posibilidad de tal cesión.

Sobre la cuestión controvertida ya se ha pronunciado esta Sala en la sentencia de 21-2-2016 (rec. 900/2016), en la que se hace referencia a la sentencia de esta misma Sala de 4 de marzo de 2002 (rs. 351/2001), y que se pronunció en el mismo sentido desestimatorio que lo hace la resolución recurrida y en la que se dice que “Es cierto que aquella sentencia se dictó antes de la publicación de la Ley 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, pero también lo es que la entrada en vigor de esta norma no tiene repercusión en la cuestión que se suscita en el presente caso, como lo acredita el hecho de que la doctrina judicial es pacífica en el sentido de denegar al cónyuge varón la prestación de maternidad en los supuestos en que la madre ejerce la abogacía, se encuentra afiliada a la Mutualidad de la Abogacía y ha percibido una indemnización derivada del nacimiento de su hijo. Se pueden citar al respecto, entre otras muchas, las sentencias dictadas por las Salas de lo Social del País

Vasco de 15 de julio de 2014 (rs.1259/2014) y 22 de septiembre de 2015 (rs.1474/2015), de Aragón de 29 de abril de 2015, Castilla y León de 8 de abril de 2015, de Asturias de 23 de octubre de 2015 (rs.1728/2015) y 9 de febrero de 2016 (rs.2637/2015) y de esta misma Sala de Valencia de 16 de enero de 2013 (rs.1789/2012). Como se argumenta en ellas –razones que hacemos nuestras-, el artículo 3.4 del Real 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad y otras contingencias, contempla dos diferentes hipótesis respecto de las madres trabajadoras por cuenta propia incorporadas a la Mutualidad de Previsión Social establecida por el correspondiente Colegio Profesional, en función de que la Mutualidad a la que pertenezcan proteja o no la contingencia de maternidad. En el primer caso, y con independencia de la duración o cuantía de la prestación dispensada por dicha entidad, el otro progenitor no tendrá derecho al subsidio por maternidad del Sistema público. En el segundo supuesto, si el padre reúne los requisitos exigidos y disfruta del oportuno periodo de descanso, podrá devengar la prestación pública como máximo durante el periodo que hubiera correspondido a la madre, siendo, además, compatible con la de paternidad. En el caso de los abogados nos encontramos con lo siguiente:

- 1º) la cobertura de la protección por maternidad es obligatoria en la Mutualidad de la Abogacía conforme a lo previsto en el artículo 10 de sus actuales Estatutos.
- 2º) La prestación consiste en el pago de una cantidad a tanto alzado equivalente a 60 días del capital suscrito, lo que es coherente con el sistema de capitalización individual, de aportación definida, que rige en la Mutualidad frente al sistema de prestaciones definidas financiado por reparto, propio del sistema público de Seguridad Social.
- 3º) Consciente de la diferente naturaleza de los sistemas aplicables en las Mutualidades y en la Seguridad Social, la norma reglamentaria niega al padre el derecho a lucrar el subsidio del Sistema Público cuando la madre tenga derecho a las prestaciones por maternidad de la Mutualidad "independientemente de su duración o cuantía". Por ello, el hecho de que la prestación otorgada por la Mutualidad de la Abogacía no se configure como un subsidio, sino como una indemnización a tanto alzado, resulta irrelevante en orden a la exclusión del derecho del progenitor. También lo es que dicha prestación se incardine dentro de la denominada "incapacidad temporal profesional", pues ello no lo hace perder su autonomía en el ámbito de la acción protectora."

La aplicación de la doctrina expuesta conduce a la desestimación del recurso y la confirmación de la sentencia de instancia, teniendo que añadir tan solo lo manifestado por el Tribunal Constitucional en sentencias 56/1988, de 26 de marzo y 17/1989, de 29 de septiembre, según el cual que no es contrario al artículo 14 de la Constitución Española la existencia de regímenes distintos para los distintos colectivos de trabajadores. También el propio Tribunal Constitucional en sentencia 103/1984, de 12 de noviembre, al declarar la constitucionalidad del Decreto Ley de 2 de septiembre de 1955, regulador de las pensiones del antiguo seguro obligatorio de vejez e invalidez, dice que no debe entenderse discriminatorio el requisito de la exigencia de la edad de 50 años en las viudas que pretendieran lucrarse de la pensión correspondiente, respecto de aquellas otras viudas cuyos causa-habientes estén incluidos en el Régimen General de la Seguridad Social, ya que la distinción de requisitos entre los diferentes y

sucesivos regímenes de previsión social y de Seguridad Social no es discriminatoria, sino acomodación de beneficios a las cargas soportadas, en un sinalagma que no puede ser desconocido cuando se trata de relaciones bilaterales, y ello aunque esta bilateralidad -Entidad Gestora y beneficiario- está influida por principios rectores de política social, sin que pueda seguirse un aparente y simplista criterio de igualación, porque ante diferentes supuestos y situaciones lo "igual" es distinto como también tiene declarado el Tribunal Constitucional en sentencia de 26 de julio de 1983 (70/1983).

FALLO

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de D. C.O.G.P., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social n.º 5 de los de Alicante y su provincia, de fecha 25 de abril de 2016, en virtud de demanda presentada a su instancia contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social y, en consecuencia, confirmamos la sentencia recurrida.

2262

Sentencia núm. 1.763, de 29 de junio de 2017

Materia: Prestación por desempleo. Trabajador afiliado al RGSS al que se le reconoce un subsidio por desempleo para mayores de 55 años. A partir de determinada fecha, el actor puede acceder a la pensión de jubilación anticipada. Extinción del subsidio. Percepciones indebidas. Compensación cantidades abonadas con el primer pago de la pensión de jubilación. Efectos económicos de la pensión de jubilación.

Juzgado: Desestima la demanda absolviendo a las entidades demandadas (SPEE e INSS) de la pretensión en su contra deducida.

Sala: Estima el recurso y revoca la sentencia de instancia. No resulta conforme a derecho la resolución del Servicio Público de Empleo Estatal (SPEE) que reclama cobros indebidos ni la resolución del INSS ya que los efectos de la jubilación deben retrotraerse a la de los efectos de la extinción del subsidio.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En este procedimiento dirigido contra el SPEE y luego ampliado contra el INSS (folio 27), se impugnan las resoluciones del SPEE dictadas el 4-2-14 y 12-9-14 (se ha desistido del procedimiento iniciado en el Juzgado de lo Social nº 12 de Valencia) en las que se declara, en la primera la extinción del subsidio por desempleo para mayores de 55 años que el actor estaba percibiendo, con efectos 19-2-13; y en la segunda el cobro indebido de prestaciones hasta la jubilación solicitada el 5-2-14 y reconocida el 13-2-14 con efectos 6-2-14.

La sentencia recurrida desestima la pretensión actora, apoyándose en un anterior pronunciamiento de la sala, en concreto en la sentencia núm. 1216/2015 de 4 de junio (RS 2923/2014), razonando que la resolución de la Entidad gestora, refiriéndose sin duda a la dictada el 4-2-14 es ajustada a derecho porque el subsidio solo puede percibirse hasta el que beneficiario alcance la edad de jubilación en cualquiera de sus modalidades.

Recorre en suplicación la parte actora, e impugna el INSS, aquel pronunciamiento, formulando al efecto un solo motivo de recurso, por el cauce que permite la letra c) del art. 193 de la LRJS, en el que alega la infracción del art. 222.4 de la LGSS de 1994, aduciendo que los efectos económicos de la pensión de jubilación deben retrotraerse a la fecha de efectos de la extinción del subsidio, a la fecha en que el actor alcanzó la edad para jubilarse, porque la solicitud de esta prestación se interpuso en el plazo de tres meses desde la extinción, sin que deba devolver el beneficiario los cobros indebidos reclamados, o subsidiariamente que la fecha de efectos de la jubilación se retrotraiga a los tres meses anteriores a la solicitud.

Por su parte el INSS recurrido en su impugnación plantea una causa de inadmisibilidad, al considerar que por la cuantía la sentencia no tendría acceso al recurso. El recurso de suplicación podía interponerse contra la sentencia de instancia, Basta para ello con considerar que una de las resoluciones del SPEE impugnada reclama cobros indebidos en cuantía de 4.856,40 € y además la que declara la extinción de 4-2-14 también impugnada tendría acceso sin más al recurso de suplicación al estar en el supuesto previsto en el art. 191. 3 c) de la LRJS, o que en cualquier caso el INSS contempla la cuantía de la petición subsidiaria del recurso y no de la principal que es la que hay que considerar a efectos de recurso.

Antes de nada hay que transcribir el precepto que el recurso denuncia como infringido, y que ya se venía mencionando en la demanda y en las reclamaciones previas interpuestas contra las resoluciones impugnadas. El art. 222.4 de la LGSS introducido con efectos 1-1-2014 y vigencia indefinida por el apartado 6 de la Disposición final cuarta de la Ley 22/2013 de 23 de diciembre de Presupuestos Generales del Estado para 2014 dispone: “Cuando el trabajador perciba el subsidio por desempleo previsto en el apartado 1.3 del art. 215 y alcance la edad que le permita acceder a la pensión contributiva de jubilación, en cualquiera de sus modalidades, los efectos económicos de la citada pensión se retrotraerán a la fecha de efectos de la extinción del subsidio por alcanzar dicha edad. Para ello será necesario que la solicitud de la jubilación se produzca en el plazo de los tres meses siguientes a la resolución firme de extinción. En otro caso, tendrá una retroactividad máxima de tres meses desde la solicitud.”.

A continuación es importante referirnos al contenido de las resoluciones impugnadas y en especial a la dictada por el SPEE el 4-2-2014 que extingue el subsidio perfectamente transcritas en la sentencia recurrida. Dice el hecho tercero de la sentencia recurrida “En fecha 4 -2-14 el SPEE dictó resolución declarando la extinción del derecho al subsidio que venía percibiendo con efectos de 19-2-13, por el motivo de poder haber accedido a la pensión contributiva de jubilación. Así mismo, se le indicaba en la resolución que el importe percibido a partir de la fecha de extinción del subsidio, es decir, el 19-2-13, sería compensado con el primer pago de la pensión de jubilación en caso de que ejerciera su derecho a solicitar la pensión desde dicha fecha; y, en caso de no solicitarla, los importes no compensados serían requeridos en un nuevo procedimiento. Contra dicha resolución la demandante formuló reclamación previa en fecha 9-6-14 que fue desestimada mediante resolución de fecha 25-6-14 por presentación fuera de plazo.

El actor según expresa el hecho sexto solicitó la pensión de jubilación en el plazo de tres meses; es más, lo solicito al día siguiente (5-2-2014 según consta en el primer documento que aporta el INSS) y el hecho sexto en concordancia con lo que consta en el expediente administrativo declara que “En fecha 13-2-14 fue dictada por el INSS resolución acordando el derecho del actor a percibir la pensión de jubilación, con una base reguladora de 1.160´85 euros, pensión inicial de 944´67 euros netos, con efectos económicos desde el día 6-2-14.”

Pese a todo ello, dice el hecho cuarto y quinto de la sentencia que “La Entidad gestora, mediante resolución de fecha 2-9-14, resolvió revocar el derecho y declarar indebida la percepción de la cantidad de 4.856´40 euros al entender que las alegaciones presentadas no desvirtuaban los hechos. Contra dicha resolución la demandante formuló reclamación previa en fecha 12-9-14 que fue desestimada mediante resolución de fecha de registro de salida de 20-10-14. El demandante ya ha ingresado en el SPEE la cantidad de 4.856´40 euros.”

SEGUNDO.- Sentado cuanto antecede son dos las cuestiones a considerar para resolver el recurso. La primera es la relativa a la vigencia del precepto introducido en al LGSS por la Ley de Presupuestos de 2014; y la segunda, de estar vigente para el supuesto que examinamos, si asiste al actor el derecho reclamado que no es otro que la de percibir la jubilación desde que alcanzó la edad para jubilarse (19-2-2013) con descuento del cobro indebido y quien sea la Entidad responsable.

Sobre la primera cuestión, por una parte tenemos que en la fecha en que se dicta la resolución (4-2-2014) ya estaba en vigor la disposición que prevé el beneficio; pero por otra el hecho causante de la jubilación o la fecha real de la extinción tiene lugar cuando aún no había entrado en vigor la misma.

Pues bien consideramos que atendiendo a la finalidad de la norma que no es otra que la de que las entidades gestoras del desempleo y de la jubilación compensen sin solución de continuidad las prestaciones del beneficiario, con tal de que se cumplan unos requisitos que expresamente regula, referidos al momento en que se dicte la resolución que extinga el subsidio, otorgando un claro beneficio al perceptor del subsidio que venga a cumplir con aquellos, consideramos que es la fecha en que se dicta la resolución que extingue el subsidio (4-2-2014) la que debe tenerse en cuenta a los efectos de la vigencia de la disposición que venimos interpretando.

Es de aplicación al actor la norma mencionada, al haberse dado cumplimiento a las condiciones y requisitos previstos en la misma, lo que se le comunica al demandante en la resolución de 4-2-2014, siempre que solicite la jubilación en el plazo de tres meses, lo que ocurrió: “el importe percibido a partir de la fecha de extinción del subsidio; es decir, el 19-2-13, sería compensado con el primer pago de la pensión de jubilación en caso de que ejerciera su derecho a solicitar la pensión desde dicha fecha”.

Se han cumplido los requisitos para que las prestaciones deban percibirse sin solución de continuidad, poniéndose en marcha el mecanismo de la compensación entre Entidades gestoras, lo que tiene dos consecuencias, la primera que no es conforme a derecho la resolución del SPEE (12-9-2014) que reclama cobros indebidos y la segunda que la fecha de efectos de la jubilación debe retrotraerse a la de los efectos de la extinción del subsidio, con lo que tampoco es conforme a derecho la resolución del INSS de fecha 13-2-2014, que en este supuesto especial debió conceder efectos de 19-2-2013.

En definitiva asiste la razón al recurrente, y procede estimar su recurso, y revocar la sentencia que no resolvió todas las cuestiones planteadas, lo que podemos hacer en suplicación para evitar nulidades innecesarias no solicitadas, ya que la sentencia contiene los hechos probados suficientes y en aplicación de lo establecido en el art. 202 de la LRJS.

FALLO

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de don J.L.T., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 9 de los de Valencia en fecha 22 de abril de 2016; y en consecuencia con estimación de la demanda del recurrente contra el SPEE y el INSS, revocamos la sentencia recurrida y dejamos sin efecto la resolución del SPEE de 12-9-2014 que reclama cobros indebidos, y en parte la resolución del INSS que declara la jubilación del actor recurrente, en lo relativo a la fecha de efectos que la situamos en el 19-2-2013, condenando a las entidades gestoras demandadas a estar y pasar por esta declaración, pudiendo el INSS compensar las prestaciones del subsidio desde el 19-2-2013 con la jubilación reconocida, y condenando al SPEE a que devuelva al actor la cantidad de 4.856,40 €.

2263

Sentencia núm. 1.786, de 29 de junio de 2017

Materia: Declaración de invalidez. Trabajador afiliado al RGSS que ejerce tareas de recolector. El actor es declarado en situación de incapacidad permanente total para ejercicio de profesión habitual por causa de accidente laboral. Solicitud revisión grado de invalidez. Lesiones físicas y psíquicas del trabajador que le impiden realizar cualquier actividad y actos cotidianos de la vida diaria.

Juzgado: Desestima la demanda, absolviendo al organismo demandado de las pretensiones contenidas en la misma.

Sala: Estima el recurso y revoca la sentencia de instancia. El estado psíquico del actor le incapacita para el ejercicio de cualquier profesión u oficio. Declara al actor afecto de una incapacidad permanente absoluta para el ejercicio de cualquier actividad u oficio, con derecho a percibir una pensión del 100% de determinada base reguladora.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Dictada sentencia por el Juzgado de lo Social número 7 de Valencia por la que se desestimaba la demanda interpuesta por D. R.G.T. frente al Instituto Nacional de la Seguridad Social, recurre en suplicación el demandante, impugnando su recurso el Ente Gestor.

SEGUNDO.- Los motivos primero a cuarto de recurso, redactados todos ellos al amparo del apartado b) del art. 193 LRJS, persiguen la revisión del relato fáctico de la sentencia de instancia, realizando las siguientes peticiones:

1.- En el motivo primero, se pide sean modificados determinados extremos contenidos en el fundamento de derecho segundo de la sentencia de instancia. Se advierte así que se hace constar que la profesión habitual del actor es la de recolector de cítricos y que fue declarado en situación de incapacidad permanente total por causa de accidente profesional. Se quiere hacer constar que la profesión del demandante es la “encargado de servicios” y que la IPT provenía de enfermedad común.

La revisión no puede tener favorable acogida pues el motivo de recurso contenido en el apartado b) del art. 193 LRJS, tiene por objeto la revisión de los hechos declarados probados, y no de los que con dicho valor pudieran contenerse en la fundamentación jurídica de la recurrida. Al margen de lo anterior, es cierto que los datos reflejados en el fundamento de derecho segundo son erróneos, pero de la simple lectura de la totalidad de la sentencia y sus hechos probados, se constata con toda claridad tanto la profesión habitual del demandante como el origen de la incapacidad permanente que le fue reconocida.

2.- En el segundo motivo de recurso, se interesa se adicione que el testigo perito D. F.M.B.S. es el médico psiquiatra del actor y que presta servicios para la Agencia Valenciana de Salud; mientras que la testigo perito Doña R.A.E.U., también forma parte de dicho servicio público, conforme a lo dispuesto en los folios 52, 238, 48 y 239 de autos.

La revisión tampoco se admite, pues la referencia a dichos testigos se hace en fundamentación jurídica y no en el relato fáctico de la resolución.

3.- En el tercer motivo muestra el recurrente su disconformidad con las conclusiones que se reflejan en el fundamento de derecho tercero, relativas a la ausencia de prueba de la pretensión actora y la falta de agravamiento de las dolencias, haciendo contar a continuación qué pruebas a su entender dirigen a una solución contraria a la mantenida por la Juez a quo. Este motivo, tal y como es formulado no puede ser estimado, pues obedece más bien a un motivo de revisión jurídica que de revisión fáctica, siendo imposible aceptar las aseveraciones expuestas, pues no se refieren a ningún hecho probado concreto.

4.- El cuarto motivo insiste en modificar de nuevo determinados datos fácticos que esta vez se contienen en el fundamento de derecho tercero de la recurrida, valorando de nuevo la prueba practicada para apoyar su pretensión, que nuevamente debe desestimarse, por las mismas razones que las expuestas en el motivo anterior.

TERCERO.- Al motivo quinto, redactado por error al amparo del apartado b) del art. 193 LRJS, debiendo entenderse que lo fue conforme al apartado c), se denuncia la infracción de lo dispuesto en el art. 194 LGSS (RD Legislativo 8/2015) y DT 26ª, al no aplicar al aquí demandante las previsiones sobre incapacidad permanente absoluta para todo trabajo.

Se apunta a que el recurrente, además de una depresión mayor, sufre toda una serie de patologías que conforman un complejo cuadro clínico que le impiden completamente la realización de actos cotidianos de la vida diaria y por ende, la realización de actividades productivas. De ello se infiere que la sentencia de instancia debe ser revocada, y por ende, estimada la pretensión del demandante.

Respecto a la Incapacidad Permanente Absoluta debemos de recordar que el artículo 194.5 de la LGSS (RD Legislativo 1/94), en su redacción dada por la DT 26ª de dicho texto, vigente al momento de producirse la revisión de grado, dispone que: "Se entenderá por incapacidad permanente absoluta para todo trabajo la que inhabilite por completo al trabajador para toda profesión u oficio". Según declara la jurisprudencia, para valorar el grado de invalidez más que atender a las lesiones hay que atender a las limitaciones que las mismas representen en orden al desarrollo de la actividad laboral, de forma que la invalidez merecerá la calificación de absoluta cuando al trabajador no le resta capacidad alguna (STS de 29-09-1987), debiéndose de realizar la valoración de las capacidades residuales atendiendo a las limitaciones funcionales derivadas de los padecimientos sufridos (STS de 6-11-1987), sin que puedan tomarse en consideración las circunstancias subjetivas de edad, preparación profesional y

restantes de tipo económico y social que concurren, que no pueden configurar grado de incapacidad superior al que corresponda por razones objetivas de carácter médico exclusivamente (STS de 23-3-1987, 14-4-1988, entre otras). En consecuencia, habrá invalidez permanente absoluta siempre que las condiciones funcionales médicamente objetivables del trabajador le inhabiliten para cualquier trabajo que tenga una retribución ordinaria dentro del ámbito laboral (STS de 23-3-1988 y de 12-4-1988).

Por su parte, el 200.2 LGSS dispone que la incapacidad puede revisarse además de por error de diagnóstico, que no es el caso que nos ocupa, por el cambio del estado invalidante profesional, bien por agravación, bien por mejoría de las lesiones sufridas por el inválido. La revisión por agravación del grado de invalidez permanente presupone necesariamente un juicio o análisis comparativo entre dos situaciones fácticas; por un lado, la que motivó, como consecuencia de alteraciones orgánicas o funcionales, la anterior declaración de invalidez permanente y la existente con posterioridad al solicitar aquella, para del mismo concluir:

1.- Si las dolencias primitivas han empeorado o si, por la concurrencia de estas con otras aparecidas con posterioridad, el cuadro clínico del trabajador es más grave que el que sirvió de base para no otorgarle o reconocerle un grado de invalidez permanente cuya revisión se pretende.

2.- Si dicho empeoramiento o agravación tiene la entidad suficiente o repercute de tal forma en la capacidad laboral residual de quien lo padece que permita incardinar su nueva situación en un grado de invalidez permanente superior y, en el presente caso, que efectivamente le anule, impidiéndole, desempeñar cualquier profesión u oficio en términos de rentabilidad empresarial, con profesionalidad, habitualidad y eficacia. Tales requisitos han sido constantemente exigidos para el éxito de la pretensión revisoria, que se analiza por el Tribunal Supremo, entre otras, en sentencia de 20 de noviembre de 1.985.

Conforme a la declaración de hechos probados consignada en la sentencia de instancia, al actor le fue reconocida una prestación de incapacidad permanente total para su profesión habitual de profesional encargado de servicios por padecer una crisis de angustia con agorafobia, sospecha de feocromocitoma síndrome metabólico. Clínica de angustia y agorafobia en remisión parcial, pendiente de diagnóstico de patología adrenal. Limitación para actividades de especial responsabilidad/concentración.

A instancias del demandante, iniciado expediente de revisión por agravación, fue examinado por el EVI, emitiéndose dictamen por el citado Organismo el 30-11-15 en el que se reflejaba la existencia de un diagnóstico principal de agorafobia con trastorno de pánico, y crisis de angustia con clínica fóbica. Y como datos extraídos del reconocimiento actual, al momento de la revisión: trastorno depresivo (depresión) no clasificados bajo otros conceptos, diagnóstico de depresión mayor, agorafobia con trastornos de pánico y como limitaciones orgánicas y funcionales, crisis de angustia y sintomatología depresiva.

Además, a dichas patologías se unen protusión L5-S1, radiculopatía izquierda L5-S1 crónica, síndrome metabólico (hipertensión, hipercolesterolemia, diabetes y obesidad), y síndrome de apnea del sueño de carácter severo.

Se dice por la Juez a quo que no ha quedado acreditada la agravación de las dolencias que padece el actor. Pero esta Sala no comparte tal conclusión. De la simple lectura de las dolencias que aquél padecía en 2014, puestas en comparación con las presentes un año después se concluye que la agravación concurre sin duda, y que además, reviste la suficiente entidad como para limitar al recurrente el desempeño de cualquier actividad retribuida. La clínica de angustia y agorafobia, que se presentaba en 2014 como en remisión parcial, continúa presente, al que se unen ahora las crisis de pánico. Además, se ha diagnosticado al demandante una depresión mayor, que desde luego no mejora ni ayuda a superar la dolencia psíquica que presenta.

Tales datos fueron refutados por los testigos que depusieron en el acto de juicio, profesionales de la sanidad pública que tratan al actor de forma continuada desde el año 2012 y 2013. Así el Dr. B. depuso que la evolución del paciente desde enero de 2015 ha sido insatisfactoria, agravándose los síntomas a nivel psiquiátrico, siendo compatible tal agravamiento con la depresión mayor que padece.

La Dra. E. incide también en el agravamiento de la sintomatología, expresando que la evolución en el último año y medio ha sido hacia mayores quejas somáticamente de la agorafobia y se ha complicado su estado. Que tiene limitada su vida social y le dan ataques de pánico, aunque se han ido espaciando y no son tan frecuentes. Que pese a ello el actor intenta conducir.

Los datos reflejados no hacen sino confirmar nuestra decisión, pues entendemos que el estado psíquico del actor, en el momento actual, impide al mismo desarrollar cualquier actividad retribuida con la mínima dedicación, profesionalidad y rendimiento. Y si a ello se unen además, las dolencias físicas que han aparecido, algunas de ellas de carácter severo como el síndrome de apnea del sueño, no cabe sino revocar las conclusiones alcanzadas en la instancia. Todo ello sin perjuicio de una posterior revisión de su estado que pueda ratificar la mejoría de la sintomatología del demandante en un futuro.

Por todo ello, con estimación del recurso interpuesto, procede revocar la resolución de instancia, y reconocer al actor un grado de incapacidad permanente absoluta para toda profesión u oficio, con derecho a percibir una pensión del 100% de una base reguladora de 1.811,05 euros mensuales, más las revalorizaciones que procedan, y fecha de efectos 22-12-2015, condenando al Ente Gestor demandado al abono de dicha prestación.

CUARTO.- No procede la imposición de costas, al no existir parte vencida en el recurso.

En virtud de lo expuesto

FALLAMOS

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de D. R.G.T. frente a la Sentencia dictada el 25 de mayo de 2016 por el Juzgado de lo Social número 7 de Valencia, en autos número 448/2016 seguidos a instancia del precitado recurrente frente al INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL; y con revocación de la precitada resolución, y estimación de la demanda en la instancia, declaramos afecto al actor de un grado de incapacidad permanente absoluta para toda profesión u oficio, con derecho a percibir una pensión del 100% de una base reguladora de 1.811,05 euros mensuales, más las revalorizaciones que procedan, y fecha de efectos 22-12-2015, condenando al Ente Gestor demandado al abono de dicha prestación.

Sin imposición de costas.

2264

Sentencia núm. 1.823, de 4 de julio de 2017

Materia: Prestación por desempleo. Demandante que solicita incorporación al Programa Renta Activa de Inserción (RAI). Denegación por no haber extinguido una prestación o subsidio por desempleo. Causas de extinción del subsidio. Procedencia.

Juzgado: Desestima la demanda absolviendo al ente gestor de las pretensiones deducidas en su contra. Se le deniega a la parte actora poder acceder a esta prestación.

Sala: Estima el recurso y revoca la sentencia de instancia. El actor reúne los requisitos para acceder al programa RAI. La norma no exige el agotamiento del subsidio para poder acceder al programa, pudiendo quedar extinguido por una colocación del actor.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Los tres motivos del recurso de suplicación entablado por la representación letrada de la parte actora se fundamentan en el artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral (LPL), pese a que en la fecha en que se dicta la sentencia recurrida ya estaba en vigor la Ley de la Jurisdicción Social (LJS), por lo que debieron fundamentarse en el artículo 193 de esta última norma, como establece la Disposición Transitoria Segunda de la misma, si bien como ambos preceptos tienen idéntico contenido se procederá al examen del recurso al no causar el defecto indicado indefensión a la contraparte.

SEGUNDO.- El primero de los motivos tiene por objeto la reposición de los autos al estado en el que se encontraban en el momento de haberse infringido normas o garantías del procedimiento que han producido indefensión, por lo que se introduce al amparo del apartado a del art. 193 de la LJS, aunque por error se aluda al apartado a del art. 191 de la LPL. En este motivo se hace un resumen de los antecedentes que la defensa del actor considera necesarios para resolver la cuestión controvertida, tras lo cual afirma que no es cierto lo manifestado en la Resolución de 13 de junio de 2014 por la que se desestima la reclamación administrativa previa presentada frente a la Resolución de 13 de mayo de 2014 por la que se deniega al actor la incorporación al programa de renta activa de inserción, ya que el demandante sí que ha llegado a obtener el derecho a una de las prestaciones reguladas en el Título III del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social. Tras lo cual alude a la presentación de la demanda origen de autos y a la sentencia recaída sobre la misma y que es objeto del presente recurso.

Como es fácil de constatar el recurrente no solo no llega a concretar cuál es la norma procesal o garantía del procedimiento que ha sido infringida por la sentencia de

instancia, sino que de su argumentación no se puede vislumbrar siquiera cual es la infracción procesal que puede determinar la nulidad de las actuaciones interesadas, lo que conduce a su rechazo sin necesidad de mayor fundamentación.

TERCERO.- El segundo motivo del recurso tiene por objeto la revisión de los hechos declarados probados en la sentencia de instancia, por lo que se incardina en el apartado b del art. 193 de la LJS, aunque por el error antes referido se aluda al apartado b del art. 191 de la LPL. En este motivo se insta la modificación del hecho probado segundo para el que se solicita la siguiente redacción: "Tramitado expediente administrativo, y seguido el mismo por sus trámites, le fue desestimada la solicitud por Resolución de fecha 13 de mayo de 2014 siendo la causa de la denegación que nunca ha llegado a obtener el derecho a una de las prestaciones reguladas en el Título III del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social."

La nueva redacción se apoya en el tenor de la Resolución de 13 de mayo de 2014 y no hay problema en incorporarla al deducirse del indicado documento y recoger así como mayor exactitud el motivo de la denegación de la solicitud del actor sobre incorporación al programa de renta activa de inserción.

CUARTO.- El último motivo tiene por objeto el examen de la infracción de normas sustantivas o de la jurisprudencia por lo que se fundamenta en el apartado c del art. 193 de la LJS, si bien por el susodicho error se alude al apartado c del art. 191 de la LPL. Denuncia la defensa del recurrente como infringido el art. 24 de la Constitución Española y el art. 272 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

Razona la defensa de la parte actora que al haber reconocido el SPEE que el demandante sí que había percibido una prestación, condición para que le fuera concedida la renta activa de inserción, fue dicha entidad la que debió de acreditar cuál fue la duración de dicha prestación, el período satisfecho y parte de la prestación que el SPEE manifiesta que no ha agotado, por cuanto que el demandante no dispone de dichos datos, aludiendo a la doctrina establecida por la sentencia del Tribunal Constitucional nº 292/2006, de 10/10/2006 sobre la carga de la prueba.

La cuestión controvertida se ciñe a dilucidar si, a efectos de acceder al programa de renta activa de inserción, la parte actora cumple lo establecido en la letra c) del apartado 1 del artículo 2 del Real Decreto 1369/2006 de 24 de noviembre, introducido por RD-Ley 20/2012, y en el que se establece como modificado requisito para el acceso al programa de renta activa de inserción el "Haber extinguido la prestación por desempleo de nivel contributivo y/o el subsidio por desempleo de nivel asistencial establecidos en el Título Tercero del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, salvo cuando la extinción se hubiera producido por imposición de sanción, y no tener derecho a la protección por dicha contingencia." La sentencia de instancia señala que la parte actora no cumple dicho requisito, pese a haber percibido un subsidio por desempleo en el período comprendido entre el 8 de mayo de 1993 y el 11 de julio de 1993 (un total de 65 días), por cuanto que no agotó dicho subsidio al

haber causado baja en el mismo al comenzar a prestar servicios para la empresa C.R., S.A., conclusión que no es compartida por esta Sala, por cuanto que la norma no exige el agotamiento del subsidio de desempleo para la incorporación al programa de renta activa de inserción sino que aquel se extinga por una causa que no sea la imposición de la sanción y en el presente caso la causa de la extinción del subsidio de desempleo fue la colocación del actor, por lo que el mismo reúne los requisitos exigidos para incorporarse al programa de renta activa de inserción, lo contrario además supondría penalizar al desempleado que acepta una colocación y por ello causa baja en el subsidio de desempleo, respecto al que sigue en situación de desempleo hasta agotar el indicado subsidio, lo que resulta absurdo y va en contra de las políticas de promoción del empleo auspiciadas por nuestro sistema de protección social.

Las consideraciones jurídicas expuestas determinan la estimación del recurso y la revocación de la sentencia de instancia a fin de estimar la demanda.

FALLO

Estimamos el Recurso de Suplicación interpuesto en nombre de A.G. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº. Ocho de los de Valencia, en virtud de demanda presentada a instancia del recurrente contra el Servicio Público de Empleo Estatal y revocamos la sentencia recurrida, estimando la demanda y reconociendo el derecho del demandante a incorporarse al programa de renta activa de inserción solicitado el 13 de mayo de 2014.

2265

Sentencia núm. 1.834, de 4 de julio de 2017

Materia: Declaración de invalidez. Determinación de contingencia. Trabajadora afiliada a la seguridad social que ejerce tareas de limpiadora. La actora sufre un accidente de circulación causando baja por contingencias comunes. Una vez dada de alta, causa nueva baja dentro de los 180 días a la fecha de alta médica, declarando el INSS esta última nula de pleno derecho.

Juzgado: Desestima íntegramente la demanda, absolviendo al organismo demandado de las peticiones formuladas en su contra. No procede la incapacidad demandada.

Sala: Estima el recurso y revoca la sentencia de instancia. Las lesiones que padece la actora le incapacitan para el ejercicio de su profesión habitual de limpiadora. Declara a la actora en situación de incapacidad permanente total para el ejercicio de su profesión habitual derivada de accidente no laboral, con derecho a percibir con cargo a la entidad Gestora una pensión vitalicia equivalente al 75% de la base reguladora mensual de 295,86 euros y con los efectos que legalmente correspondan.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- D^a. D.L.A. interpone en su día demanda contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, solicitando que se la declare en situación de incapacidad permanente total y subsidiariamente parcial para su profesión habitual derivada de accidente no laboral.

La sentencia de instancia desestima la demanda, pronunciamiento frente al que se alza la actora recurriéndolo en suplicación y solicitando que se estime el recurso, se revoque la sentencia de instancia y con estimación de la demanda se declare a la parte actora afecta de una incapacidad permanente Total y subsidiariamente parcial para su profesión habitual, con condena al INSS al abono de la prestación económica correspondiente por su base reguladora de 295,86 euros.

SEGUNDO.- Para ello, en primer lugar la parte recurrente interesa la revisión de los hechos declarados probados al amparo del artículo 193 b) de la vigente LRJS, y en concreto del hecho probado tercero a fin de que donde se hace constar en tal hecho “dándole de baja el 15 de enero de 2011 por contingencias comunes”, se indique “dándole de baja el 15 de enero de 2011 por accidente no laboral”. Como de los documentos citados en el escrito de recurso, así los documentos 5 a 8 y 24 y 30 del ramo de la parte actora se desprende que el proceso de incapacidad temporal citado lo fue por accidente no laboral, en concreto teniendo su causa en el accidente de tráfico sufrido el día 30 de noviembre, y así se recoge en el parte de baja aportado por la parte actora, que desde luego se refiere a contingencias comunes pero que no es lo

mismo que la enfermedad común que es la contingencia que alega el INSS y la Sentencia que motivó la referida baja médica, procede acceder a lo interesado por la parte recurrente.

Se solicita también se adicione un nuevo hecho probado, el octavo, para el que propone la siguiente redacción: *“La actora trabajaba como Limpiadora para la empresa F.S.A. SA con una jornada del 41% y horario de trabajo de sábados y domingos, no trabajando entre semana”*. De los documentos citados por la recurrente, así los 11 y 12 de su ramo de prueba se desprende que prestaba servicios a tiempo parcial, con la jornada señalada que se recoge en la vida laboral, y los sábados y domingos como se desprende de la carta de despido aportada y justificando la parte actora en tal jornada el hecho de que no iniciara la situación de IT nada más producirse el accidente de tráfico, procede acceder a la adición interesada.

Por último propone se adicione otro hecho probado, el noveno, que contenga el siguiente texto: *“La actora tiene reconocida un grado de Minusvalía del 33% por resolución de la Conselleria de Bienestar social de fecha 02/03/2015, según el siguiente cuadro clínico: “limitación funcional de columna por fractura (secuelas) de etiología metabólica, y discapacidad del sistema osteoarticular por osteoporosis de etiología metabólica.”* Pese a que en el documento 17 citado por la parte recurrente se desprende tal reconocimiento de grado de discapacidad, dado que en este caso lo que se solicita es una prestación de incapacidad permanente para el desarrollo de su trabajo habitual de manera que se trata de determinar la repercusión funcional de las secuelas de la actora a la hora de desarrollar una actividad laboral a diferencia de lo que sucede en la declaración de discapacidad que atiende a las limitaciones para la realización de las actividades de la vida diaria a la vista de las lesiones objetivadas con arreglo al baremo contenido en el anexo al RD 1971/99, siendo por ello distintos los criterios tenidos en cuenta para declarar una u otra, carece de trascendencia alguna para alterar el sentido del fallo fijar el grado de discapacidad que tiene la actora y no podemos acceder a la adición interesada.

TERCERO.- Como segundo motivo al amparo del artículo 193 c) LRJS se alega la infracción del artículo 165, 195, 156 y 158 de la LGSS del 2015, RD legislativo 8/2015.

Al efecto y en relación al accidente no laboral señala la STS de 10 de Junio de 2009 (RCUD 3133/08) citando otra Sentencia de la Sala de 30 de abril de 2001: *“Analizando la infracción que se denunciaba del artículo 117.1, en relación con el artículo 124.4 de la Ley General de la Seguridad Social de 30 de junio de 1994 (RCL 1994, 1825), el tercero de los fundamentos jurídicos de dicha sentencia, razonaba la Sala que: “El primero (art. 117.1) considera accidente no laboral “el que, conforme a lo establecido en el art. 115, no tenga el carácter de accidente de trabajo”. Sostiénese, en definitiva, que si el infarto de miocardio es accidente de trabajo conforme al art. 115, cuando viene desencadenado por el trabajo, también debe considerarse como accidente no laboral cuando se produce como consecuencia de un esfuerzo extraño al trabajo, y en consecuencia la exigencia de un periodo de cotización en este caso, vulnera lo dispuesto en el art. 124.4 y el derecho a las prestaciones de seguridad social que reconoce el precepto. Esta argumentación no puede aceptarse, porque ni la*

remisión del art. 117.1 de la LGSS opera sobre todo el marco de definición del accidente de trabajo del art. 115, ni cabe entender que haya sido la intención del legislador establecer una asimilación como la que sostiene el recurrente, entre el accidente de trabajo y el accidente no laboral. Hay que subrayar que el repetido art. 117.1 tiene por accidente no laboral el que no sea accidente de trabajo, lo que equivale a decir que el ingrediente de "accidente", en sentido propio, siempre es indispensable; o sea, la norma evidencia que sólo otorga la condición de accidente no laboral al accidente propiamente dicho, y no a las lesiones corporales producidas por otras causas, como las que se relacionan en el núm. 2 del art. 115 y, en especial, las enfermedades que se mencionan en los apartados e), f) y g), como tampoco tiene sentido respecto del accidente no laboral la presunción que establece el núm. 3 o algunas de las restricciones o aclaraciones de los números 3 y 4. El art. 117.1 LGSS no menciona en ningún momento la lesión corporal y aunque se refiere al art. 115 lo hace para excluir de su ámbito todo lo que se comprende en esa última norma. Es una referencia excluyente que saca fuera del área de la acción del art. 117.1 todo lo que se comprende en aquel otro precepto. Desde luego, hay una lesión en el accidente no laboral, como la hay en el accidente de trabajo o en la enfermedad, común o profesional, pues lesión, según el Diccionario de la Real Academia, es "daño o detrimento corporal causado por herida, golpe o enfermedad", pero lo que caracteriza la noción de accidente no laboral, frente a la enfermedad común, no es la lesión que es elemento coincidente en ambos conceptos, sino el ser un accidente, es decir, una acción súbita, violenta y externa, como recuerda, plasmando una larga tradición conceptual, el art. 100 de la Ley 50/1980, de 8 octubre (RCL 1980, 2295), de Contrato de Seguro. Estas características no se cumplen en el caso del infarto, al menos en la inmensa mayoría de los casos, donde se cuenta con una previa enfermedad cardiaca; ni el esfuerzo derivado del ejercicio del deporte puede, en rigor, considerarse como acción exterior y violenta, en las circunstancias que constan en el relato fáctico. Se trata de una actividad que se realiza por la propia voluntad del interesado, quien la lleva a cabo con su propio cuerpo. Es cierto que la jurisprudencia de forma constante ha venido calificando de accidente de trabajo los infartos de miocardio (o enfermedades similares en cuanto al modo súbito de manifestarse) que se producen cuando la persona que los sufre se encuentra en el tiempo y lugar de su trabajo. Pero no puede olvidarse que, al menos la gran mayoría de esos pronunciamientos, se llega a tal conclusión, no por el hecho de considerar que infarto es un accidente en sí mismo, sino porque lo consideran incluido como una enfermedad de trabajo, en el sentido amplio que ha venido a retener el art. 115, en varios apartados de su núm. 2. Pero el criterio no puede extenderse a la distinción entre accidente no laboral y enfermedad común, que no responde a la finalidad de establecer una conexión entre la lesión corporal y el trabajo, sino a distinguir en términos que valoran la previsión entre lesiones debidas a acciones violentas de carácter súbito y externo y procesos que actúan de forma interna y por lo general a través de un progresivo deterioro del organismo. Reflexiones que confirma el propio art. 117, en su núm. 2, cuando establece que constituyen enfermedad común las "alteraciones de la salud" que no tengan la condición de accidentes de trabajo, conforme al art. 115.2, en sus apartados e/, f/ y g/; es decir, se subraya la presencia en el citado art. 115 de enfermedades, según su letra, además entendida extensivamente por la jurisprudencia cuando se cuenta con un enlace, al menos legalmente presumido, con la actividad laboral." 4.-

Igualmente conviene hacer referencia a las sentencias de esta Sala de 22 de octubre de 1999 (RJ 1999, 8738) (rec. 35/1999) y 27 de noviembre de 2002 (RJ 2003, 1932) (rec. 509/2002), y con ellas -abstracción hecha de los casos concretos que la suscitaron (muerte por sobredosis) a la doctrina de la Sala al respecto. En estas sentencias a efectos de diferenciar el accidente no laboral de la enfermedad común, recuerdan que "acerca de esta cuestión ya existe doctrina unificada por esta Sala como puede apreciarse en la sentencia de 27 de mayo de 1998 (RJ 1998, 5700) (Rec. 2460/1997), en la cual, partiendo de una antigua y continuada distinción jurisprudencial entre lo que es accidente y lo que es enfermedad -en sentencias que alcanzan desde la STS de 17 de junio de 1903 a las SSTS de 2 de junio de 1994 y 25 de enero de 1995 -, llegó a la conclusión de que deben considerarse causados por accidente todos aquellos eventos en los que el causante no falleció como consecuencia de un deterioro psico-físico desarrollado de forma paulatina que pudiera derivar naturalmente de su acreditada situación patológica previa de drogadicción (en cuyo caso estaríamos ante un supuesto de enfermedad), sino que la causa del óbito, repentino e imprevisto fue directamente producido por una concreta causa externa como puede ser la ingestión de una droga que por circunstancias de exceso de cantidad o defecto de calidad provoca una reacción inusual en el organismo que conduce a la muerte del afectado". 5.- A tenor de dicha doctrina, el accidente no laboral se caracteriza, frente a la enfermedad, en que el accidente se produce por una acción súbita, violenta y externa, mientras que la enfermedad supone un deterioro psico-físico desarrollado de forma paulatina, que no obedece a una acción súbita y violenta. En su consecuencia cuando la causa del óbito, repentino fuera directamente producido por una causa externa, no por un deterioro psico-físico, desarrollado de forma paulatina, estamos en presencia de un accidente no laboral. Si ello es así, sin duda que el suicidio puede ser considerado como accidente no laboral, pues el artículo 117.1 de la Ley General de la Seguridad Social, que lo define, delimitándolo negativamente en relación a las contingencias profesionales, no excluye del concepto de accidente no laboral, al que es consecuencia de una acción voluntaria del propio afectado, a diferencia con lo que sucede en el artículo 115.4 b), con respecto al accidente de trabajo, al excluir el causado por el propio trabajador, ya sea por dolo o por imprudencia temeraria. O dicho de otra manera, en este supuesto, la voluntariedad en la producción del siniestro no conlleva dejar sin prestación al trabajador, o en su caso, a sus familiares, pero si otorgársela sin el mayor plus de protección que comportaría su consideración como accidente de trabajo. Entender lo contrario, implicaría -dada la práctica imposibilidad conceptual y legal del encaje del suicidio como enfermedad común- el dejar sin protección a los familiares del trabajador suicidado, lo que por absurdo y contrario a la finalidad de la Seguridad Social ha de ser rechazado".

Partiendo de la revisión fáctica a la que hemos accedido en el primer motivo de recurso, en este caso nos encontramos con una trabajadora que tiene un accidente de tráfico que al no producirse en el trayecto de ida o vuelta al trabajo se califica de accidente no laboral. En dicho accidente sufre un golpe de otro vehículo siéndole diagnosticado inicialmente cervicalgia, y sin apreciarse fractura ósea en la radiografía realizada. El accidente se produce el 30 de noviembre del 2011 y es atendida en urgencias al día siguiente por referir tal dolor cervical, causando baja por tal contingencia de accidente no laboral el 15-12-11, reflejando además de la cervicalgia,

vértigos y mareos. En dicha situación de incapacidad temporal derivada de accidente no laboral permanece durante un año y a lo largo del mismo se le realiza una RNM en enero del 2012 en la que se aprecia fractura aplastamiento L2 y pérdida de altura de cuerpos D11 y L4 con hernias de Schmorl. El 4 de septiembre se diagnostica secuela de fractura acúñamiento dorso lumbares desde D12 a L4 a valorar en función de antecedentes traumáticos y osteoporóticos y a partir de esta fecha siguen apareciendo nuevas fracturas y aplastamientos, llegándose a señalar en informe médico de febrero del 2015 que presenta una osteoporosis incapacitante como consecuencia de los aplastamientos vertebrales múltiples con progresión de los mismos desde abril de 2014. A la vista de tales datos fácticos recogidos en la Sentencia, constando que la actora ha permanecido de baja por incapacidad temporal durante un año debido a un accidente no laboral tras el que manifestaba dolor cervical que no consta hubiera sufrido con anterioridad, y habiéndose apreciado en RNM fractura aplastamiento L2 y pérdida de altura en cuerpos de D11 y L4 que justificó que se le prescribiera tratamiento y que continuara con el mismo durante el año referido, consideramos que la contingencia de la prestación de incapacidad permanente interesada por la actora en el año 2014 deriva de accidente no laboral y no de enfermedad común como señala la Entidad Gestora. Es cierto que tras el alta médica de la actora en Enero del 2013, se han ido produciendo nuevas fracturas y aplastamiento hablándose por ello en los informes médicos de una progresión de los mismos y que además a la demandante se le ha diagnosticado una osteoporosis incapacitante que es una enfermedad común, pero como decimos dado que toda su patología se origina precisamente con motivo del accidente de tráfico sufrido, no constando dolencias previas ni que hubiera sido tratada por ellas, las dolencias declaradas en el dictamen del EVI así una osteoporosis incapacitante como consecuencia de los aplastamientos vertebrales múltiples, debemos considerar derivan de accidente no laboral, y así debemos declararlo apreciando por ello las infracciones alegadas en el escrito de recurso.

CUARTO.-En el último motivo de recurso, la demandante alega al amparo del artículo 193 c) LRJS la infracción de los artículos 194 y DT 26 del RD Legislativo 8/15 TRLGSS, estimando que la situación patológica de la actora es tributaria de la incapacidad permanente en grado de total interesada. Alega así que debido a sus dolencias no puede realizar los esfuerzos físicos y requerimientos de movilidad del raquis precisos para poder desarrollar su trabajo con el rendimiento, eficacia y habitualidad precisos y que derivado de ello debe estimarse la pretensión de su demanda.

De conformidad con lo previsto en el artículo 137 de la Ley General de la Seguridad Social (vigente artículo 194 LGSS 2015), es invalidez permanente la situación del trabajador que presenta reducciones anatómicas o funcionales graves, susceptibles de determinación objetiva y previsiblemente definitiva que disminuyan o anulen su capacidad laboral, alcanzando el grado de incapacidad permanente total, cuando el trabajador quede inhabilitado para la realización de todas o de las fundamentales tareas de su profesión habitual, siempre que pueda dedicarse a otra distinta (artículo 137 LGSS). Con arreglo a la Jurisprudencia, a la hora de calificar la situación del trabajador, lo que interesa es la valoración de la capacidad laboral residual que las dolencias tenidas por definitivas, permite al afectado, entendido ello como la

posibilidad real de poder desarrollar su actividad profesional en unas condiciones normales de habitualidad, con el rendimiento suficiente y esfuerzo normal, sin exigencia de un esfuerzo superior o especial, prestada la actividad con la necesaria profesionalidad y conforme a las exigencias mínimas de continuidad, dedicación y eficacia exigibles en todo trabajo. En cuanto a la profesión habitual tal y como viene señalando la Jurisprudencia, no cabe entender las concretas tareas que se pudieran llevar a cabo cuando se actualiza el hecho causante de la incapacidad permanente, sino que se ha de partir del oficio que define el convenio colectivo, o lo que es igual, la profesión habitual no es coincidente con la labor que se realice en un determinado puesto de trabajo, sino aquella que el trabajador está cualificado para realizar y a la que la empresa le haya destinado o pueda destinarle en movilidad funcional.

En el presente caso con arreglo al dictamen del EVI y al informe médico de síntesis que es el que viene a acoger el Magistrado de Instancia tal y como así se indica con valor fáctico en la fundamentación jurídica de la Sentencia, las secuelas que presenta la actora le limitan para la realización de esfuerzos físicos por el peligro de nuevos aplastamientos. Poniendo en relación sus secuelas con las limitaciones funcionales que le provocan y las tareas propias de su profesión habitual de limpiadora, a diferencia de lo que ha entendido el Juzgador a quo, sí consideramos que la profesión de la demandante de limpiadora exige la realización de esfuerzos físicos que debido a sus dolencias no puede realizar dado el riesgo grave de nuevos aplastamientos y debemos por ello acceder a la petición de la demanda de declarar a la trabajadora en situación de incapacidad permanente total para su profesión habitual y derivada de accidente no laboral. Como en la contingencia de accidente no laboral no se exige periodo previo de carencia para que el interesado pueda acceder a las prestaciones correspondientes tal y como se recoge en el vigente artículo 165 LGSS, el periodo cotizado por la actora de 1055 días no puede impedir que la demandante acceda al prestación de incapacidad permanente total para su profesión habitual interesada en la demanda y se le debe reconocer el derecho a la misma con arreglo a la base reguladora recogida en los hechos probados de 295,86 euros mensuales y con los efectos que correspondan y porcentaje del 75% habida cuenta de la edad de la actora superior a los 55 años.

Por ello;

VISTOS los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

FALLAMOS

Que estimando el recurso de suplicación interpuesto por D^a. D.L.A. contra la sentencia de fecha dos de Marzo del Dos Mil Dieciséis dictada por el Juzgado de lo Social número 1 de Alicante en autos 682/2014 seguidos a instancias de la recurrente frente al INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, debemos revocar la Sentencia de instancia, acordando en su lugar estimar la demanda instada por el

recurrente y en consecuencia declarar que la demandante se encuentra en situación de incapacidad permanente total para su profesión habitual derivada de accidente no laboral, con derecho a percibir con cargo a la entidad Gestora una pensión vitalicia equivalente al 75% de la base reguladora mensual de 295,86 euros y con los efectos que legalmente correspondan.

Sin costas.

2266

Sentencia núm. 1.848, de 4 de julio de 2017

Materia: Reclamación de cantidad. Trabajadora que presta sus servicios como limpiadora en empresa codemandada. Subrogación de empresas. Sucesión de contratas. Responsabilidad solidaria de las cantidades adeudadas a la trabajadora.

Juzgado: Estima parcialmente la demanda condenando a la empresa y administración codemandadas al abono a la actora de determinada cantidad, a lo que deberá añadirse otra en concepto de interés por mora.

Sala: Estima el recurso de la parte demandante en la instancia y condena solidariamente a las dos empresas en el pago de las cantidades establecidas en la sentencia de instancia. Se estima el recurso del abogado de la Generalitat absolviendo a la Conselleria demandada de la condena impuesta.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-Frente a la sentencia de instancia que estimando parcialmente la demanda planteada por la actora condenó solidariamente a la empresa E.L.I. S.L., ahora denominada T.W. SL, y a la Conselleria de Sanidad, a que abonen a la misma la suma que consta en el fallo, más los intereses que especifica, y absolvió a la empresa K.L.E. S.L., de las pretensiones efectuadas en su contra, formulan la parte actora y la Conselleria de Sanidad, respectivamente, sendos recursos de suplicación, cada una en un único motivo confeccionado al amparo del apartado c) del art. 193 de la LRJS.

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

SEGUNDO.-La parte actora denuncia, al amparo del apartado c) del artículo 193 de la LRJS, que se ha infringido el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores y el artículo 7 del Convenio Colectivo de ámbito de Limpieza de edificios y locales para centros sanitarios dependientes de la Conselleria de Sanidad, estimando que debe hacerse extensiva la condena a la empresa K.L.S.L., en cuanto que la misma es

adjudicataria de la contrata de servicio de limpieza del Centro de Salud donde trabajaba la actora y ha subrogado tanto a tal persona como al resto de trabajadores de la contrata, por lo que conforme reiterada jurisprudencia, al margen de lo que disponga la norma sectorial, en los cambios de contrata, por considerar que existe una entidad económica dado que el elemento patrimonial esencial se reduce a la mínima expresión, siendo la mano de obra, procede la aplicación del art. 44 del E.T. y por tanto subrogarse en todos los derechos y obligaciones. Además, sigue diciendo la recurrente que, conforme al art. 7 del Convenio colectivo provincial de Limpieza, procede igualmente la subrogación.

La cuestión litigiosa en este motivo del recurso, se circunscribe a determinar si la empresa K.L.E., S.L. que se subrogó en la contrata de limpieza del Centro sanitario donde trabajaba la actora en Alicante, que hasta entonces había prestado E.L.I. S.L., responde solidariamente con ésta de las cantidades devengadas por los trabajadores adscritos a esa contrata antes de producirse la subrogación y que han pasado a prestar servicios para ella.

Son muchas las sentencias del Tribunal Supremo que han abordado el régimen jurídico de la sucesión de contratas. Entre ellas destacan, por ser las más recientes, las SSTS de 9 y 10 de julio de 2014 (rcud.1204/2013 y 1051/2013). Comienzan recordando estas sentencias la doctrina de la Sala sobre la sucesión de empresas y la sucesión de plantillas sentada en aplicación de la Directiva 2001/23, del artículo 44 del ET y de la doctrina del TJUE en múltiples sentencias, como las de 29 de mayo de 2008 (R. 3617/2006), 27 de junio de 2008 (R. 4773/2006), 28 de abril de 2009 (R. 4614/2007), 7 de diciembre de 2011 (R. 4665/2010), 28 de febrero de 2013 (R. 542/2012) y 5 de marzo de 2013 (R. 3984/2011). Más concretamente por lo que se refiere a la sucesión de contratas o concesiones con "sucesión de plantillas", señalan estas sentencias que este fenómeno *"se caracteriza por la presencia de las siguientes relaciones y circunstancias entre personas físicas y/o jurídicas: A) una empresa contratista o adjudicataria de servicios ("empresa entrante") sucede a la que desempeñaba anteriormente tales servicios o actividades ("empresa saliente") por cuenta o a favor de un tercero (empresa "principal" o entidad "comitente"); B) la sucesión de contratas o adjudicaciones se ha debido a que la empresa o entidad comitente ha decidido dar por terminada su relación contractual con la "empresa saliente", encargando a la "empresa entrante" servicios o actividades sustancialmente iguales a los que desarrollaba la contratista anterior; C) la "empresa entrante" ha incorporado al desempeño de los servicios o actividades objeto de la contrata o adjudicación a un parte importante, cualitativa o cuantitativamente, de la plantilla de trabajadores de la "empresa saliente"; y D) el activo principal para el desempeño de los servicios o actividades objeto de la contrata es la "mano de obra" organizada u organización de trabajo"*.

A partir de esta doctrina, se insiste en que la "mera sucesión de contratistas no está contemplada en el artículo 44 del E.T. cuando no existe transmisión de activos patrimoniales necesarios para la explotación contratada. Pero la subrogación empresarial que el citado precepto estatutario impone sí se produce cuando se transmite una organización empresarial en aquellos supuestos denominados "sucesión de plantillas", en los que la actividad descansa, esencialmente, en el factor humano, en

la organización y dirección de la actividad del personal cualificado que se emplea en la ejecución del servicio contratado, en la ejecución de la contrata. En estos supuestos, si el nuevo contratista asume la mayor parte del personal que empleaba el anterior, se entiende que existe sucesión de empresa en su modalidad de "sucesión de plantillas", lo que obliga al nuevo contratista a subrogarse en los contratos laborales del anterior, no de forma voluntaria sino por imperativo legal, al haberse transmitido una organización empresarial basada esencialmente en el factor humano, en el trabajo, cual se deriva de la doctrina antes reseñada."

En el caso que ahora se enjuicia, nos encontramos ante una "sucesión de plantillas", pues la empresa K.L.E., S.L. se ha subrogado en el contrato de la trabajadora que prestaba servicios en el Centro de Salud como limpiadora, y cuestionándose si debe asumir el pago de las cantidades que se devengaron cuando la titular de la contrata era E.L.I., S.L., a la vista de la doctrina jurisprudencial expuesta el recurso de la parte actora debe prosperar, pues producida la subrogación empresarial prevista en el artículo 7 del convenio colectivo, entra en juego el mecanismo del artículo 44 del ET, en virtud del cual la nueva titular de la contrata "queda subrogada en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior". El propio artículo 7 del convenio así lo dispone también en su último párrafo, en el que se dice expresamente que "en lo no previsto en el presente artículo, se estará a lo dispuesto en el artículo 44 y concordantes del Estatuto de los Trabajadores". Todo lo cual nos lleva a la estimación del recurso de la parte actora.

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

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

Expuesto lo anterior debemos indicar que esta Sala, en la sentencia (entre otras) dictada al resolver su Recurso de Suplicación nº 1155/15, ha resuelto el mismo debate que el ahora planteado y en relación con otra trabajadora, limpiadora del Hospital Universitario de Alicante, contratada por E. (hoy T.W., SL) que era la titular de la contrata hasta el 31-01-2012, subrogándose en la misma K. a partir del 01-2-2012. Por ello, razones de igualdad en la aplicación de la ley, uniformidad y coherencia determinan que estemos a lo en dichas sentencias resuelto.

La sentencia objeto de recurso considera que la Conselleria demandada debe ser condenada dado que el servicio de limpieza es absolutamente imprescindible para la prestación y el desarrollo de un adecuado servicio de sanidad, siendo impensable prescindir de la limpieza de un hospital, pero frente a ello debe tenerse en cuenta que

el artículo 42 del ET solo puede ser aplicado a aquellos empresarios que contraten o subcontraten con otros la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad de aquellos.

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

FALLO

Que estimando el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de V.C.P., contra la sentencia de 11 de junio de 2015 del Juzgado de lo Social nº 4 de los de Alicante, revocamos en parte la citada sentencia en el sentido de declarar la responsabilidad solidaria de la empresa KLE S.L., con la otra empresa ELI SL (hoy T.W. SL), en el pago de las cantidades establecidas en la sentencia de instancia, condenando a ambas empresas de modo solidario a abonar a la parte actora las referidas cantidades.

Que estimando el recurso de suplicación interpuesto por el Abogado de la Generalitat contra la sentencia anteriormente citada, la revocamos en parte en el sentido de absolver a la Conselleria de Sanidad de la Generalitat Valenciana de la condena impuesta.

Sin costas.

2267

Sentencia núm. 1.855, de 4 de julio de 2017

Materia: Conflicto colectivo. Modificación sustancial de las condiciones de trabajo.

Caducidad de la acción opuesta por la demandada. Existencia de caducidad.

Juzgado: Aprecia la caducidad de la acción opuesta por la demandada y desestima la demanda. No entra a conocer el fondo del asunto.

Sala: Desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia. Habiendo notificado la medida adoptada por la empresa en determinada fecha, cuando se plantea la de conflicto colectivo, ha transcurrido con creces el plazo legal para su interposición.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Por las representaciones letradas de la Federación de Servicios de UGT en el PV y de CCOO del PV se formulan sendos recursos de suplicación contra la sentencia de instancia, recaída en proceso de conflicto colectivo, y que sin entrar a conocer del fondo del asunto, estimó la caducidad de la acción ejercitada, en la que se cuestionaba una modificación sustancial de las condiciones de trabajo de las empleadas de la compañía demandada, dedicada a la limpieza de edificios y locales.

Como quiera que ambos recursos se fundan en lo sustancial en la discusión de la existencia de la caducidad y se estructuran de manera semejante, se examinarán conjuntamente.

Así, en el primero de los motivos, que se ampara en el artículo 193 “b” de la LRJS, se propone la modificación del sexto hecho probado de la sentencia, con la finalidad de que el tenor literal de este se amplíe merced la inclusión de una frase que indique que dichas cartas (aludiendo a las fechadas el 1 de septiembre de 2016 y que se reproducen en el quinto ordinal de la sentencia) se han notificado a todos los trabajadores de la empresa que realizan el servicio de limpieza en los centros docentes de la Conselleria de Educación-lote 11, y que la empresa no comunicó el inicio del período de consultas para la aplicación de una modificación sustancial colectiva a la representación de los trabajadores con antelación a la adopción y aplicación de la medida, si bien posteriormente se abrió un proceso de negociación con ambas centrales, pero sin llegarse a acuerdo alguno, notificando la empresa a los trabajadores que acabadas estas se hacían efectivas las medidas acordadas a partir del 9 de noviembre de 2016.

Y el motivo debe decaer, pues aunque lo que se interesa consignar aparece contrastado documentalmente, no tiene relevancia, como luego se verá, para alterar el signo del fallo recurrido.

SEGUNDO.- En el apartado destinado al examen del derecho aplicado se

reprocha a la sentencia la infracción de los artículos 41 y 59 del ET, así como del artículo 64 de la LRJS.

Lo que se objeta es la decisión de entender caducada la acción ejercitada en la demanda, que se funda en que habiéndose comunicado a los trabajadores afectados por la medida a través de cartas fechadas el día 1 de septiembre de 2016, cuando se presenta la demanda el día 8 de noviembre de 2016 se encontraba caducada la acción, sin otorgar tampoco efectos interruptivos al intento de conciliación ante el TAL, en atención a lo que señala al respecto el artículo 138 de la LRJS, que dispone un plazo de veinte días hábiles para formular la demanda.

Para resolver la controversia debe partirse de que estamos en presencia de una medida colectiva, pues la modificación que se reputa sustancial afecta a los setenta y dos trabajadores que prestan servicios de limpieza en los centros educativos adscritos al llamado “Lote Valencia 11”, como se indica en el tercer hecho probado de la sentencia. Por ello es de aplicación lo previsto en el artículo 138 de la LRJS, que nos habla de un plazo de veinte días para impugnar judicialmente la medida empresarial, aunque no se hubiera seguido el procedimiento dispuesto, en este caso, en el artículo 41 del ET, pues este precepto se refiere sin duda a las impugnaciones de carácter individual o plural que no se pueden entender colectivas por mor de los umbrales legales, así como a las colectivas.

Se argumenta en síntesis que al tratarse de una modificación colectiva de condiciones laborales, la empresa debió seguir los cauces establecidos en el mencionado artículo 41, esto es, desde la apertura del periodo de consultas a la comunicación de la decisión final a los representantes de los trabajadores, y que al no realizarse de ese modo, no cabe aplicar el plazo perentorio de veinte días señalado en el artículo 138 de la norma procesal laboral y si el general de un año fijado en el artículo 59 del ET.

El motivo debe decaer. Como recuerda la sentencia del TS de 21 de octubre de 2014, citada en la propia sentencia aquí recurrida, tras la entrada en vigor de la Ley 36/2011 el controvertido plazo de 20 días de caducidad para la impugnación de las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo es aplicable en todo caso, aun cuando no se hubiera seguido el trámite del artículo 41 del ET, resultando ociosa cualquiera argumentación que verse sobre el grado de cumplimiento del procedimiento que marca el citado precepto legal, pues con independencia de la mayor o menor acomodación a las exigencias del previo periodo de consultas, la acción que se ejercitaba en la demanda tiene que someterse en todo caso al mencionado plazo de caducidad.

En el caso que se examina, resulta acreditado que la notificación de la medida adoptada por la empresa tuvo lugar el día 1 de septiembre de 2016, a todas y a cada una de las trabajadoras, al igual que a las personas que se designan nominativamente en el sexto hecho probado de la sentencia, que tienen la condición de representantes de los trabajadores de la empleadora. Por tanto, conocido que en esa fecha se notificó a los representantes de los trabajadores la medida cuestionada en la demanda, cuando

se plantea la de conflicto colectivo el día 8 de noviembre de 2016 había transcurrido con creces el plazo señalado en el artículo 138 de la LRJS, lo que comporta la desestimación de los recursos y la confirmación de la sentencia objeto de ellos.

FALLO

Que debemos desestimar y desestimamos los Recursos de Suplicación interpuestos en nombre de FEDERACIÓN DE SERVICIOS DE UGT EN EL PAIS VALENCIANO y de CS. CCOO. PV contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 5 de Valencia de fecha 2 de enero de 2017, y en su consecuencia debemos confirmar y confirmamos la sentencia recurrida.

2268

Sentencia núm. 1.875, de 6 de julio de 2017

Materia: Reclamación de cantidad. Trabajador con contrato indefinido a jornada completa que ejerce como director comercial de grupo empresarial. Retribución fija y variable según objetivos. Seguro colectivo de vida. Incumplimiento empresarial obligación asumida en contrato de trabajo. Cálculo indemnización por perjuicio causado.

Juzgado: Teniendo a la parte actora por desistida de la prosecución de su demanda contra la compañía de seguros y desestimando la demanda contra las empresas codemandadas, absuelve a las mismas de las pretensiones deducidas de contrario.

Sala: Estima el recurso condenando solidariamente a las empresas codemandadas a abonar a los demandados determinada cantidad por los daños y perjuicios ocasionados.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. Se recurre por la letrada designada por doña M.P.G.G., la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº. 5 de Valencia que desestimó su demanda presentada contra las sociedades R.H. SA C.V. SA, E.R. SL, Sice S.S.I.C.E. SA, O. SL, C. SA, O. SA, P.A.SL y C.B. SA a las que se reclamaba el pago de una indemnización fijada en 461.257 €, como consecuencia del incumplimiento empresarial de la obligación asumida en el anexo del contrato de trabajo suscrito con don E.J.P.M. de concertar un seguro de vida y salud a su favor.

2. La sentencia que ahora se recurre en suplicación, si bien reconoció que la empresa se comprometió a “costear” un seguro de vida en favor del trabajador o de persona por él designada, entendió que ello no era más que “una mera expectativa que solo se consolidaría como derecho efectivo cuando el seguro se hubiere formalizado”.

SEGUNDO.- El recurso contiene un primer motivo en el que al amparo del apartado b) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS) se solicita la revisión de los hechos que la sentencia declara probados, en los términos que pasamos a examinar:

1) Que se modifique el hecho primero para que se deje constancia de que fue a partir de la nómina de febrero de 2014 cuando el trabajador comenzó a percibir la prima de seguro de salud y de seguro de accidentes.

Pues bien, sin perjuicio de señalar que el texto que se pretende modificar es el del hecho segundo y no el del primero y que no se atisba la trascendencia que pueda

tener para el resultado del litigio, se accede a la modificación por fidelidad a los hechos tal y como se reconoce en el escrito de impugnación del recurso.

2) Se propone la introducción de dos hechos nuevos numerados como séptimo bis y séptimo ter, en relación con la inclusión del Sr. P.M. en la póliza de accidentes colectivos suscritos con H. Compañía Suiza. En concreto, el texto que se propone para el hecho probado séptimo bis es el siguiente: “Con fecha de efectos de 18 de febrero de 2014 y hasta el 1 de enero de 2015 se incluye a D. E.J.P.M. en la póliza nº P3 C30 0000776, denominada H. Accidentes Colectivos que la mercantil R.H., SA tenía suscrita con H. Compañía Suiza SA en Seguros y Reaseguros con fecha de efectos inicial del 12 de enero de 2007, en el que se le incluye en el grupo de capital de 180.000 euros como Director Comercial, incluyendo ese mismo día D. J.M.A.C. y D. C.A.B., como vendedores en el grupo capital de 60.000€”. Y en el séptimo ter –que se da por reproducido- se solicita la transcripción de algunos apartados de la citada póliza, en concreto, el capital asegurado en caso de fallecimiento o invalidez parcial y permanente de gerentes, directores y ejecutivos de 180.000 €; y los apartados 7 –remisión al convenio colectivo- y 8 –beneficiarios en caso de fallecimiento-.

Se admiten estos nuevos hechos pues así resultan de la documental aportada por la empresa.

3) Por último, se proponen dos nuevas adiciones señaladas como noveno bis y noveno ter –que también se dan por reproducidas-. Se justifica esta petición porque una parte de la indemnización que se reclama en este procedimiento tiene que ver con el incremento de la tributación que se produciría si se reconociera a la Sra. G. el derecho a percibir el capital del seguro de vida.

Con esta base se solicita que se expresen como hecho noveno bis, los ingresos brutos percibidos por doña P.G. durante los ejercicios 2013, 2014 y 2015 de la empresa A.N. Petición a la que se accede pues así resulta de la documentación que se indica por la recurrente.

La propuesta de hecho noveno ter tiene tres párrafos. El primero es la transcripción de la consulta vinculante realizada por la Sra. G. a la Dirección General de Tributos en la que se le dice que la eventual percepción de la indemnización por la no suscripción por la empresa del seguro de vida “no constituye realización del hecho imponible del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones”. Se accede a esta petición pues se corresponde con la documentación señalada.

Sin embargo, los dos siguientes párrafos que se proponen no pueden ser aceptados en cuanto no reflejan hechos sino valoraciones jurídicas, como es la sujeción como ganancia patrimonial al Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas de la eventual indemnización que se pudiera reconocer a la Sra. G

TERCERO.- 1. Los restantes motivos del recurso –del segundo al cuarto- están redactados al amparo del apartado c) del artículo 193 LRJS –si bien, sin duda por error mecanográfico se cita el artículo 192 de la norma procesal- y tienen por objeto la

revisión del derecho aplicado por la sentencia recurrida. Se denuncia en ellos la infracción de diferentes preceptos como son: el artículo 16.1 del convenio colectivo estatal de pastas, papel y cartón, que establece la obligación de suscribir un seguro colectivo de vida, en relación con los artículos 191 y 192 de la Ley General de Seguridad Social, texto refundido 1/1994, y con el artículo 82.3 del Estatuto de los Trabajadores (ET) –motivo segundo-; los artículos 1254, 1101, 1106 y 1902 del Código Civil –motivo tercero-; y estos mismos preceptos en relación con el baremo anexo al texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre –motivo cuarto-.

Lo que, en esencia, se defiende en estos motivos es lo siguiente: a) Que la empresa incumplió la obligación asumida en el contrato y recogida en el convenio colectivo de suscribir un seguro de vida a favor de don E.J.P. b) Que ese incumplimiento ha provocado un perjuicio que debe ser reparado mediante la correspondiente indemnización. c) Que la cuantificación de la indemnización se ha realizado tomando como base el baremo del año 2014 anexo al texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, a la que se ha añadido “los efectos fiscales que se derivaban del incumplimiento de la empresa, al no poder tributar por sucesiones sino por IRPF”.

Por consiguiente, lo primero que habrá que resolver es si se ha producido el incumplimiento empresarial que se denuncia en la demanda y que la sentencia ha rechazado, y solo en el caso de que se estimara que ello ha sido así, se podrá concretar el importe de la indemnización pertinente para reparar el daño causado.

2. Como hemos señalado al inicio de esta resolución, la sentencia recurrida desestimó la pretensión ejercitada por la viuda de don E.J.P.M. y sus hijos, por entender que si bien “el trabajador tenía derecho a exigir a la empresa que costeara (...) un contrato de seguro (esto) era una mera expectativa que solo se consolidaría como derecho efectivo cuando el seguro se hubiera formalizado”. Sigue diciendo la sentencia que “No hubo ningún compromiso por parte de la demandada de tener suscrita una póliza ni desplegando efectos en fecha alguna” –sic-.

3. Sin embargo, no podemos estar de acuerdo con esta conclusión a la vista de lo pactado en el anexo al contrato de trabajo suscrito el día 25 de enero de 2011 en que el Sr. P.M. comenzó a prestar servicios para el Grupo R.H., S.A. En efecto, en la cláusula segunda de ese anexo al contrato de trabajo se pactaron las retribuciones que debía percibir el Sr. P. por su trabajo como director comercial del grupo empresarial. Y en el apartado 2.3, referido a las “Retribuciones en especie” se estipuló lo siguiente: “La sociedad pondrá a disposición del trabajador un coche, un ordenador portátil y un teléfono móvil para su uso profesional y particular cuyos gastos serán satisfechos por la Sociedad.

La sociedad asumirá el coste de un seguro de vida y salud a favor del trabajador o la persona por él designada. Dichos seguros, así como las entidades aseguradoras, serán elegidos discrecionalmente por la sociedad” (el subrayado es nuestro). Este

segundo párrafo de la cláusula 2.3 del anexo del contrato de trabajo, entronca con el artículo 16 del convenio colectivo estatal de pastas, papel y cartón, en el que se establece la obligación empresarial de concertar un seguro colectivo de vida.

4. Por tanto, no cabe duda que desde la firma del contrato de trabajo la empresa asumió la obligación de concertar un seguro de vida y salud a favor del trabajador. Dice la sentencia recurrida que no es exactamente lo mismo costear un seguro que formalizarlo, y a partir de ahí entiende que el trabajador tenía una expectativa y no un derecho consolidado a estar asegurado. Pero no podemos estar de acuerdo con esta premisa y conclusión por las siguientes razones: En primer lugar, porque el convenio colectivo de aplicación es claro al respecto al imponer a las empresas del sector la obligación de concertar un seguro colectivo de vida que debe cubrir los riesgos que se especifican; y no se puede desconocer que los convenios colectivos son fuente de la relación laboral (art. 3 ET). Y en segundo lugar, porque de acuerdo con las normas sobre interpretación de los contratos contenidas en el Código Civil, la interpretación de las cláusulas oscuras no deberá favorecer a la parte que hubiese ocasionado la oscuridad (art. 1288); oscuridad que, de existir en este supuesto, en ningún caso se podría imputar al Sr. P. dada la claridad con la que se expresa el convenio al reconocerle el derecho a ser beneficiario de un seguro de vida. Pero no solo eso, sino que, además, existe el mandato legal de que las cláusulas de un contrato se interpreten las unas por las otras, atribuyendo a las dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas (art. 1285 CC). Y debe recordarse que la cláusula en cuestión está configurada en el anexo del contrato como una de las retribuciones en especie reconocidas al Sr. P., por lo que no tiene sentido mantener que se trata de una mera expectativa sin contenido económico, pues si estamos en presencia de una retribución, esta debe tener necesariamente un contenido económico determinado o determinable. Al respecto, resulta necesario recordar que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1273 CC el objeto del contrato debe ser una cosa determinada en cuanto a su especie, en este caso la obligación de concertar un seguro de vida a favor del trabajador, sin que la indeterminación de la cantidad sea un obstáculo para la existencia del contrato; y que, en cualquier caso, el cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes (art. 1256). En definitiva, si la empresa se comprometió a “asumir el coste de un seguro de vida y salud a favor del trabajador” debió cumplir con esa obligación desde el mismo momento de la firma del contrato.

Por último, no está de más señalar que esta línea interpretativa ha sido la seguida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo en supuestos que presentan cierta analogía con el actual, como son aquellos en los que pactado el derecho a percibir por el trabajador un bonus en función de los resultados de la empresa se produce una falta de concreción únicamente imputable a esta última. En estos casos se ha entendido por la Sala IV del Tribunal Supremo que “Si se acuerda un complemento salarial por objetivos, pero su concreción final queda a la exclusiva voluntad del empresario y, además, el acuerdo que lo estableció está ambigüamente redactado hasta el punto no es posible determinar las condiciones para su devengo, la empresa debe abonar el complemento en todo caso” (STS 9 julio 2013, rec. 1219/2012). Por tanto, “mutatis

mutandi”, también en este supuesto la empresa debió concertar el seguro en todo caso.

CUARTO.- 1. Acreditado el incumplimiento empresarial de la obligación contraída en la cláusula 2.3 del anexo al contrato de trabajo suscrito el 25 de enero de 2011, surge la obligación de resarcir los daños y perjuicios derivados de ese incumplimiento de conformidad con lo ordenado en el artículo 1101 CC, según el cual: “Quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados, los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquellas”.

2. Como ya hemos adelantado, la recurrente pretende para la determinación de la indemnización resarcitoria la aplicación del baremo anexo al texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos de motor aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre.

3. Es cierto que la aplicación del mencionado baremo ha sido aceptada por la jurisprudencia de la Sala IV del Tribunal Supremo para el cálculo de la indemnización de daños y perjuicios derivada de un accidente de trabajo, pues se argumenta que “resulta oportuno -que no obligatorio- la utilización, como criterio de orientación analógica -nunca por reproducción mimética de las concretas operaciones contenidas en el Anexo-, del sistema de valoración de daños del Anexo introducido por la Disposición Adicional Octava de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre (hoy Anexo al Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, cuyos módulos han sido cuantitativamente actualizados por Resolución de 7 de enero de 2007 de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones)” (STS 20 de octubre de 2008, reproducida en otras posteriores como la de 20 de noviembre de 2014, rec. 2059/2013).

Pero lo que se enjuicia en este procedimiento no es la eventual responsabilidad empresarial en el fallecimiento de don E.J.P., sin otra cosa bien distinta: el incumplimiento de la obligación empresarial asumida en el contrato de trabajo de suscribir una póliza de seguro de vida a favor del trabajador. Por tanto, no resulta apropiado, a juicio de esta Sala y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 4 CC, aplicar por analogía a este caso una norma que está contemplando un supuesto de hecho radicalmente diferente, como es la responsabilidad empresarial por los accidentes sufridos por el trabajador.

4. Como ha señalado la jurisprudencia, la indemnización debe tender hacia la reparación íntegra del daño causado (SSTS 8 de octubre de 2001 -rec. 1869/1996-, 31 de diciembre de 2003 -rec. 531/1998- y 17 de julio de 2007 -rcud.513/2006-), lo que se proyecta en una doble dirección: por un lado, debe abarcar todos los perjuicios ocasionados por el acto dañoso; pero, por otro lado, no puede acarrear al enriquecimiento injusto del damnificado. Rige, por tanto, en la materia el principio de proporcionalidad entre el daño y su reparación, a cuyo tenor se exige que la indemnización sea adecuada y proporcionada (STS 17 de julio de 2007 -rcud.513/2006- reproducida por la de 17 de febrero de 2015 -rcud-1219/2014-).

Se trata de una tarea compleja y muchas veces insatisfactoria. Ahora bien, en el supuesto que ahora se enjuicia existe un dato que resulta fundamental para cuantificar la indemnización a que tienen derecho los herederos del Sr. P. Se nos dice en el hecho probado 8 de la sentencia recurrida, que con efectos de 24 de octubre de 2014 la empresa R.H., S.A. concertó una póliza de seguro de vida con distintas cantidades aseguradas: 180.000 € para consejeros delegados; 100.000 € para gerentes y 60.000 € para el resto de directores y responsables. Estamos, por tanto, ante una actuación posterior al contrato suscrito con el Sr. P. pero que puede servir para juzgar la intención de la empresa (art. 1282 CC) que era la parte a la que el contrato le concedía discrecionalidad para concertar el seguro.

Por consiguiente, si inmediatamente después del fallecimiento de don E.J.P. la empresa concertó un seguro de vida con un capital asegurado de 60.000 € para los trabajadores que ostentaban una categoría equivalente a la que tenía aquél, consideramos que la reparación del daño causado a sus herederos por el incumplimiento de la cláusula del anexo del contrato de trabajo debe coincidir con esa cantidad de 60.000 euros, por ser la que habrían percibido de haber cumplido la empresa en su momento el compromiso adquirido a la firma del contrato de trabajo.

QUINTO.- 1. La última cuestión que queda por resolver es la planteada en el penúltimo párrafo del último motivo del recurso. Lo que se solicita en él es que la indemnización por el incumplimiento empresarial cubra, también, los efectos fiscales que se derivan de ese incumplimiento, “al no poder tributar por sucesiones sino por IRPF”.

En relación con esta cuestión se argumentaba en la demanda que “el incumplimiento por la empresa de su deber de contratar el seguro de vida y salud antedicho a favor del trabajador causa otro grave perjuicio patrimonial a sus herederos”, pues en lugar de tributar por el impuesto de sucesiones que goza de unas importantes bonificaciones, deberán tributar como ganancia patrimonial en la base imponible general del IRPF. Y terminaba señalando la demanda que “a la vista de la cuantía de la indemnización que se solicita, el pago a la Agencia Tributaria ascenderá a 141.000 euros aproximadamente”.

2. Este motivo del recurso está escasamente fundamentando, pues no se citan las normas tributarias que serían de aplicación y de las que se derivarían los perjuicios que se reclaman por este concepto. Al respecto conviene recordar que el artículo 196.2 LRJS exige que en el escrito de interposición del recurso se citen las normas del ordenamiento jurídico o la jurisprudencia que se consideren infringidas; y, en todo caso, que se razone la pertinencia y fundamentación del motivo. Esta exigencia es básica pues como señala la STS de 8 de julio de 2015 (rec.223/2014) su incumplimiento “produciría un doble resultado pernicioso para los principios que deben regir el proceso y para la finalidad que éste está llamado a cumplir. Por un lado, se estaría pretendiendo que fuera el propio Tribunal quien tuviera que construir y fundamentar el recurso, con la consiguiente pérdida de la obligada neutralidad de aquél: la construcción y argumentación del recurso únicamente a la parte recurrente incumbe; y por otro, la decisión del recurso que hubiera de adoptar el órgano jurisdiccional en

estas condiciones, necesariamente habría causado indefensión a la parte recurrida, porque le habría impedido conocer con la debida claridad y precisión el sentido y alcance de la tesis de su contrincante, de suerte que no hubiera podido rebatirla con la necesaria seguridad y eficacia".

3. Es verdad que esta petición entronca con la contenida en el motivo primero en el que se pretendía que se añadiera al relato fáctico de la sentencia un hecho nuevo como noveno ter. A tal solicitud hemos dado respuesta en el apartado 3) del fundamento de derecho tercero, en el que admitimos que se adicione al relato fáctico de la sentencia la respuesta dada por la Dirección General de Tributos a la solicitud de doña P.G., en la que se le decía que la indemnización que pudiera llegar a reclamar por el perjuicio económico que pudiera entenderse causado a ella y a sus hijos por la no suscripción por la empresa del seguro de vida no constituye realización de hecho imponible del Impuesto de Sucesiones y Donaciones. A partir de esta respuesta se entiende que los demandantes sufrirán un perjuicio económico cuando tengan que declarar en el IRPF como ganancia patrimonial la indemnización que se reclama en este procedimiento. Y si bien es cierto que puede que ello sea así, también lo que es que no estamos ante un perjuicio que se haya sufrido ya, sino ante un eventual perjuicio futuro cuya cuantificación dependerá de las reglas tributarias que estén vigentes en el momento en que se declare la percepción de la indemnización, así como de las condiciones que concurran en los sujetos obligados a tributar. En otras palabras, no se puede reclamar en este momento la indemnización por un perjuicio que todavía no se ha producido y del que se ignora su alcance económico.

4. Así las cosas y dada la contundencia con que se expresa el artículo 99 LRJS en cuanto a la prohibición de reservas de liquidación de cantidades para la ejecución de sentencia, entendemos que en este procedimiento solo se pueden reclamar los perjuicios ya producidos y acreditados que hemos cifrado en 60.000 €, pero no los que se puedan producir en el futuro por los efectos fiscales derivados del incumplimiento empresarial de concertar un seguro de vida y salud a favor de don E.J.P.M. Todo ello, sin perjuicio de la reserva de las acciones que pudieran corresponder a los demandantes para reclamarlos cuando se produzcan.

5. Por último y por lo que respecta al alcance subjetivo de la responsabilidad que se declara en esta sentencia, la condena se debe extender a todas las empresas codemandadas con la salvedad de C.B. S.L., pues la sentencia recurrida, en pronunciamiento que no ha sido combatido, declara que todas ellas, con la excepción de esta última, "han actuado frente al trabajador como un empresario único, de conformidad con lo establecido en el artículo 1.2 ET".

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

FALLAMOS

Estimamos en parte el recurso de suplicación interpuesto en nombre de DOÑA P.G.G. y de sus hijos DON F. Y DOÑA M.P.G. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº.5 de Valencia de fecha 30 de junio de 2016; y, en consecuencia,

revocamos la sentencia recurrida y condenamos a las sociedades R.H. SA C.V. SA, E.R. SL, S.S.I.E y C. SA, O. SL, C. SA, O. SA y P.A. SL a que abonen solidariamente a los demandantes la cantidad total de 60.000 euros.

Sin costas.

2269

Sentencia núm. 1.917, de 11 de julio de 2017

Materia: Despido. Trabajador al servicio de empresa que presta sus servicios como albañil sin estar dado de alta en la seguridad social. El actor sufre un accidente de trabajo. El demandado traslada al actor al hospital donde es intervenido quirúrgicamente de una rotura de tobillo. Posteriormente, el demandado se desentiende del trabajador y lo cesa. Relación carácter laboral. Declaración improcedencia despido.

Juzgado: Desestima las excepciones de incompetencia de jurisdicción y falta de acción y estima la demanda, declarando la improcedencia de despido del actor demandante.

Sala: Estima parcialmente el recurso en el sentido de modificar el cálculo de la indemnización por despido improcedente, confirmando la sentencia en cuanto al resto del pronunciamiento.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se recurre por la parte demandada la sentencia de instancia que estimó la demanda presentada por el actor, y tras entender que su prestación de trabajo fue de carácter laboral, calificó su cese como despido improcedente condenando al empresario demandado a las consecuencias que se explicitan en el fallo.

El recurso está estructurado en tres motivos redactados, respectivamente, al amparo del apartado a) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS), así como del b) y del c) del mismo precepto.

Por el primero de ellos la recurrente denuncia la infracción de lo dispuesto en el art. 80.1.c) de la LRJS, por entender que se ha cometido una modificación sustancial de demanda, porque en la papeleta presentada ante el SMAC no se fijaba la fecha del supuesto despido y sí en el escrito de demanda, lo que contraviene el art. 72 de la citada ley que no permite a las partes introducir “variaciones sustanciales de tiempo.”

El anterior razonamiento no puede prosperar al no haberse violado los preceptos invocados ni existir defecto procedimental alguno susceptible de generar indefensión (art. 24 CE). Lo que por la recurrente se llama modificación fue una concreción de lo que se denunciaba como despido tácito, y esta denominación es la que utilizó el trabajador que ya ante el SMAC se consideró “tácitamente despedido” e indicó que presentaba la “correspondiente demanda por despido”. El que en la demanda judicial se hiciera constar la fecha de 16-11-2015 como la del despido, no altera sustancialmente la causa de pedir ni el petitum. Ante una situación de indefinición en la que, a priori, se ve envuelto el actor, el mismo señala en demanda una fecha de despido sobre la que da razones y la relaciona con lo acaecido; no la fija

de modo arbitrario. Debemos recordar que como reiteradamente se ha señalado por la doctrina judicial: “la elocución variación sustancial a que se refiere el mentado art.85.1 LPL ha de traducirse como equivalente a alteración sustancial de la causa petendi, denotando pues un aspecto conceptual y no meramente cuantitativo. Consiguientemente si la adición numérica proviene de la misma causa de pedir y por el mismo concepto que el inicialmente reclamado no puede entenderse que exista tal variación”.

Todo ello nos lleva a desestimar la pretensión de nulidad realizada.

SEGUNDO.-Al amparo del apartado b) del art. 193 de la LRJS la recurrente solicita la supresión de los hechos probados 1º y 2º, que declaran datos laborales del actor (categoría, antigüedad, salario...) y el convenio de aplicación.

Desestimamos la supresión interesada ya que se pide sin ningún soporte ni apoyo, basándose la misma, en cierto modo, en la inexistencia de prueba o prueba negativa, lo que supone desconocer que el juzgador formó su convicción valorando y apreciando los diversos datos y elementos que convergen en el proceso (véanse las sentencias del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 1998 y 11 de julio de 2003 respecto de la prueba negativa). Debemos indicar que la juzgadora a quo, partiendo de la libre y conjunta apreciación en conciencia de las pruebas practicadas en autos, ha tenido en cuenta para alcanzar su convicción especialmente la prueba documental, que no fue impugnada, haciendo referencia en la fundamentación jurídica a la citada prueba documental, y también al interrogatorio de partes y testifical (pruebas que son inatacables en suplicación), sin que a esta valoración probatoria (art. 97.2 de la LRJS), imparcial y objetiva, pueda superponerse la de la parte recurrente.

Sabido es que la revisión fáctica solo puede tener lugar si se demuestra error patente y manifiesto del juzgador en la valoración probatoria, lo que no ha sucedido. Recordemos además que el principio de la libertad de criterio en la valoración de la prueba, establecido de modo particular para el proceso laboral en el art. 97.2 de la LRJS, supone que el juzgador de instancia dispone de un amplio margen de libertad para determinar cuál de las varias pruebas practicadas en el marco del proceso le ofrecen superior crédito, teniendo presente, además, conforme al principio de inmediación que recoge el art. 74.1 de la LRJS, que la valoración de los diversos elementos probatorios se realiza por examen directo del juzgador de instancia, permitiéndole una percepción más cercana de los hechos debatidos que la que puede apreciar la Sala en vía de recurso.

TERCERO.-Al amparo de la letra c) del art.193 de la LRJS se denuncia la infracción del art. 1.1 de la LRJS y del art. 8.1 del mismo texto legal, así como la jurisprudencia que cita. El recurrente niega la relación laboral, aduciendo que estamos ante un arrendamiento de servicios porque la colaboración del actor en la obra era por cuenta propia, valorando la prueba en tal sentido. También denuncia la infracción de la jurisprudencia sobre el despido tácito, combatiendo que en el caso de autos exista acto inequívoco de la voluntad extintiva por parte del empleador; y por último, la recurrente alega que hay un error en el cálculo de la indemnización que fija en 345,78€

y no en la de 409,77€ que recoge el fallo de la sentencia recurrida.

Comenzando con el tema de si existe o no en el caso de autos relación laboral, lo bien cierto es que del inmodificado relato fáctico y de los asertos que con tal valor obran a la fundamentación jurídica, se desprende la existencia de una relación de trabajo por cuenta ajena. Y así, el demandado E.O.V. tenía contratados los trabajos de construcción de la vivienda sita en la Calle X. del término municipal de Benissa, consistentes en reforma interior de vivienda, cocina y otros trabajos exteriores. El actor venía prestando sus servicios a jornada completa para la empresa demandada E.O.V., dedicada a la actividad de construcción, sin estar dado de alta en Seguridad Social, con una antigüedad de 01.09.15, con categoría profesional de peón ordinario y salario mensual con prorrata de pagas extraordinarias de 1.510'95 euros, 49'67 euros diarios a efectos de indemnización por despido. El actor, que se hallaba prestando sus servicios en la obra sita en Calle X. de Benissa, sufrió un accidente sobre las 14'00 horas del día 10.11.15 y ante los gritos de dolor del mismo acudieron dos vecinos cercanos a ayudar, y en presencia de los mismos el demandado le quitó al trabajador la camisa, los pantalones y los zapatos sucios de la obra, poniéndole una camisa limpia y limpiándole con una toalla la cara y los brazos, y con ayuda de los dos vecinos introdujo al demandante su coche y lo llevó al centro de salud de Teulada, desde donde se avisó a una ambulancia que trasladó al demandante al Hospital de Denia.

La juzgadora de instancia llega a la conclusión de la existencia de relación laboral básicamente de la prueba testifical practicada (K.C.) y del análisis del comportamiento del demandado, que forma su convicción con el resto de la prueba practicada, lo que efectivamente basta para que entre en juego la presunción de laboralidad que no ha sido rota ni en la instancia ni en esta sede. La parte recurrente no puede valorar ex novo toda la prueba ni interpretar la testifical sobreponiendo su valoración a la del juzgador, órgano imparcial y suprapartes. En ningún momento queda acreditado, ni aparecen indicios, de que en este caso el actor estuviera trabajando como autónomo; e incluso de la testifical propuesta por el empresario de un trabajador de una tienda de electricidad de Benissa, se desprende que el demandante “iba de vez en cuando a comprar y era un era un cliente particular, no profesional”. A ello debemos adicionar la presunción de certeza de las Actas de la Inspección de Trabajo, presunción que no sólo alcanza a los hechos directa y personalmente percibidos o apreciados por el Inspector actuante en el curso de las actuaciones probatorias, sino que también se extiende, entre otros, a los hechos comprobados a través de testimonios o declaraciones, ya sean de trabajadores o de sus representantes legales, del empresario o de sus representantes o terceros (STS de 10.02.90, 25.06.91, 22.10.91, 15.03.00, entre otras muchas). Por todo ello confirmamos la existencia de relación laboral entre los litigantes.

En cuanto a la existencia o no de despido tácito, consideramos que el mismo claramente se desprende del acontecer de los hechos, habiendo quedado probado que tras el accidente sufrido (sobre las 14 horas del 10-11-15) el empresario, en su coche, llevó al trabajador al centro de salud de Teulada, desde donde avisó a una ambulancia que trasladó al demandante al hospital de Denia. También ha quedado acreditado que después del accidente sufrido por el demandante, el demandado se desentendió del

trabajador, sin que el actor haya podido contactar con el empleador desde el día del alta hospitalaria, considerándose despedido desde fecha 16.11.15. Y al respecto, entendemos acertada la tesis de la sentencia de instancia de presumir la voluntad extintiva de la relación laboral por parte de la empresa, ya que el actor realizó numerosos intentos para ponerse en contacto con el empresario, sin éxito alguno. Recordemos además que nos encontramos ante una situación en la que el empresario no había dado de alta al trabajador (con la opacidad que ello entraña), y no quiso que trascendiera que estaba trabajando en una obra (tras el accidente y antes de llevarlo al centro de salud le cambió de ropa y lo lavó), por lo que la actitud empresarial de desentenderse de lo acaecido no puede sino interpretarse como un despido tácito al revelar una clara y precisa voluntad de prescindir de sus servicios. Por ello se concluye con la improcedencia del despido, que en esta sede se confirma.

CUARTO.- Por último, en cuanto al alegado error en el cálculo de la indemnización, que fija la recurrente en 345,78€ y no en la suma de 409,77€ que recoge el fallo de la sentencia de instancia, debemos indicar que la diferencia es producto de redondear al alza a mes completo los 77 días de prestación (2 meses y 17 días, que se computan como 3 meses): Y este motivo sí habrá de prosperar dado que el cálculo debe hacerse con ajuste de los días trabajados sin efectuar redondeo. Por ello, la suma resultante es la pedida por el recurrente de 345,78€ (33 x 77: 365 = 6,96 días de indemnización; multiplicado por 49,67€= 345,78€), cuyo recurso deberá ser estimado en este extremo.

QUINTO.- Estimándose parcialmente el recurso de la empresa 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 y así como del exceso de la consignación que resulte entre la cantidad tenida en cuenta según el fallo recaído en la instancia y la fijada en la presente sentencia, o, en su caso, la reducción en estos términos de los aseguramientos presentados.

FALLO

Que estimando parcialmente el recurso de suplicación interpuesto por E.O.V. contra la sentencia de fecha 12-01-2017 del Juzgado de lo Social nº 1 de los de Benidorm, revocamos parcialmente la misma únicamente en cuanto a la suma de la indemnización fijada en la instancia, declarando que la indemnización por despido improcedente queda establecida en 345,78€. Confirmamos el resto de pronunciamientos del fallo de la sentencia de instancia.

Procédase a la devolución al recurrente del depósito constituido para recurrir y así como del exceso de la consignación que resulte por minoración de la indemnización fijada.

Sin costas.

2270

Sentencia núm. 1.930, de 13 de junio de 2018

Materia: Invalidez. Incapacidad permanente absoluta para todo trabajo. Revisión de grado. Trabajadora con limitaciones orgánicas y funcionales, inestabilidad afectiva y trastornos alimentarios y psicóticos. Revisión por mejoría. Extinción de la prestación. Impugnación al no apreciarse mejoría de la trabajadora.

Juzgado: Desestima la demanda absolviendo al organismo demandado de las pretensiones deducidas en su contra. La actora no tiene derecho a la prestación.

Sala: Estima el recurso y revoca la sentencia de instancia, reconociendo a la actora el derecho a cobrar la prestación por incapacidad permanente absoluta para todo trabajo al no proceder la revisión por mejoría. Derecho a pensión vitalicia mensual.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.1. El recurso interpuesto, que no ha sido impugnado de contrario, se estructura en dos motivos. El primero se formula al amparo del artículo 193.b) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LJS), propugnando se añada como hechos probados: “1) El diagnóstico de la Dra. B., acreditado en el documento público número 2 de la demanda: “...Juicio clínico: trastorno límite de la personalidad, trastorno de la conductas alimentaria no especificado, dependencia cocaína, abuso de alcohol, abuso de cannabis...” 2) Y el diagnóstico de la Dra. O., informe pericial ratificado en sede judicial: “T. Límite de la personalidad. T. Conducta alimentaria NE. Dependencia cocaína. Abuso de alcohol y abuso de cannabis. RESUMEN DIAGNÓSTICO: Eje I: Politoxicomanía. Trastorno grave conducta/Toxicomanía. T. control de impulsos (sexo, alimentario, gastos, etc.). Eje II: T. Límite de la personalidad grave. Eje III: S.D. Eje IV: Los derivados de su situación. Eje V: Severo impacto en todas las áreas de funcionamiento. De hecho, su situación es de dependencia pues necesita supervisión para cualquier decisión de cierta trascendencia. No está en condiciones de llevar a cabo ninguna tarea reglada, productiva y remunerada.....”.

2. El motivo no debe prosperar porque las conclusiones de los informes periciales que indica son prácticamente coincidentes con lo que ya se hace constar en el relato histórico, y por otra parte, la valoración de la prueba corresponde al órgano jurisdiccional de instancia de acuerdo con una añeja doctrina jurisprudencial (véanse por ejemplo las sentencias del Tribunal Supremo de 2 de diciembre de 1981 y 23 de febrero de 1990), de ahí que esta Sala venga indicando que la convicción alcanzada por el órgano jurisdiccional de instancia “lo es en base a la conjunta valoración probatoria (art.97.2 de la Ley de Procedimiento Laboral), permitiéndole la misma y su libre apreciación, el apoyarse en todos los informes médicos, en sólo algunos, en uno de ellos o en determinada parte de uno o varios, desechando los demás, u otra u otras

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

SEGUNDO.1. El siguiente y último motivo de recurso se formula al amparo del artículo 193.c) de la LJS, para examen del derecho aplicado, y con cita de los artículos 136.1, 136.3, 137.1.c), 137.5 y 143.2 de la Ley General de la Seguridad Social, propugna la estimación de la pretensión ejercitada, argumentando que no existe mejoría que justifique la modificación del grado de incapacidad remanente reconocido, incidiendo en que la deshabitación durante un período no es una mejoría de entidad justificativa.

2. Como recordó la sentencia del Tribunal Supremo Sala 4ª, de 31-10-2005(rec. 3383/2004), “Tanto la revisión por mejoría, como la procedente por agravación, exigen conceptualmente la comparación entre dos situaciones: la contemplada en la resolución que concedió la prestación, declarando el grado que se pretende revisar, y el estado actual del beneficiario, de tal modo que si la situación ha mejorado deberá efectuarse la revisión a la baja, pero si el estado actual del beneficiario coincide con el pretérito que dio lugar al reconocimiento, no puede efectuarse la revisión por mejoría. Tampoco podrá revisarse por error de diagnóstico si no existió tal error, sino simplemente se está en desacuerdo con la valoración efectuada en la resolución administrativa o judicial que reconoció el grado, resoluciones que han causado estado. Y son estas dos las únicas posibilidades que admite la Ley de revisar la declaración de invalidez efectuada: mejoría o agravación de una parte, y error de diagnóstico, de otra...”. Siendo así que el grado de incapacidad permanente que la actora tenía reconocido obedecía a padecer “trastorno por dependencia a cocaína. Trastorno límite de la personalidad. Trastorno del control de los impulsos. Trastorno de la alimentación. Hepatopatía por VHC. Quimioprofilaxis TBC. Limitaciones orgánicas y funcionales: sintomatología ansiosa y depresiva. Irritabilidad. Trastorno de personalidad. En tto de quimioprofilaxis TBC”, y que en el momento de la revisión por mejoría padecía “trastorno límite personalidad y AP de dependencia cocaína-abuso OH y abuso cannabis de larga evolución, trastorno conducta alimentaria NE. Limitaciones orgánicas y funcionales: inestabilidad afectiva, labilidad, inseguridad-temor a consumo, algún craving que maneja, dificultad interrelación. No sintomatología afectiva mayor ni síntomas psicóticos. Mialgias y cefaleas crónicas. Normopeso y algún vómito puntual”, consideramos que no procedía la revisión por mejoría, continuando la actora con derecho a la prestación de incapacidad permanente absoluta para todo trabajo que tenía reconocida.

TERCERO. Corolario de todo lo razonado será la estimación del recurso, y consiguiente revocación de la sentencia de instancia para conceder a la actora la prestación de incapacidad permanente absoluta para todo trabajo al no proceder la revisión por mejoría de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 143 de la LGSS en

relación con el artículo 137.5 del mismo texto legal (hoy artículos 200 y 194.5 del TR de la Ley General de la Seguridad Social aprobado por el artículo único del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, en la redacción dada a este último precepto por la disposición transitoria 26ª de la misma ley).

FALLO

Estimamos el recurso de suplicación, interpuesto en nombre de doña M.C.L.G. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº. SEIS de Alicante el día 30 de noviembre de 2015 en proceso sobre prestaciones de incapacidad permanente seguido a su instancia contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, y con revocación de la expresada sentencia y estimación de la pretensión ejercitada debemos declarar como declaramos que la actora se encuentra en situación de incapacidad permanente absoluta para todo trabajo con derecho a percibir una pensión vitalicia mensual del 100% de la base reguladora de 718,95€ catorce veces al año, con las revalorizaciones y mejoras que legalmente procedan y con efectos económicos desde el 1 de febrero de 2015, condenando a los demandados a estar y pasar por tales declaraciones y al INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL a que abone a la actora la prestación correspondiente.

2271

Sentencia núm. 1.947, de 12 de julio de 2017

Materia: Reclamación de cantidad. Reintegro de gastos médicos. Reembolso de gastos sanitarios desembolsados por asistencia prestada a trabajadores por mutua demandante. Competencia funcional. Afectación de la resolución.

Juzgado: Estima la demanda condenando a la Conselleria demandada al abono de determinada cantidad más los intereses legales que correspondan.

Sala: Desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia. No se reclama ninguna prestación de Seguridad Social sino una cantidad concreta con base a la responsabilidad que procediera respecto a la asistencia recibida. La cuantía no alcanza el mínimo previsto por la norma procesal para interponer el recurso.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Frente a la sentencia dictada el 26 de abril de 2016 por el Juzgado de lo Social número 5 de Alicante por la que se estimaba la demanda interpuesta por Mutua X. frente a la Conselleria de Sanidad, recurre en suplicación esta última, impugnando el recurso la demandante.

SEGUNDO.- El recurso se articula a través de un único motivo, redactado al amparo del apartado c) del art. 193 LRJS, y en él se denuncia la infracción de lo dispuesto en el art. 4.3 RD 1030/2006, de 15 de septiembre; art. 6 RD 1430/2009, art. 3.2 RD 625/2014, de 18 de julio y art. 9 RD 1630/2011, de 14 de noviembre.

Con carácter previo al análisis de los motivos del recurso, la Sala debe pronunciarse, por tratarse de cuestión de orden público procesal, sobre si dicho recurso es procedente, al afectar a su competencia funcional, todo ello de conformidad con la reiterada Doctrina Jurisprudencial contenida entre otras, en las STSS 27 octubre 2003 y 27 de noviembre de 2002.

La LRJS, en lo relativo a la admisión de los recursos de suplicación por razón de la cuantía, dispone en su art. 191.2 que no procederá recurso de suplicación en reclamaciones cuya cuantía litigiosa no exceda de 3000 euros. La demanda rectora del procedimiento contiene en su suplico una petición que se circunscribe a la condena de la Conselleria de Sanitar a reintegrar a la Mutua demandante la cantidad de 1.300,02 euros, consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por X. a trabajadores de empresas mutualistas de dicha entidad, en supuestos de bajas médicas otorgadas por enfermedad común.

Como puede comprobarse, la cuantía a que se circunscribe el procedimiento no alcanza el mínimo legal para que la sentencia de instancia tenga acceso al recurso de

suplicación. La Sala no desconoce la doctrina de la Sala Cuarta relativa a la admisión del recurso de suplicación, cualquiera que fuere su cuantía, de la sentencias que resuelvan la petición de reintegro de gastos médicos prestados con medios ajenos a la Seguridad Social, pues en tales casos se está reclamando una prestación: la de asistencia sanitaria. Dicha doctrina, se recoge entre otras en STS de 27-01-2015 (rcud. 138/2014), por remisión a la dictada por la Sala el 30-06-2004, rcud. 3407/2003.

Pero esta Sala entiende que no nos encontramos ante un supuesto idéntico al que resuelve el Alto Tribunal en las resoluciones precedentes, pues en nuestro caso, no nos hallamos ante un particular que acudiendo a servicios médicos ajenos a la Seguridad Social, recibe una asistencia sanitaria, cuyo importe reclama posteriormente a los servicios públicos de salud. En el supuesto ahora analizado, la Mutua presta la asistencia a determinados trabajadores, que ya la han recibido, y reclama a la Conselleria el importe de la misma, al entender que no es responsable de su prestación, por tratarse de bajas médicas otorgadas por contingencias comunes.

Si ello es así, no se reclama en ningún caso una prestación de Seguridad Social, que insistimos ya se ha recibido por cada uno de los trabajadores que se indican en la demanda, sino una cantidad concreta con base a la responsabilidad que en su caso procediera respecto a la asistencia descrita. Por ello, entendemos que habrá que estar entonces a la concreta cuantía de la reclamación, que insistimos, no alcanza el mínimo de 3.000 euros previsto por la norma procesal para el acceso al recurso.

Y tampoco puede sostenerse, como así se hace en este último, que el mismo procede dada la afectación de la resolución a una generalidad de personas, pues la afectación general ni fue alegada en juicio, ni ha resultado acreditada en ningún caso, por lo que el recurso no debió ser admitido a trámite, lo que en el estado actual de las actuaciones debe producir su desestimación, pues como ha señalado la jurisprudencia de forma reiterada “cualquier causa que pudiese motivar en su momento la inadmisión del recurso, una vez que se llega a la fase de sentencia queda transformada en causa de desestimación (entre tantas anteriores SSTS 2-12-2013 –rcud. 3278/2012; 02-07-13 –rcud. 2057/12-; 03/07/2013 –rcud. 2939/12-; y 09/07/2013 –rcud. 2737/2011).

TERCERO.- De conformidad con lo dispuesto en el art. 235.1 LRJS, no ha lugar a la imposición de costas al recurrente, al no existir parte vencida en el recurso.

En virtud de lo expuesto,

FALLAMOS

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por el ABOGADO DE LA GENERALITAT frente a la sentencia dictada 26 de abril de 2016 por el Juzgado de lo Social número 5 de Alicante, autos número 434/2015, seguidos a instancia de MUTUA

X. frente a la CONSELLERIA DE SANIDAD; y en consecuencia, confirmamos íntegramente la resolución recurrida.

Sin imposición de costas.

2272

Sentencia núm. 1.956, de 13 de julio de 2017

Materia: Jubilación anticipada. Trabajador afiliado en el RETA que solicita pensión de jubilación anticipada. Acreditación de días cotizados para poder tener acceso a la prestación. Carencia. Cuotas adeudadas a la Seguridad Social. Descubiertos.

Juzgado: Desestima la demanda sobre solicitud de jubilación anticipada, confirmando la resolución administrativa recurrida y absolviendo al organismo demandado de las pretensiones deducidas en su contra.

Sala: Desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia. Independientemente que el actor debe ponerse al día en el pago de las cuotas a la seguridad social, no queda acreditado que cumpla con el número suficiente de días cotizados para acceder a la prestación solicitada.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Manuel Alegre Nueno.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. En el único motivo de su recurso, el letrado del actor denuncia la infracción de los artículos 28.2 del Decreto 2.530/1.970 y 57 de la Orden Ministerial de 24 de septiembre de 1.970, así como de los artículos 3 y 7 del Código Civil.

Argumenta, en esencia, que la Entidad Gestora demandada “*debería haber invitado al Sr. G.S. –el actor- para que, en el plazo improrrogable de 30 días naturales a partir de la invitación, ingresase las cuotas debidas; no habiendo realizado dicha invitación, la demandada infringió el procedimiento legalmente previsto*” (sic), por lo que solicita que se declare la nulidad de la resolución administrativa impugnada y se retrotraiga el expediente administrativo al momento en que se debió invitar al demandante, a fin de que pueda proceder al ingreso de las cuotas de Seguridad Social adeudadas, citando en apoyo de su argumento la sentencia del Tribunal Supremo (Social) de 7 de marzo de 2.012; rec. 1.967/2.011).

Por último, el recurrente pide que se realice “una interpretación integradora de los hechos” (sic) y se reconozca al demandante el derecho a la pensión de jubilación anticipada porque los descubiertos han sido fruto de la imposibilidad económica del recurrente de hacer frente a las mismas y porque este tiene un grado de discapacidad que hace “complicado su acceso al mercado laboral”. Este último alegato no puede ser tenido en consideración por la Sala, habida cuenta que el grado de discapacidad del que esté afectado el actor y las causas que le imposibilitaron el pago de las cuotas de Seguridad Social adeudadas, salvo que hubiera solicitado el aplazamiento de su pago, ninguna influencia tiene en la solución del presente litigio.

Planteados en estos términos, la única cuestión a dilucidar es si el Instituto Nacional de la Seguridad Social viene obligado a utilizar el mecanismo de la “invitación

al pago” para que el actor pueda ingresar las cuotas de Seguridad Social que adeuda y, de esta forma, cumplir con el período de carencia exigible para acceder a la pensión de jubilación anticipada que solicitó.

En el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, que es en el que se encuentra afiliado el actor, para el reconocimiento de cualquiera de las pensiones que integran su acción protectora, además de cumplir los requisitos generales (alta o situación asimilada) y los específicos de cada una de ellas (v.gr. tener cubierto el período de carencia exigido), es imprescindible que el trabajador por cuenta propia se encuentre al corriente en el pago de cuotas en la fecha en que acontezca el hecho causante de la pensión, aunque la correspondiente prestación sea reconocida como consecuencia del cómputo recíproco de las cotizaciones realizadas en un régimen de trabajadores por cuenta ajena (D.A. 39ª LGSS y artículo 5 RD 1.273/2.003).

Con la finalidad de facilitar el cumplimiento de este último requisito, la entidad gestora viene obligada a invitar al interesado que no esté al corriente en el pago de las cuotas para que, en el plazo improrrogable de 30 días naturales a partir de dicha invitación, ingrese las cuotas debidas (artículos 5 RD 1.273/2.003 y 28.2 Decreto 2.530/1.970). Cuando el solicitante atienda la “invitación” e ingrese las cuotas adeudadas dentro del plazo concedido para ello, se le considerará al corriente en las mismas respecto de la prestación solicitada, con independencia de que adeude cuotas en otro régimen de la Seguridad Social y de que la TGSS haya aplicado el pago a la deuda que mantenga en ese otro régimen (por todas, sentencia del Tribunal Supremo (Social) de 2 de noviembre de 2.013; rec. 2.514/2.012). Por consiguiente, el ingreso de las cuotas pendientes sólo será tenido en cuenta para cumplir el requisito de estar al corriente en el pago de las mismas, pero no para alcanzar con ellas el período de cotización mínima exigible (por todas, sentencia del Tribunal Supremo (Social) de 29 de junio de 2.016; rec. núm. 2.700/2.014), pues éste no admite subsanación con posterioridad al hecho causante de la prestación, salvo que el beneficiario tenga reconocido un aplazamiento para el pago de las cuotas (por todas, sentencia del Tribunal Supremo (Social) de 27 de octubre de 2.015; rec. núm. 2.663/2.014).

La aplicación de la doctrina jurisprudencial expuesta al presente caso nos lleva a la desestimación del recurso por cuanto, como consta acreditado en los hechos segundo y tercero de la sentencia impugnada, en la fecha en que solicitó el demandante la pensión de jubilación anticipada (26 de junio de 2.014) no reunía la carencia mínima exigida (10.950 días cotizados) y adeudaba cuotas de Seguridad Social (las correspondientes a los siguientes meses: enero a noviembre de 1.988; mayo y julio de 1.989; octubre de 1.992; enero y febrero de 1.994, y de abril a diciembre de 1.994) que, en el momento del hecho causante de la pensión solicitada, estaban prescritas.

Es cierto que en la sentencia alegada –STS 7-3-12- como infringida por el recurrente, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo declaró que la prescripción de las cuotas debidas no exime a la Entidad Gestora de la obligación de utilizar el mecanismo de “invitación al pago” de las mismas, aunque dicha obligación queda condicionada a que el trabajador autónomo tenga cubierto el período mínimo de cotización exigido para tener derecho a la prestación solicitada. Sin embargo, en el asunto enjuiciado la

entidad demandada no está obligada a activar el citado mecanismo, pues también constituye doctrina jurisprudencial aquella que considera al trabajador autónomo al corriente en el pago de las cuotas si éstas han prescrito antes de la fecha del hecho causante de la prestación solicitada –condición que se cumple en el presente caso, como hemos indicado-.

El actor, ya se ha dicho, no acredita el tiempo de cotización mínimo exigido para tener derecho a la pensión de jubilación anticipada, por lo que aunque ahora ingresase las cuotas de Seguridad Social debidas renunciando a la prescripción de las mismas, éstas no podrán ser tenidas en cuenta para completar el período de carencia exigible para causar derecho a dicha pensión (por todas, sentencia del Tribunal Supremo (Social) de 15 de noviembre de 2.006; rec. 4.264/2.005).

Por todo lo expuesto, procede la desestimación del recurso y la consiguiente confirmación de la resolución impugnada.

SEGUNDO. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 235.1 de la LRJS, en relación con el artículo 2, d) de la Ley 1/1.996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita, no procede la imposición de costas al gozar los recurrentes del beneficio de justicia gratuita.

FALLO

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre D. J.G.S., frente a la sentencia núm. 148/16 dictada por el Juzgado de lo Social número 12 de Valencia, de fecha 29 de marzo de 2.016, en virtud de demanda presentada a su instancia; y, en consecuencia, confirmamos la sentencia recurrida.

No procede imponer condena en costas al gozar el recurrente del beneficio de justicia gratuita.