

## 2298

**Sentencia núm. 3.166, de 5 de diciembre de 2017**

**Materia: Reclamación de cantidad. Despido objetivo. Reclamación de salarios e indemnización. El actor es contratado nuevamente. Reconocimiento sucesión de empresas. Cálculo antigüedad del trabajador. Competencia funcional.**

**Juzgado: Estima la demanda interpuesta en interés de uno de los afiliados condenando al organismo demandado a que pague determinada cantidad en concepto de salarios e indemnización. Desestima la demanda interpuesta en interés de otro de los afiliados, declarando no haber lugar a la misma.**

**Sala: Estima el recurso reconociendo al actor a recibir determinada cantidad en concepto de diferencias de indemnización. No ha existido ruptura del vínculo contractual.**

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

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**ÚNICO.-** La sentencia de instancia estima la demanda interpuesta por el actor Don E.C.R. y condena al FOGASA al abono de las cantidades que indica y absolución del resto de codemandados. Y desestima la demanda respecto del actor Don J.E.P. frente al Fondo de Garantía Salarial y absuelve a los codemandados de esta demanda. Frente a esta sentencia interpone recurso de suplicación el actor Don J.E.P., que es impugnado por el Fondo de Garantía Salarial el cual en su escrito de impugnación del recurso alega en primer lugar y como cuestión previa y de orden público procesal que el recurso de suplicación debe ser inadmitido por falta de competencia funcional de la Sala para conocer del fondo del asunto, alegando que se trata de diferencias en la prestación de garantía salarial de indemnización por importe de 955,78 euros, que es inferior a 3.000 euros y por lo tanto no procede el recurso de suplicación. Pero la alegación no puede prosperar por cuanto la demanda de este actor ascendía a más de tres mil euros, por lo que de conformidad con el art. 191 de la LRJS sí que procede el recurso de suplicación, y el precepto procesal aludido no fija la determinación de la cuantía a efectos del recurso en el momento de la interposición del mismo, que pudo que se le haya reconocido en parte lo pretendido en la demanda, sino en el momento de la reclamación y este momento procesal que sirve para fijar la cuantía es la presentación de la demanda que es cuando se reclama.

Respecto del recurso sostiene la parte recurrente en suplicación que se ha producido infracción del artículo 53.1 del Estatuto de los Trabajadores, del art. 84.6 de la LRJS y la jurisprudencia sobre la unidad del vínculo laboral establecida por el Tribunal Supremo, alegando, en síntesis, que para el cálculo de la antigüedad del trabajador D. J.E. debe tomarse como fecha de la antigüedad la de 16-9-2008 y no la de 1-9-2009, que señala el FOGASA, y considera que la demanda en reclamación de indemnización por despido objetivo y salarios frente a la empresa B.S.I. SL y FOGASA se llegó a un acta de conciliación en el que se reconocían los importes en concepto de indemnización por despido objetivo, así como por salarios, y el FOGASA si no estaba conforme con dichos importes al recibir la notificación del Juzgado debió ejercitar la acción para impugnar la acción de validez de la conciliación o desde que tuvo noticia de la existencia de la misma acta. O interponer incidente concursal sino estaba de acuerdo con la calificación de algún crédito o su importe cuando la empresa entró en concurso. A lo anterior añade que existe unidad del vínculo dado

que existe sucesión de contratos y entre los mismos no hay más de treinta días entre uno y otro, que coincide con el mes de vacaciones de las empresas del mueble y que la empresa le dio de baja y le vuelve a dar de alta en el mes de septiembre, todo ello con independencia que durante los meses de julio y agosto el trabajador y antes de que se acabara el primer contrato se diera de alta en el Régimen de Autónomos para otra actividad, lo que considera que no supone la ruptura de la unidad esencial del vínculo contractual. Por lo que considera que se debe estimar la pretensión. Frente a ello el FOGASA estima que no cabe considerar que el Organismo estuviera obligado a impugnar el acta de conciliación para imponer unos límites, que ya vienen impuestos por la Ley, ya que el ente gestor solo asume responsabilidades en los términos legales y no en los términos que un tercero pueda reconocer derechos más allá de los legales, que serán exigibles al que los reconoce, pero no al FOGASA. En el acta de conciliación no se fijó la fecha de antigüedad y que del informe de vida laboral se desprende que estuvo ejerciendo la actividad como trabajador autónomo, lo que estima que supone una interrupción de la unidad del vínculo contractual alegada por el recurrente, y que en las indemnizaciones el número de días es por años de servicio.

Debe tenerse en cuenta que el periodo que media entre un contrato y el siguiente para la empresa para la que trabajaba el recurrente es desde el 31-7-2009 al 2-9-2009 en que vuelve a ser contratado por la misma empresa, lo que si bien supone un periodo superior a 20 días, no se estima que la unidad esencial del vínculo laboral se haya quebrado por un periodo superior a 20 días pero también corto de 31 días y de coincidencia con el periodo vacacional, sin que, por otro lado, la circunstancia de que el trabajador se haya dado de alta en el RETA suponga interrupción de la unidad del vínculo, por cuanto el alta en el Régimen de Autónomos se produjo un mes antes del cese en el contrato precedente y se mantuvo durante el mes siguiente, y no consta que fuera para la misma actividad por la que trabajaba por cuenta ajena y ello en modo alguno supuso una desvinculación de la relación por cuenta ajena que mantenía el recurrente con la empresa para la que trabajaba. Por lo que debe acogerse la pretensión de la parte actora en este trámite recurrente y siendo así que el FOGASA ya le abono en concepto de indemnización el importe de 2731,30 euros, le adeuda la suma de 955,78 euros en concepto de diferencias entre lo que se le abono y lo que se le debió abonar que eran 3.687,08 euros, condenando al FOGASA a efectuar tal abono. Razones que llevan a estimar el recurso y a revocar en parte la sentencia de instancia.

## **FALLO**

Que estimando el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada del actor Don J.E.P. frente a la sentencia del Juzgado de lo Social número Once de los de Valencia de fecha 20 de septiembre de 2016, a que se contrae el presente rollo, la revocamos en parte y con estimación de la demanda debemos condenar y condenamos al Fondo de Garantía Salarial a que abone al actor la cantidad de 955,78 euros en concepto de diferencias entre lo que se le abono y lo que se le debió abonar por el concepto indemnización, manteniendo el resto de los pronunciamientos de la sentencia de instancia en lo que no se opongan a la presente resolución.

## 2299

**Sentencia núm. 3.183, de 12 de diciembre de 2017**

**Materia: Reconocimiento de derecho y cantidad. Finalización de la relación laboral en virtud de despido individual derivado del despido colectivo. Plan de prejubilación para trabajadores de edad igual o superior a 56 años. Complemento de rentas. Interpretación del acuerdo formalizado por la empresa.**

**Juzgado: Desestima la excepción de falta de legitimación pasiva invocada por la parte demandada y estima la demanda, estableciendo determinada cantidad en concepto de salario neto regulador por los conceptos reclamados, condenando a las demandadas de forma solidaria a abonar al trabajador determinada cantidad.**

**Sala: Desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia. Condena en costas.**

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

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** 1. Como se señala en los antecedentes de hecho de esta resolución, la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 11 de Valencia estimó la demanda presentada por don J.V.S.T. y condenó a la sociedad Ferrocarrils de la Generalitat Valenciana (en adelante FGV) y a V.C., S.A. de Seguros y Reaseguros a abonarle solidariamente la cantidad de 4.314,30 euros, en concepto de diferencias por aplicación del plan de prejubilación incluido en el Acuerdo de 20 de febrero de 2013 alcanzado en el periodo de consultas iniciado por FGV para proceder a la extinción de 310 contratos de trabajo.

2. La cuestión controvertida se ciñe a determinar si el complemento de rentas que FGV se comprometía a pagar a determinados trabajadores, se debe calcular sobre el importe íntegro o neto de la prestación por desempleo reconocido a cada uno de ellos, en este caso, al Sr. V.

3. Se razona en la sentencia recurrida que “Atendiendo a lo dispuesto en dicho artículo (en referencia al artículo 1281 del Código Civil), se debe de considerar que el Acuerdo establece de forma clara que debe descontarse el importe de la prestación contributiva por desempleo que “perciba” el trabajador y es claro que la cantidad realmente percibida, es la que se le abona tras el descuento de la retención practicada”.

4. Frente a este pronunciamiento judicial se interpone por FGV, a través de su letrado, el presente recurso de suplicación que fundamenta en un motivo único redactado al amparo del apartado c) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS), en el que se denuncia la interpretación del Acuerdo formalizado el 20 de febrero de 2013 en relación con los artículos 3.1 y 1281 del Código Civil, 26.1 del Estatuto de los Trabajadores (en adelante ET) y 17.1 de la Ley 35/2006 del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

Se argumenta por el recurrente que “dentro del marco establecido tanto por la legislación fiscal como por la laboral la “única interpretación posible (...) no puede ser otra sino el de que las cuantías económicas que el SPE haya reconocido a favor de los distintos trabajadores –y entre ellos el actor- han de computarse en su importe bruto como cuantías que pasan a pertenecer así al patrimonio de aquellos”.

**SEGUNDO.-** 1. Planteada la cuestión en los términos que se acaban de exponer, debemos comenzar recordando que como se recoge en el incombustible hecho probado segundo de la sentencia recurrida, el 28 de noviembre de 2012 FGV promovió un expediente de regulación de empleo para proceder a la extinción de 310 contratos de trabajo que concluyó con Acuerdo de 20 de febrero de 2013. En el marco de ese procedimiento se pactó un plan de prejubilaciones para aquellos trabajadores cuya edad a 31 de diciembre de 2012 fuera igual o superior a los 56 años. Entre las condiciones de ese plan se encontraba la siguiente:

*a) Con la salvedad en el punto 3º de este acuerdo, los empleados que a 31 de diciembre de 2013 tengan cumplidos 57 o 58 años y menos de 59, el complemento que más adelante se indica, se les garantizará hasta que cumplan los 61 años, en el bien entendido que en el periodo en el que se perciba la prestación pública por desempleo, su importe se tendrá en consideración a efectos de cálculo de la compensación...*

*De dicho complemento se descontará el importe de la prestación contributiva por desempleo que perciba el trabajador.*

2. Como ya hemos expuesto, considera la sentencia recurrida que para el cálculo de la renta que debe complementar la empresa se debe partir del importe de la prestación por desempleo efectivamente percibida por el trabajador, esto es de su valor neto. Conclusión que es refrendada por la Sala por las siguientes razones:

a) En primer lugar, porque de acuerdo con una constante doctrina jurisprudencial expresada en las sentencias del Tribunal Supremo de 15 septiembre 2009 (rec. 78/2008), 5 junio 2012 (rec. 71/2011), 9 febrero 2015 (rec. 836/2014) o la más reciente de 4 de julio de 2017 (rco. 200/2016): A la hora de interpretar las previsiones de los acuerdos, pactos o convenios colectivos:

*“Dado su carácter mixto -norma de origen convencional/contrato con eficacia normativa- su interpretación ha de atender tanto a las reglas legales atinentes a la hermenéutica de las normas jurídicas como a aquéllas otras que disciplinan la interpretación de los contratos, esto es: los arts. 3, 4 y 1281 a 1289 CC, junto con el principal de atender a las palabras e intención de los contratantes, pues no hay que olvidar que el primer canon hermenéutico en la exégesis de los contratos -naturaleza atribuible al convenio colectivo- es «el sentido propio de sus palabras» [art. 3.1 CC], el «sentido literal de sus cláusulas» [art. 1281 CC] (STS 25/01/05 -rec. 24/03-), que constituyen «la principal norma hermenéutica -palabras e intención de los contratantes-» (STS 01/07/94 -rec. 3394/93-), de forma que cuando los términos de un contrato son claros y terminantes, no dejando lugar a dudas sobre la intención de los contratantes, debe estarse al sentido literal de sus cláusulas, sin necesidad de acudir a ninguna otra regla de interpretación.*

*Las normas de interpretación de los arts. 1282 y siguientes del CC tienen carácter de subsidiariedad en su aplicación [STS de 01/02/07 -rcud 2046/05-], de forma que cuando la literalidad de las cláusulas de un contrato sean claras, no son de aplicar otras diferentes que las correspondientes al sentido gramatical, o dicho de otro modo, el art. 1281 CC consta de dos párrafos, que persiguen la doble finalidad de evitar que se tergiverse lo que aparece claro, o que se admita, sin aclarar lo que se ofrezca oscuro, siendo factor decisivo de interpretación, en el primer supuesto las palabras empleadas, y en el segundo la intención evidente de los contratantes.*

*En materia de interpretación de cláusulas de convenios y acuerdos colectivos, en cuyo esclarecimiento se combinan las reglas de interpretación de las normas con las de la interpretación de los contratos, debe atribuirse un amplio margen de apreciación a los Órganos jurisdiccionales de instancia, ante los que se*

*ha desarrollado la actividad probatoria relativa a la voluntad de las partes y a los hechos comitentes.*

*La interpretación de los contratos y demás negocios jurídicos (y el convenio colectivo participa de tal naturaleza) es facultad privativa de los Tribunales de instancia, cuyo criterio, como más objetivo, ha de prevalecer sobre el del recurrente, salvo que aquella interpretación no sea racional ni lógica, o ponga de manifiesto la notoria infracción de alguna de las normas que regulan la exégesis contractual".*

b) Y en efecto, la interpretación que hace la sentencia recurrida del Acuerdo de referencia no se puede tachar de arbitrario o irracional si se tienen en cuenta dos datos de interés: El primero de ellos, es que el otro parámetro que se emplea en el Acuerdo para calcular la cantidad que debe complementar la empresa es el "salario neto". A él se alude tanto en el apartado a) cuando se dice que en caso de que el trabajador no solicite la prestación por desempleo "la empresa no asumirá el diferencial que resulte respecto al importe garantizado del 80% del salario neto regulador"; como en los apartados b) –cuando define el "salario neto regulador" y c) – al referirse a la renta garantizada-. Por tanto, si una de las variables –el salario que percibía el trabajador- de la garantía asumida por la empresa se calcula en neto, es lógico que la otra variable –la prestación de desempleo- también se deba computar del mismo modo.

c) Pero es que, además, esto mismo es lo que se desprende de la hoja informativa que la empresa facilitó al trabajador y que fue aportada por la propia demandada con el número 11 de su prueba documental. Hay allí un apartado denominado "cantidades a percibir por el empleado", "complemento", en el que se reseña lo siguiente: "Diferencia entre la Cantidad a Complementar y la Prestación Pública Neta". Y esto mismo se recoge en la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 4 de Valencia en proceso seguido entre las mismas partes en el que se trataba de determinar el salario neto regulador. Se declaró probado allí, que en las reuniones previas al acuerdo se mostró un power point en el que se indicaba que la renta bruta mensual sería igual al 80% (salario regulador neto) – desempleo neto + convenio especial de la Seguridad Social".

3. Todas estas razones nos conducen, como ya hemos adelantado, a la desestimación del recurso, sin que esta solución sea contraria a ninguna de las normas citadas por la sociedad recurrente, pues no existe ninguna relación entre las normas tributarias y el modo en que la empresa se compromete a calcular el importe que debe garantizar a cada trabajador.

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

### **FALLAMOS**

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de FERROCARRILS DE LA GENERALITAT VALENCIANA contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº.11 de Valencia de fecha 24 de octubre de 2016 en virtud de demanda presentada a instancia de DON J.V.S.T.; y, en consecuencia, confirmamos la sentencia recurrida.

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

## 2300

**Sentencia Núm. 3.195, de 12 de diciembre de 2017**

**Materia: Despido con vulneración de los derechos fundamentales. Trabajadora que presta servicios como auxiliar de vuelo en empresa codemandada. Empresa contratante y empresa usuaria. Se produce un cambio de empresa usuaria. La actora sigue prestando sus servicios en las mismas condiciones. Cesión ilegal de mano de obra y despido disciplinario. Infracción grave de la trabajadora: faltas de respeto y de consideración a compañeros. Procedencia del despido.**

**Juzgado: Estima parcialmente la demanda declarando la improcedencia del despido de la demandante, declarando la existencia de cesión ilegal de mano de obra entre las personas jurídicas demandadas. Condena subsidiariamente al FOGASA al pago de la indemnización y salarios de tramitación en caso de insolvencia empresarial.**

**Sala: Desestima los recursos y confirma la sentencia de instancia. Condena en costas a las empresas recurrentes.**

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

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.** - 1. Contra la sentencia de instancia se interponen tres recursos de suplicación. Por un lado, recurren ambas empresas condenadas y por otro lado recurre la trabajadora.

Tanto la empresa A. TT ETT SA como la compañía N.A.R.S SL estructuran su recurso en tres motivos formulados respectivamente con amparo procesal en los apartados a, b y c del artículo 193 de la LRJS. La actora por su parte propone dos motivos con sujeción a lo dispuesto en los apartados b y c del citado precepto legal. Por razones sistemáticas procedemos en primer lugar a analizar la posible infracción de normas procesales, para continuar con la revisión fáctica propuesta por cada una de las recurrentes y en su caso con la revisión del derecho aplicado.

Las empresas condenadas, instan la nulidad de lo actuado por considerar que la sentencia de instancia se ha dictado con infracción de lo dispuesto en los artículos 435.2 de la LEC, 88 de la LRJS, en relación con el derecho de tutela efectiva (artículo 24 de la CE) y del artículo 97.2 de la LRJS. Entienden que la no citación como diligencia final de los testigos admitidos, citados y no comparecidos a juicio les ha causado clara indefensión al no considerar el Magistrado de instancia, acreditada la realidad de los hechos consignados en la carta de despido y hacer especial referencia a la falta de declaración de los mismos en relación con los hechos supuestamente acaecidos el 18 de diciembre, incidiendo en la carga de la prueba de la demandada y no argumentando su negativa a reiterar la citación desatendida por los mismos.

2. Como ya ha sostenido esta Sala en anteriores ocasiones, el Tribunal Constitucional viene declarando entre otras en las STC 25 de abril y 20 de mayo de 1991, recursos 91 y 109, y de 16 y 19 de septiembre 1992, recurso 172 y 179, que las formas y los requisitos procesales cumplen un papel de capital importancia en la recta ordenación de los procesos, siempre que su previsión legal responda a una finalidad adecuada y no constituya una exigencia excesiva, desproporcionada e irracional, y que el derecho a la tutela judicial efectiva es un derecho de configuración legal, cuyo válido ejercicio presupone la correcta utilización de los

cauces procesales establecidos por el legislador, tanto para acceder a la jurisdicción como a los recursos. Por ello dicha tutela se satisface, no solo por la resolución de fondo, sino también por la aplicación de alguna causa de inadmisión prevista en las normas, siempre que sea adoptada en interpretación razonable y sin el rigor formalista que sería incompatible con el principio de solución más favorable a la efectividad real del derecho fundamental.

En aplicación de la doctrina constitucional la Sala IV ha sistematizado la Doctrina Judicial en torno a los requisitos que deben concurrir para acordar la nulidad de actuaciones, solicitada en un recurso de naturaleza extraordinaria como lo es la Suplicación Laboral. La citada doctrina que es de aplicación indiscutida por las Salas de lo Social de los distintos Tribunales Superiores de Justicia establece las siguientes pautas de actuación: En primer lugar, la nulidad es una medida que en el ámbito laboral debe aplicarse con criterio restrictivo evitando inútiles dilaciones, que serían negativas para los principios de celeridad y eficacia, por lo que solo debe accederse a la misma en supuestos excepcionales; Además, ha de constar la previa protesta en el juicio oral; ha de invocarse de modo concreto la norma procesal que se estime violada, sin que sean posibles las simples alusiones; ha de justificarse la infracción denunciada que debe tratarse de una norma adjetiva que sea relevante, y debe causar a la parte verdadera indefensión, con merma efectiva de sus derechos de asistencia, audiencia o defensa, sin que la integridad de las mismas sea posible a través de otros remedios procesales que no impliquen la retroacción de actuaciones, finalmente no debe tener parte en la alegada indefensión quien solicita la nulidad.

3. Aplicando la doctrina al caso que nos ocupa, procede desestimar este primer motivo. Es cierto que la sentencia recurrida considera que la empleadora no ha cumplido con el deber de probar los hechos consignados en la carta de despido y en especial en relación con los hechos del día 18 de diciembre, se refiere a la necesidad de haber reforzado la prueba testifical practicada sin argumentar sobre la incidencia de la incomparecencia de los testigos citados y no comparecidos y la posible práctica de dicha prueba como diligencia final. Ahora bien, debemos recordar que en el proceso laboral y a diferencia de lo que ocurre en el proceso civil la práctica de diligencias finales (artículo 88 de la LRJS) es una facultad judicial exclusiva, a lo anterior cabe añadir que en el caso que nos ocupa y a pesar de lo alegado por las ahora recurrentes, la no declaración de los testigos citados e incomparecidos, carece de la trascendencia pretendida sobre el fallo recaído. En primer lugar, tal y como se desprende de lo dispuesto en el fundamento de derecho primero, la citada testifical únicamente afectaría a los hechos supuestamente acaecidos el día 18 de diciembre, puesto que en relación con el 28 de noviembre no fue citada a declarar la que la sentencia entiende debió comparecer, la Sra. Á. Por otro lado, tal y como parece desprenderse de la fundamentación jurídica, aun en el caso de considerar acreditado el incidente del día 28 de diciembre, lo sucedido no podría quedar descontextualizado de la situación vivida durante aquellos días por los implicados y la percepción subjetiva de cada uno de ellos de lo realmente sucedido, siendo en definitiva la consecuencia de la práctica probatoria omitida que un único hecho de los varios imputados a la trabajadora sancionada, podría quedar acreditado lo que sin duda no resulta suficiente a efectos de convalidar la sanción máxima impuesta a la actora a la que inicialmente se le imputa una conducta reiterada que se califica conforme a lo dispuesto en el artículo 52.10 y 13 del Convenio Colectivo como “malos tratos de palabra, faltas muy graves al respeto y consideración de compañeros y superiores acompañada de una indisciplina y desobediencia reiterada.”

4. Por lo tanto, en la medida que la declaración de los testigos señalados por las recurrentes solo incide en uno de los tres acontecimientos relatados en la carta de despido y no afecta al resto de hechos y circunstancias valorados a efectos de construir el fallo carece de la trascendencia pretendida y en consecuencia no

justifica la decisi3n de anular y retrotraer las actuaciones en un proceso en el que impera el principio de celeridad y la evitaci3n de cualquier dilaci3n indebida.

**SEGUNDO.** -1. Procedemos en este segundo fundamento a analizar las propuestas de revisi3n f3ctica que hacen las tres partes recurrentes. Propone la representaci3n procesal de ADECCO, la modificaci3n de los hechos probados tercero y cuarto para adicionar a los citados hechos y conforme consta en los documentos 14 y 11 de su ramo de prueba los textos literales que damos por reproducidos y que hace referencia al recurso interpuesto contra el acta de infracci3n por cesi3n ilegal as3 como a la existencia del informe remitido el 30 de noviembre de 2015 por la Sra. 3lvarez en relaci3n al vuelo D8-5503 OSL-ALC 29/11/2015.

En t3rminos similares se presenta la propuesta de modificaci3n f3ctica formulada en el escrito de suplicaci3n presentado en nombre y representaci3n de la empresa N. (documentos 8 y 9 de su ramo de prueba) cuyo contenido literal damos por reproducido a efectos de la presente y en la que se solicita adem3s de las modificaciones de los hechos tercero y cuarto, la modificaci3n del hecho probado sexto para declarar acreditados los hechos imputados en la carta de despido relativos a los d3as 28 de noviembre, 18 de octubre y 18 de diciembre.

Por su parte, en el recurso de suplicaci3n de la actora se propone la eliminaci3n de la 3ltima frase del segundo y 3ltimo p3rrafo as3 como una serie de adiciones al hecho probado cuarto cuyo texto literal damos por reproducido a efectos de la presente y en el que la parte pretende incorporar como hecho acreditado el contenido de parte de las comunicaciones efectuadas por la trabajadora y a las que ya hace referencia el citado hecho que da por reproducido el contenido de las misivas.

2. Tal y como viene sosteniendo esta Sala de forma reiterada entre otras en la sentencia de 11/06/2013 dictada en el recurso 3093/2012, es doctrina jurisprudencial consolidada contenida en las sentencias del Tribunal Supremo de 16 de marzo y 5 de mayo de 1987, 3 de marzo de 1998 y 11 de diciembre de 2003, la que se3ala que para que una revisi3n de hechos pueda prosperar, se requiere el cumplimiento de los siguientes requisitos: 1º) Fijar qu3 hecho o hechos han de adicionarse, rectificarse o suprimirse. 2º) Precisar los t3rminos en que deben quedar redactados los hechos probados y su influencia en la valoraci3n del signo del pronunciamiento. 3º) Citar concretamente la prueba documental que, por s3 sola, demuestre la equivocaci3n del juzgador, de una manera manifiesta, evidente y clara, respetando escrupulosamente las facultades valorativas de los elementos de convicci3n que competen al juez de instancia por raz3n del art3culo 97.2º LPL. 4º) Y que la revisi3n propuesta sea trascendente para el fallo, de tal manera que pueda tener virtualidad modificativa de aqu3l.

3. Aplicando la doctrina expuesta al caso que nos ocupa debemos rechazar igualmente las distintas revisiones f3cticas propuestas por las tres partes recurrentes. En el caso de la modificaci3n propuesta por las empresas condenadas, no estamos ante un error de valoraci3n de los citados documentos, no siendo una cuesti3n controvertida el devenir de la v3a administrativa, realizando el magistrado de instancia su propio juicio acerca de la naturaleza de la contrataci3n eventual realizada por las demandas en relaci3n a la actividad empresarial desarrollada por cada una de ellas ni tampoco la remisi3n del informe de referencia. Tampoco procede modificar el hecho sexto pues de la fundamentaci3n jur3dica de la sentencia se desprende con claridad que la documental aportada no es considerada prueba suficiente de lo acontecido.

Tampoco puede tener acogida la modificaci3n del hecho cuarto propuesta por la actora, pues al igual que en el caso precedente entendemos que no concurre error manifiesto del juzgador en la valoraci3n de los documentos de

referencia de los que en ningún caso se extrae de forma directa la modificación instada, que además carece de la trascendencia pretendida sobre el fallo combatido que no niega las manifestaciones vertidas por la trabajadora respecto de su entorno laboral. Por todo lo expuesto, procede en consecuencia acordar la desestimación de este motivo propuesto por todas y cada una de las partes recurrentes.

**TERCERO.** - En el tercer y último motivo planteado por las partes con amparo procesal en lo dispuesto en el apartado c del artículo 193 de la LRJS las recurrentes denuncian la infracción del derecho sustantivo.

La mercantil A. considera infringidos los artículos 52.10 y 13 del Convenio Colectivo por entender que los hechos imputados eran constitutivos de una infracción muy grave y sostiene que una vez acreditados los hechos, el despido debió declararse procedente. Denuncia además la infracción del artículo 43 del ET por considerar que la contratación temporal era legal y que el contrato de puesta a disposición respondía a una necesidad temporal de la empresa usuaria por lo que no cabe mantener la declaración de cesión ilegal.

La censura efectuada por esta parte no puede prosperar. Con sujeción a los hechos declarados probados que resultan inalterados y vinculantes para esta Sala, no solo no han quedado acreditadas las conductas imputadas a la trabajadora sino que se además existen elementos circunstanciales que justifican la declaración de cesión ilegal por parte de la recurrente.

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. (SSTS 12/09/88 [RJ 1988877], 16/02/89 [RJ 198974], 17/01/91 [RJ 19918] -rcu 990/90- y 19/01/94 [RJ 199452] -rcu 3400/92- ) En el supuesto analizado, se constata que la trabajadora trabajaba de forma continuada y sin solución de continuidad primero para la empresa N.A.S. ASA y luego para su sucesora N.A.R.S SL con las mismas condiciones desde el 1 de septiembre de 2014, sin que se haya acreditado la realidad del incremento puntual de vuelos a los que hacen referencia los distintos contratos temporales suscritos a lo largo de toda la relación laboral. A lo anterior cabe adicionar los datos que se extraen del hecho cuarto en relación a la relación de dependencia directa de la verdadera empleadora que era la compañía aérea y no la ETT que en este caso suscribe un contrato de puesta a disposición para cubrir una necesidad permanente de la propia actividad de la empresa usuaria que incurre en un fraude laboral tal y como se aprecia por el Juzgador.

**CUARTO.** - En el recurso de la empresa N.A.R.S SL se denuncia infracción del artículo 218 de la LEC en relación con los artículos 53,52.10 y 13 del Convenio Colectivo, por considerar que de acuerdo con la prueba practicada debió considerarse acreditados los hechos consignados en la carta de despido y dado que los mismos eran susceptibles de ser calificados como constitutivos de una falta muy grave el despido debió calificarse como procedente. Sostiene además la infracción del artículo 43 del ET negando la existencia de cesión ilegal y el fraude en la contratación a censura efectuada por esta parte tampoco puede prosperar. En primer lugar y en cuanto a la principios de carga de la prueba y su repercusión en el proceso por despido debemos dar por reproducido lo dispuesto en los fundamentos primero y segundo de nuestra resolución en la media que corresponde al juzgador

de instancia la libre valoración de la prueba practicada y la admisión o reiteración de los medios de prueba propuestos por los litigantes sin que por parte de la Sala se haya apreciado infracción de la norma con indefensión de parte o afectación del derecho de tutela efectiva. Por lo tanto, y con sujeción al relato fáctico de la sentencia, resulta imposible modificar la calificación de improcedencia fundada en la falta de acreditación de los hechos imputados. No puede prosperar como ya analizábamos la pretensión de nulidad por no declaración de los testigos citados, puesto que aun considerando acreditado que la actora mantuvo una actitud hostil hacia su compañera P.P. durante el vuelo efectuado el día 18 de diciembre, tal hecho no se puede descontextualizar del conjunto de elementos circunstanciales que se recogen en el hecho probado cuarto y que hacen referencia a la situación de descontento y tensión existente en las relaciones de la actora con sus compañeros de trabajo, así como la actitud también hostil de alguno de estos, que aunque no se pueda calificar de acoso tal y como esta pretendía si impide apreciar la gravedad pretendida por la empleadora.

En cuanto a las alegaciones vertidas en torno a la inexistencia de cesión ilegal y sin perjuicio de lo ya manifestado en el fundamento precedente, entendemos que los argumentos de esta parte acerca de sus concretas circunstancias en materia de infraestructura y personal y en relación a la necesidad y procedencia de la contratación temporal no tiene acogida en el relato fáctico ni siquiera integrando el mismo con el contenido del acto de infracción que se da por reproducida y que se refiere de forma manifiesta al fraude en la contratación temporal. No existiendo error de apreciación en la extensión de los efectos derivados de la contratación fraudulenta inicialmente concertada por N.A.S ASA a la sucesora ahora recurrente que se posiciona en el lugar de la primera con todos los derechos y obligaciones derivados del vínculo contractual asumido (artículo 44 del ET).

**QUINTO.** - Por último, igual suerte desestimatoria debe correr la censura jurídica efectuada por la representación procesal de la parte actora que denuncia la infracción de lo dispuesto en los artículos 24 de la CE, 4.2g y 17 del ET y 122 de la LRJS con cita de doctrina judicial sobre la materia y reitera la existencia de una vulneración de derechos fundamentales por parte de la empleadora en un entorno de acoso laboral y sexual que conllevan a su juicio la declaración de nulidad del despido con las consecuencias legales inherentes a dicha declaración.

De acuerdo con el relato de hechos probados que resulta inalterado y vinculante para esta Sala la denuncia no puede prosperar al no quedar acreditadas las conductas de acoso descritas por la trabajadora no desvirtuando la ahora recurrente la legalidad de la resolución recurrida.

**SEXTO.** - Por todo lo razonado no procede sino la desestimación del recurso interpuesto, con imposición de costas conforme al art. 235.1 LRJS.

Vistos los precedentes preceptos legales y los de general aplicación.

## FALLO

Con desestimación de los recursos de suplicación interpuestos por A. TT ETT SA, N.R.S.S., M.S.G. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social 2 de los de ELCHE procedemos a CONFIRMAR ÍNTEGRAMENTE la resolución recurrida.

Condenamos a cada una de las empresas recurrentes a pagar a la letrada impugnante la cantidad de 600€ y una vez firme, se acuerda la pérdida de las cantidades depositadas y consignadas para recurrir.

## 2301

**Sentencia núm. 3.207, de 13 de diciembre de 2017**

**Materia: Prestación por desempleo: Renta Activa de Inserción. Incorporación del trabajador al programa de renta activa de inserción. El trabajador es requerido para comparecer a efectos de comprobar la compatibilidad o cumplimiento de los requisitos de este programa. Se producen varios intentos de notificación, sin resultado. Propuesta de exclusión. Alegaciones del actor. El organismo demandado resuelve la exclusión definitiva del actor del programa. Improcedencia de la resolución.**

**Juzgado: Estima la demanda, revocando la resolución del SPEE que establece la exclusión del demandante en el programa de renta activa de inserción con efectos desde determinada fecha.**

**Sala: Estima parcialmente el recurso de la parte demandada, apreciándose una falta leve del trabajador al no comparecer para comprobar su compatibilidad. Procede aplicar una sanción de pérdida de prestación durante un mes. No procede la exclusión definitiva.**

**Ponente: Ilma. Sra. D<sup>a</sup>. María Isabel Sáiz Areses.**

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.** - D. F.F.Z. interpone en su día demanda contra el SPEE solicitando se anule la resolución de la demandada impugnada declarando que no ha existido causa alguna de exclusión del programa de Renta Activa de Inserción.

La sentencia de instancia estima la demanda, pronunciando frente al que se alza la Entidad demandada, interponiendo recurso de suplicación en el que solicita tras estimarse el recurso, la revocación de la sentencia recurrida absolviendo a la demandada de las pretensiones de la demanda.

**SEGUNDO.**- Para ello la parte recurrente, formula su recurso a través de un solo motivo amparado en el artículo 193 c) LRJS, solicitando el examen de normas sustantivas o de la Jurisprudencia aplicados, y así en concreto se entiende por un lado que se infringe el artículo 9 del RD 1369/06 referido a las causas de la baja en el programa de la Renta Activa de Inserción y por otro lado que se infringe el artículo 59 de la Ley 30/1992 de 26 de Noviembre alegando que la notificación efectuada por la demandada se realizó en la forma establecida normativamente.

En primer término en cuanto a los defectos alegados en la Sentencia recurrida en la comunicación realizada al actor de la resolución del SPEE para comparecer en tales oficinas y que le llevan a estimar la demanda, cabe citar la STS de 22-7-14 (RCUD 2930/2013) que tras manifestar: "...considera infringido el art 59.2 de la LRJAPYAC (RCL 1992, 2512, 2775 y RCL 1993, 246) tras su reforma por Ley 4/1999, de 13 de enero (RCL 1999, 114 y 329) , cuyo nº dice textualmente: "en los procedimientos iniciados a solicitud del interesado, la notificación se practicará en el lugar que éste haya señalado a tal efecto en la solicitud. Cuando ello no fuera posible, en cualquier lugar adecuado a tal fin, y por cualquier medio conforme a lo dispuesto en el apartado 1 de este artículo. Cuando la notificación se practique en el domicilio del interesado, de no hallarse presente éste en el momento de entregarse la notificación podrá hacerse cargo de la misma cualquier persona que se encuentre en el domicilio y haga constar su identidad. Si nadie pudiera hacerse cargo de la notificación, se hará constar esta circunstancia en el expediente, junto con el día y la hora en que se intentó la notificación, intento que se repetirá por una

*sola vez y en una hora distinta dentro de los tres días siguientes". Por su parte, el [RD 1829/1999, de 3 de diciembre \(RCL 1999, 3265 y RCL 2000, 414\)](#), por el que se aprueba el Reglamento por el que se regula la prestación de los servicios postales, en desarrollo de lo establecido en la Ley 24/1998, de 13 de julio (RCL 1998, 1736), del Servicio Postal Universal y de Liberalización de los Servicios Postales establece en su art 41.1 que "los requisitos de la entrega de notificaciones, en cuanto a plazo y forma, deberán adaptarse a las exigencias de la [Ley 30/1992, de 26 de noviembre \(RCL 1992, 2512, 2775 y RCL 1993, 246\)](#) , de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en la redacción dada por la Ley 4/1999, de 13 de enero , de modificación de aquélla sin perjuicio de lo establecido en los artículos siguientes", añadiendo en el nº1 del artículo siguiente (42) que "si intentada la notificación en el domicilio del interesado, nadie pudiera hacerse cargo de la misma, se hará constar este extremo en la documentación del empleado del operador postal y, en su caso, en el aviso de recibo que acompañe a la notificación, junto con el día y la hora en que se intentó la misma, intento que se repetirá por una sola vez y en una hora distinta dentro de los tres días siguientes", viene a concluir en la citada exigencia de intentar en dos ocasiones la notificación al interesado en el domicilio designado por el mismo y dado que estos dos intentos son los que se desprenden de la documental aportada en el expediente administrativo y así se reflejan en el relato fáctico de la Sentencia que se ha dejado inalterado, no cabe apreciar defectos en la notificación al interesado de la citación acordada por el SPEE y no puede la parte actora ampararse en tal falta de notificación para justificar su incomparecencia a la citación realizada por la demandada. El comportamiento del Ente Gestor adoptando los mecanismos adecuados para llevar a cabo la notificación de la citación al actor fue ajustado y no puede limitarse la parte actora a señalar que no se ha recibido carta alguna de la demandada citándole, no pudiendo el actor beneficiarse de un comportamiento meramente pasivo al no acudir a recoger las cartas remitidas por la demandada pese a que se le dejó el oportuno aviso de ello, para considerar que no hubo incomparecencia injustificada.*

**TERCERO.-** Pese a ello que lleva a revocar el pronunciamiento de la Sentencia recurrida que estima la demanda por la falta de notificación de la citación al actor, dado que en el recurso se alega también la infracción del artículo 9 RD 1369/2006 debe analizarse la procedencia de la resolución acordada por el SPEE dando de baja al actor en el programa RAI, y si ésa debe ser la consecuencia de la incomparecencia del actor a la citación del SPEE que como hemos señalado se estima injustificada. En este sentido cabe citar la STS de 23-4-15 (RCUD 1293/2014) que resolviendo un Recurso de Casación para la Unificación de doctrina interpuesto frente a la Sentencia de la Sala de lo social del TSJCV de 4-2-14 dictada en RS 1819/2013 y confirmando la misma indica: "Entrando en el fondo de la cuestión controvertida - aplicación al caso del [Real Decreto 1369/2006, de 24 de noviembre \(RCL 2006, 2155\)](#) o bien de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, aprobado por Real Decreto legislativo 5/2000, de 4 de agosto." ([LISOS \(RCL 2000, 1804 y 2136\)](#))- , estimamos que es la sentencia recurrida, que aplica esta segunda norma, la que contiene la doctrina correcta. Y ello sobre la base de las siguientes consideraciones: A) La Renta Activa de Inserción (en adelante RAI), en cuantía igual al 80 por ciento de indicador público de renta de efectos múltiples (IPREM) mensual vigente en cada momento, es una prestación - si bien con carácter específico y diferenciado del nivel contributivo y asistencial- que forma parte de la acción protectora por desempleo del régimen público de Seguridad Social. Así se desprende del apartado 4 de la Disposición Final Quinta de la Ley General de la Seguridad Social ([LGSS \(RCL 1994, 1825\)](#)) y del artículo 206.2 de la misma LGSS, y lo señala expresamente el [Real Decreto 1369/2006, de 24 de noviembre \(RCL 2006, 2155\)](#), por el que se regula el programa de renta activa de inserción para desempleados con especiales necesidades económicas y dificultad para encontrar empleo, que lo configura "como

un derecho más y con la misma financiación que el resto de las prestaciones y subsidios por desempleo, también se establece la cotización a la Seguridad Social durante la percepción de la renta, en la forma recogida en el artículo 218.1.4. de la Ley General de la Seguridad Social " ( exposición de motivos del [Real Decreto 1369/2006 \(RCL 2006, 2155\)](#)). B) Con respecto a las prestaciones de Desempleo, el régimen de obligaciones, infracciones y sanciones viene establecido en el Capítulo IV de la Ley General de la Seguridad Social, disponiendo en cuanto a obligaciones de los trabajadores el artículo 231 , que: *1 Son obligaciones de los trabajadores y de los solicitantes y beneficiarios de prestaciones por desempleo: .....d) Renovar la demanda de empleo en la forma y fechas en que se determine en el documento de renovación de la demanda; y comparecer, cuando haya sido previamente requerido, ante la Entidad Gestora, los servicios públicos de empleo o las agencias de colocación cuando desarrollen actividades en el ámbito de colaboración con aquéllos.*; y por lo que se refiere a Infracciones y Sanciones, el artículo 232 establece que : *"En materia de infracciones y sanciones se estará a lo dispuesto en el presente Título y en el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social , aprobado por Real Decreto legislativo 5/2000, de 4 de agosto (RCL 2000, 1804, 2136)."* (en adelante LISOS); C) La LISOS, tras establecer en su artículo 2.2 que son sujetos responsables de la infracción, "Los empresarios.....y solicitantes de las prestaciones de la Seguridad Social....", y en el artículo 20.1 que "Son infracciones en materia de Seguridad Social las acciones y omisiones de los distintos sujetos responsables a que se refiere el artículo 2.2. de la presente Ley a las disposiciones legales y reglamentarias que regulan el sistema de la Seguridad Social, tipificadas y sancionadas como tales en la presente Ley."; establece como infracción leve en el artículo 24.3, "En el caso de los solicitantes o beneficiarios de prestaciones por desempleo de nivel contributivo o asistencial, o de trabajadores por cuenta propia solicitantes o beneficiarios de la prestación por cese de actividad: a) No comparecer, previo requerimiento, ante los servicios públicos de empleo o las agencias de colocación cuando desarrollen actividades en el ámbito de la colaboración con aquellos, salvo causa justificada", y el artículo 47, sobre las sanciones a los trabajadores, solicitantes y beneficiarios, determina como sanción: "1. En el caso de los solicitantes y beneficiarios de pensiones o prestaciones de Seguridad Social, incluidas las de desempleo y la prestación por cese de actividad de los trabajadores autónomos, las infracciones se sancionarán: a) Las leves, con pérdida de la pensión o prestación durante un mes."; y, D) Pues bien, si como desprende claramente de lo expuesto en el apartado anterior, la prestación de Renta Activa de Inserción está instituida como prestación de Desempleo por la Ley General de la Seguridad Social ([LGSS \(RCL 1994, 1825\)](#)), y es la misma LGSS, la que de una parte, establece el régimen de obligaciones de los solicitantes y beneficiarios de las prestaciones por desempleo, y de otra parte, en cuanto al régimen de infracciones y sanciones, por el incumplimiento de dichas obligaciones, se remite a la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, aprobado por [Real Decreto legislativo 5/2000, de 4 de agosto \(RCL 2000, 1804, 2136\)](#)." (LISOS), norma en la cual se determinan tanto los sujetos responsables de la infracción como las infracciones en materia de Seguridad Social, tipificando las infracciones y estableciendo el pertinente cuadro de sanciones, es este bloque de legalidad -LGSS y LISOS- el aplicable, y cuya regulación en cuanto a infracciones y sanciones en materia de Seguridad Social, y en concreto con respecto a la prestación por Desempleo, como lo es la Renta Activa de Inserción (RAI), debe prevalecer sobre el Real Decreto 1369/2006, de 24 de noviembre, por el que se regula el programa de renta activa de inserción para desempleados con especiales necesidades económicas y dificultad para encontrar empleo, pues así lo impone el principio de legalidad en cuanto a la potestad sancionadora de la Administración, cuyo alcance viene definido en términos absolutamente precisos por los [artículos 127 y 129 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre \(RCL 1992, 2512, 2775 y RCL 1993, 246\)](#), de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y de Procedimiento Administrativo Común . En su consecuencia, y en el presente caso, la obligación

*incumplida por el beneficiario de la RAI, de no comparecer, previo requerimiento, ante la Oficina de Prestaciones del Servicio Público de Empleo Estatal, para un control de presencia, no puede comportar la baja definitiva del programa (artículo 9.1 del Real Decreto 1369/2006 (RCL 2006, 2155)), y por ende, la pérdida de la prestación, sino que conlleva, como falta leve que es, la pérdida de un mes de la prestación ( artículo 24.3 a) de la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social ( LISOS (RCL 2000, 1804, 2136)), y artículo 47.1.a) del mismo texto legal , tal como ha entendido acertadamente la sentencia recurrida”*

En este sentido como así lo afirma la STSJCLM de 14-1-16 (RS 471/15) en un supuesto en el que tampoco se justificaba la incomparecencia del beneficiario de la prestación a la citación del SPEE. No obstante, ello “dado que nos encontramos dentro de un procedimiento de carácter sancionador que obliga al análisis de la propia tipicidad del supuesto analizado, será preciso entrar a valorar el propio contenido de la Resolución impugnada en orden a catalogar su legalidad intrínseca”. Analizando tal legalidad a la luz de la Jurisprudencia expuesta, la consecuencia prevista en el artículo 9 del RD 1369/2006 de 24 de Noviembre, no puede ser la baja definitiva en el Programa de Renta Activa de Inserción, y la subsiguiente pérdida de todos los derechos económicos, por cuanto que, como mantiene la Sentencia del Tribunal Supremo parcialmente transcrita,, la norma aplicable al supuesto examinado sería el art. 24.3.a) de la LISOS (RCL 2000, 1804 y 2136), en el que la conducta desplegada por el actor merecería la calificación de infracción leve, sancionada con la pérdida de la prestación o del subsidio por un mes [art. 47.1.a)], norma la indicada que debe prevalecer sobre el Real Decreto 1369/2006.

Estas razones deben conducir, dada la identidad de supuestos con el resuelto por el Alto Tribunal en dicha sentencia, a la estimación parcial del recurso y la revocación de la sentencia impugnada, en el sentido de modificar el contenido de la Resolución del SPEE objeto de impugnación, sustituyendo la decisión de baja definitiva del actor en el programa de renta activa de inserción, por la pérdida de un mes de la correspondiente prestación, manteniéndose el derecho a la misma, ello tal y como lo ha resuelto ya la Sala en Sentencia dictada en el RS 2576/2015 .

Por ello;

VISTOS los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

### **FALLO**

Que estimando en parte el recurso de suplicación interpuesto por el SERVICIO PÚBLICO DE EMPLEO ESTATAL contra la sentencia de fecha veintinueve de Junio de Dos Mil Dieciséis dictada por el Juzgado de lo Social 4 de Alicante en autos 831/2014 seguidos a instancias de D. F.F.Z. frente a la Entidad recurrente sobre PRESTACIONES debemos revocar la indicada Sentencia y estimando en parte la demanda, acordamos revocar la Resolución de la Entidad demandada de fecha 17-7-2014 por la que se excluía al actor definitivamente del Programa de Renta Activa de Inserción desde el 26-5-2014, debiéndose sustituir por la pérdida de la prestación durante un mes, manteniendo el derecho a la misma, condenando a dicha Entidad a estar y pasar por dicha declaración, con abono de la prestación que le había sido previamente reconocida al demandante, excepto la correspondiente a una mensualidad.

## 2302

### **Sentencia núm. 3.301, de 19 de diciembre de 2018**

**Materia:** Despido. Trabajador al servicio de entidad de crédito que ejerce funciones de director de oficina. El actor ha realizado diversas operativas que incumplen la normativa interna de la entidad bancaria. La entidad es objeto de una auditoría detectándose exceso de facultades e incumplimientos de condiciones de aprobación de créditos y uso inapropiado del scoring. Despido disciplinario. Procedencia del despido. Idoneidad de la prueba de auditoría para justificar la conducta del trabajador.

**Juzgado:** Desestima la demanda declarando la procedencia del despido, absolviendo a los demandados de las pretensiones deducidas en su contra.

**Sala:** Desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia. Las actuaciones del trabajador son merecedoras del despido disciplinario, estando justificado el acceso a los datos necesarios para el control de la irregular actuación del actor en el desempeño de su trabajo.

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

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-** 1. Se interpone recurso de suplicación por la representación letrada del demandante, frente a la sentencia que desestimando su demanda declara procedente el despido disciplinario.

2. El primer motivo del recurso se redacta al amparo del art. 193-a) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social. Interesa el recurrente la nulidad de la sentencia alegando que la misma vulnera el art. 24 de la Constitución y art. 90.2 de la LRJS y le causa indefensión por no haber desestimado la prueba de auditoría interna, que el recurrente interpuso recurso de reposición ante la denegación de inadmisión de dicha prueba, y desestimado el recurso formuló protesta en el acto del juicio, y ello porque la auditoría vulnera derechos fundamentales por el acceso a datos bancarios, que el auditor que depuso como testigo admitió que había accedido a cuentas de terceros sin solicitar permiso de sus titulares, por lo que para la elaboración de la auditoría se ha inmiscuido en la intimidad del actor y de terceras personas, con cita de STS 292/2000 sobre el derecho fundamental a la protección de datos que deriva del art. 18.4 de la Constitución, y STS 29/2013 de 11-2-13, con cita de los artículos 4, 5, 6 y 15 de la Ley Orgánica de Protección de Datos, que tampoco el interés privado del empresario podrá justificar que el tratamiento de datos sea empleado en contra del trabajador sin una información previa sobre el control laboral puesto en práctica, y en el presente caso se ha utilizado datos de familiares del actor y de terceras personas, por lo que dicha prueba es nula, con cita de STC 259/2001 de 24-10-05, y la prueba obtenida a partir de la que ha sido declarada nula por violación de derechos fundamentales del trabajador debe considerarse igualmente nula, como también la testifical del auditor.

El motivo no puede estimarse, en aplicación de la doctrina emanada del Tribunal Constitucional en STC 39/2016, de 3 de marzo, que dice, "En el ámbito laboral el consentimiento del trabajador pasa, por tanto, como regla general a un segundo plano pues el consentimiento se entiende implícito en la relación negocial, siempre que el tratamiento de datos de carácter personal sea necesario para el mantenimiento y el cumplimiento del contrato firmado por las partes. Esta

excepción a la exigencia de consentimiento aparece también recogida en el art. 10.3 b) del Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal (en adelante, RPD), según el cual los datos de carácter personal podrán tratarse sin necesidad del consentimiento del interesado cuando "se recaben por el responsable del tratamiento con ocasión de la celebración de un contrato o precontrato o de la existencia de una relación negocial, laboral o administrativa de la que sea parte el afectado y sean necesarios para su mantenimiento o cumplimiento". "La dispensa del consentimiento se refiere, así, a los datos necesarios para el mantenimiento y cumplimiento de la relación laboral, lo que abarca, sin duda, las obligaciones derivadas del contrato de trabajo. Por ello, un tratamiento de datos dirigido al control de la relación laboral debe entenderse amparado por la excepción citada, pues está dirigido al cumplimiento de la misma. Por el contrario, el consentimiento de los trabajadores afectados sí será necesario cuando el tratamiento de datos se utilice con finalidad ajena al cumplimiento del contrato".

Aplicando la doctrina expuesta al presente supuesto relativo a la utilización de datos bancarios para la elaboración de la auditoría interna, debe concluirse que el empresario no necesita el consentimiento expreso del trabajador para el tratamiento de los mismos con la finalidad de control laboral, ya que se trata de una medida dirigida a controlar el cumplimiento de la relación laboral y es conforme con el [art. 20.3 TRLET](#), que establece que "el empresario podrá adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales, guardando en su adopción y aplicación la consideración debida a su dignidad humana". Si la dispensa del consentimiento prevista en el [art. 6 LOPD](#) se refiere a los datos necesarios para el mantenimiento y el cumplimiento de la relación laboral, la excepción abarca sin duda el tratamiento de datos personales obtenidos por el empresario para velar por el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de trabajo. El consentimiento se entiende implícito en la propia aceptación del contrato que implica reconocimiento del poder de dirección del empresario.

Por lo que respecta al derecho constitucional a la intimidad, de conformidad con la doctrina del Tribunal Constitucional, la constitucionalidad de cualquier medida restrictiva de derechos fundamentales viene determinada por la estricta observancia del principio de proporcionalidad. Así, "para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el juicio de proporcionalidad, es necesario constatar si cumple los tres requisitos o condiciones siguientes: si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto). (SSTC 66/1995, de 8 de mayo, FJ 5; 55/1996, de 28 de marzo, FFJJ 6, 7, 8 y 9; 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 4 e), y 37/1998, de 17 de febrero, FJ 8".

Aplicando dicha doctrina al presente supuesto, debe concluirse que la auditoría interna está justificada por razones de seguridad (control de hechos ilícitos imputables a empleados), es idónea para el logro de ese fin (control de la operativa llevada a cabo por el Director de la sucursal) y necesaria y proporcionada al fin perseguido, razón por la que estaba justificada la limitación de los derechos fundamentales en juego, pues la prueba de auditoría interna es la adecuada para el cabal conocimiento, constatación y acreditación, en su caso, de la comisión de ilícitos por parte del personal de dirección, en contra de la normativa de la entidad bancaria.

**SEGUNDO.-** En el segundo motivo, al amparo del art. 193-c) de la LRJS, se denuncia la infracción por la sentencia de lo dispuesto en el art. 4.2.e), 55.5 y 55.6 del Estatuto de los Trabajadores, en relación con los artículos 108.2 y 108.3 de la LRJS, y artículos 18.1 y 4, y 24.1 de la Constitución. Sostiene el recurrente que la Magistrada no debió admitir la prueba de informe de auditoría en que se basa la carta de despido por haberse obtenido con vulneración de derechos fundamentales, ya que para su elaboración se accedió a cuentas de terceros sin permiso de sus titulares, con cita de STC 292/2000 y 29/2013, que los datos bancarios solo pueden utilizarse por el banco para la finalidad que le es propia, cual es determinar la exactitud de las relaciones mercantiles entre depositante y depositario, que los movimientos de cuentas afectan a la esfera de la intimidad del individuo, aficiones personales, como cargos de televisión, incluso tendencias sexuales, por lo que no pueden ser usados sin autorización del cliente, por lo que resulta nula la prueba incorporada al informe de auditoría y la derivada del mismo, como la testifical del auditor, conforme a la doctrina de los “frutos del árbol envenenado”, solicitando se declare nulo el despido del actor.

Tal como se ha razonado en el anterior motivo, la prueba de auditoría debe considerarse idónea, justificada y necesaria, sin que su obtención implique vulneración de los derechos fundamentales invocados a la intimidad, al honor ni a la propia imagen, como tampoco puede entenderse infringido el derecho a la protección de datos, y porque, como se ha dicho los datos de carácter personal pueden tratarse sin necesidad de consentimiento del interesado cuando se recaben por el responsable del tratamiento con ocasión de la existencia de una relación laboral de la que sea parte el afectado y sean necesarios para su cumplimiento, como es el necesario control de la actuación de quien ostenta el cargo de Director de la oficina bancaria, y utiliza sus especiales facultades y posición no sujeta al control diario de un superior jerárquico, para efectuar operaciones bancarias contrarias a la normativa interna de la entidad, permitiendo disposiciones en efectivo de personas no titulares ni autorizadas en cuenta (hp 5º), autorizando préstamos sin la necesaria documentación, para alterar la duración de posiciones deudoras (hp7º y 10ª), efectuando ingresos en efectivo en cuentas de familiares, sin justificación de su origen (hp8º). En definitiva, el acceso a los datos necesarios para el control de la irregular actuación del actor en el desempeño de su trabajo está justificada, y la elaboración de la auditoría que evidencie y acredite los ilícitos cometidos está justificada, por lo que ni la auditoría es nula ni la sentencia incurre en la infracción denunciada, lo que lleva a la desestimación del recurso.

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

## FALLO

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de D. J.F.C.I., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº. 6 de los de Alicante, de fecha 22-mayo-2017; y, en consecuencia, confirmamos la resolución recurrida.

Sin costas.

## 2303

**Sentencia núm. 3.318, de 19 de diciembre de 2017**

**Materia:** Extinción de la relación laboral. Trabajador que presta sus servicios como vigilante de seguridad en empresa codemandada. Previamente había prestado sus servicios en otras empresas de seguridad donde pasó subrogado antes de ingresar en la última. Reducción del servicio adjudicado. La empresa entrante se niega a subrogar a toda la plantilla. **Procedencia. Cosa juzgada positiva: Efectos.**

**Juzgado:** Estima la excepción positiva de cosa juzgada y estima la demanda declarando la improcedencia del despido del trabajador demandante.

**Sala:** Estima parcialmente el recurso, desestimando la excepción de cosa juzgada. Confirma la resolución recurrida en cuanto al resto de pronunciamientos efectuados.

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

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** 1. El presente recurso se estructura en dos motivos que la ahora recurrente formula con amparo procesal respectivamente en los apartados b y c del artículo 193 de la LRJS. Propone esta parte en el primer motivo la revisión de los hechos probados primero sexto, séptimo y octavo, para sustituir su actual redacción por la que se propone en su escrito cuyo texto literal damos por reproducido a efectos de la presente. Pretende la mercantil condenada que se modifique la antigüedad y antecedentes de contratación laboral del trabajador demandante consignados en el hecho primero con remisión a los folios 15 y 16 del expediente. En términos similares y con referencia al folio 22 solicita igualmente la modificación de las circunstancias y naturaleza de los contratos anteriores al celebrado por la misma en los términos que actualmente se recogen en el hecho sexto y con efectos de nuevo en la antigüedad reconocida a efectos del despido. Solicita por otro lado la modificación de los hechos séptimo y octavo para que se declare acreditado que la nueva contrata suponía un número de horas de servicio efectivo superior al consignado por la sentencia.

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

de los elementos de convicción que competen al juez de instancia por razón del artículo 97.2º LPL. 4º) Y que la revisión propuesta sea trascendente para el fallo, de tal manera que pueda tener virtualidad modificativa de aquél.

3. Aplicando la doctrina expuesta al caso que nos ocupa entendemos que el motivo planteado no puede tener acogida. La parte habla de error en la interpretación y a continuación acompaña tal afirmación de una nueva valoración interpretativa de los documentos de referencia, tal planteamiento no contempla un error manifiesto del Juzgador en la valoración de la prueba aportada siendo la actual redacción del relato fáctico perfectamente compatible con la citada documental tal y como se razona y argumenta en el fundamento primero de la sentencia recurrida en el que se valora no solo los documentos citados sino el resto de prueba practicada así como otros elementos de convicción. Por lo tanto, nuestra conclusión no puede ser otra que la de entender que la propuesta de modificación en su conjunto excede del ámbito aplicación de la norma procesal invocada.

**SEGUNDO.-** 1. En el segundo motivo la parte denuncia la infracción por aplicación indebida de lo dispuesto en el artículo 14 del Convenio Colectivo de ámbito estatal de empresas de seguridad en relación con el artículo 55 del ET y la doctrina jurisprudencial citada, así como la infracción de los artículos 207 y 222 de la LEC. Sostiene esta parte que a la fecha del despido fijada por la sentencia el 3 de mayo de 2016 la demandada ya no prestaba servicios de seguridad para el centro por lo que no puede ser condenada por el despido dado que la relación laboral no estaba vigente desde el 1 de mayo fecha de finalización del servicio prestado. Considera además que conforme a los términos del artículo 14 del Convenio existe un deber general de subrogación por parte de la empresa adjudicataria y que en cualquier caso y aun de estimarse que ha existido disminución de la contrata esta no tendría el alcance pretendido y por lo tanto el trabajador debió ser incluido en la lista de trabajadores subrogados siendo responsable del despido la empresa adjudicataria. Negando el efecto vinculante de la cosa juzgada positiva respecto de aquellas cuestiones resueltas por el Juzgado de lo Social número 16 en sentencia firme en la que se resolvía idéntica cuestión en relación con el segundo de los trabajadores despedidos por falta de subrogación de la empresa entrante.

2. El artículo 14 del Convenio Colectivo regula la subrogación convencional entre las empresas del sector, *“Dadas las especiales características y circunstancias de la actividad, que exigen la movilidad de los trabajadores de unos a otros puestos de trabajo, tal y como reza la norma citada este artículo tiene como finalidad garantizar la estabilidad en el empleo de los trabajadores de este sector, aunque no la estabilidad en el puesto de trabajo, con clara diferenciación entre subrogación de servicios comprendidos en la letra A y de transporte de fondos comprendidos en la letra B, en base a la siguiente Normativa: A) Servicios de vigilancia, sistemas de seguridad, transporte de explosivos, protección personal y guardería particular de campo: Cuando una empresa cese en la adjudicación de los servicios contratados de un cliente, público o privado, por rescisión, por cualquier causa, del contrato de arrendamiento de servicios, la nueva empresa adjudicataria está, en todo caso, obligada a subrogarse en los contratos de los trabajadores adscritos a dicho contrato y lugar de trabajo, cualquiera que sea la modalidad de contratación de los mismos, y/o nivel funcional, siempre que se acredite una antigüedad real mínima, de los trabajadores afectados en el servicio objeto de subrogación, de siete meses inmediatamente anteriores a la fecha en que la subrogación se produzca, incluyéndose en dicho período de permanencia las ausencias reglamentarias del trabajador del servicio subrogado establecidas en los Artículos 45, 46 y 50 de este Convenio Colectivo, las situaciones de Incapacidad Temporal y suspensiones disciplinarias, cualquiera que sea su causa, excluyéndose expresamente las excedencias reguladas en el Artículos 48, salvo los trabajadores*

que hayan sido contratados por obra o servicio determinado. Asimismo, procederá la subrogación, cuando la antigüedad en la empresa y en el servicio coincida, aunque aquella sea inferior a siete meses. Igualmente procederá la subrogación cuando exista un cambio en la titularidad de las instalaciones donde se presta el servicio.....C) Obligaciones de las empresas cesante y adjudicataria, comunes para A) y B): C.1) Adjudicataria cesante: La Empresa cesante en el servicio: 1. Deberá notificar al personal afectado la resolución del contrato de arrendamiento de servicios, así como el nombre de la nueva adjudicataria, tan pronto tenga conocimiento formal de una y otra circunstancia. 2. Deberá poner a disposición de la nueva adjudicataria, con antelación mínima de tres días hábiles a que ésta dé comienzo a la prestación del servicio, o en igual plazo desde que tuviese conocimiento expreso formal de la adjudicación, si éste fuera posterior, la documentación que más adelante se relaciona. A) Certificación en la que deberá constar trabajadores afectados por la subrogación, con nombre y apellidos, fecha de nacimiento, nombre de los padres; estado civil; DNI; número de afiliación a la Seguridad Social; situación familiar (n.º de hijos), naturaleza de los contratos de trabajo, y nivel funcional) Fotocopia de las nóminas de los tres últimos meses, o períodos inferior, según procediere) Fotocopias de los TC1 y TC2, de cotización a la Seguridad Social, de los últimos tres meses, o período inferior si procediera con acreditación de su pago. d) Fotocopia de los contratos de trabajo suscritos, cuando se hayan concertado por escrito, así como fotocopia de todos los acuerdos o pactos de empresa que tengan los trabajadores afectados como condición más beneficiosa. E) Fotocopias de la Cartilla Profesional, Tarjeta de Identidad Profesional y, en su caso, Licencia de Afmas.) Cualquier otro documento que proceda o se requiera a estos efectos, necesario o preceptivo, por la adjudicataria entrante.3. Deberá atender, como único y exclusivo obligado: a) Los pagos y cuotas derivados de la prestación del trabajo hasta el momento del cese en la adjudicación, y b) la liquidación por todos los conceptos, incluidas vacaciones dado que la subrogación sólo implica para la nueva Empresa adjudicataria la obligación del mantenimiento del empleo de los trabajadores afectados. 4. Tendrá la facultad de quedarse con todos, o parte, de los trabajadores afectados por la subrogación.5. Responderá de las consecuencias derivadas de la falsedad o inexactitud manifiesta que la información facilitada puedan producir a la empresa adjudicataria, todo ello sin perjuicio de la reversión a la misma de los trabajadores indebidamente subrogados.C.2) Nueva adjudicataria: La Empresa adjudicataria del servicio:1. Deberá respetar al trabajador todos los derechos laborales que tuviese reconocidos en su anterior empresa, incluida la antigüedad, siempre que éstos provengan de pactos o acuerdos lícitos que se hayan puesto en su conocimiento, junto con la documentación pertinente, o que el trabajador pueda demostrar. 2. **No desaparece el carácter vinculante de la subrogación en el caso de que el arrendatario del servicio suspendiese o redujese el mismo, por un período no superior a doce meses, si la empresa cesante o los trabajadores, cuyos contratos de trabajo se hubiesen resuelto, o no, por motivo de esta suspensión o reducción, probasen, dentro de los treinta días siguientes a la terminación del plazo citado, que el servicio se hubiese reiniciado o ampliado por esta o por otra empresa.**

3. La sentencia de instancia hace referencia al efecto de cosa juzgada en relación a la sentencia dictada en relación al otro trabajador despedido por el juzgado 16 de Valencia e invoca tanto la relación de hechos probados como la argumentación jurídica de dicha sentencia para entender que la cuestión aquí planteada ya fue resuelta y entiende no solo que debe aplicarse el principio invocado sino que el criterio jurídico mantenido por la citada sentencia, es el que debe informar la resolución del presente caso al entender que el mismo hace una correcta aplicación del artículo 14.c 2.2 del Convenio. Centrándonos en la cuestión jurídica que es la que se nos plantea y concretamente en la interpretación del citado apartado del artículo 14 del Convenio Colectivo entendemos que la sentencia de

instancia no infringe precepto alguno al entender que no existe obligación de subrogar a toda la plantilla habida cuenta de que la nueva contrata se ha adjudicado con una reducción permanente del servicio sin que se haya acreditado por la actora que tal situación fuera temporal en los términos previstos por el citado precepto. La interpretación tiene acogida en la doctrina mantenida entre otras en las STS 03/05/2016 (recurso. 3165/2014) y, 22/06/2017 (recurso: 2236/2015) En las que se admite la limitación de la subrogación cuando haya una reducción efectiva del servicio adjudicado siempre y cuando esta sea cierta y definitiva.

4. En el caso que nos ocupa y con sujeción al relato fáctico de la sentencia que como ya hemos anticipado en el fundamento anterior resulta inalterado y es vinculante para esta Sala, la empresa entrante acredita la reducción del servicio adjudicado que pasa de 9.072h a 6.205h y en consecuencia entiende justificada la negativa de la empresa entrante a subrogarse en la totalidad de la plantilla. Sin embargo y en cuanto a los efectos de la cosa juzgada positiva que proyecta tanto en la determinación de hechos probados como en la resolución de la cuestión jurídica planteada no dan respuesta a la pretensión subsidiaria del actor que queda reflejada ya en la propia sentencia (fundamento tercero) acerca de la proporcionalidad de la limitación impuesta y la procedencia de la subrogación admitida. Si atendemos a lo dispuesto en el hecho sexto es evidente que tampoco este argumento puede prosperar, pues del citado precepto se desprende que el número de trabajadores subrogados fue proporcional a la reducción de la contrata dado que el servicio se cubriría con cinco puestos de trabajo, por lo que la nueva adjudicataria cubriría el nuevo servicio con tres trabajadores.

5. Por último, y aunque es cierto que de acuerdo con lo establecido en el artículo 222.3 y 4 de la LEC la falta de identidad entre los sujetos litigantes y la inexistencia de disposición legal que así lo prevea impiden aplicar los efectos legales de la cosa juzgada, lo cierto es que la sentencia de instancia apoya su fallo en un relato fáctico propio y en una fundamentación jurídica que estimamos no infringe precepto alguno por lo que ningún efecto puede causar la exclusión de la excepción procesal declarada sin perjuicio de la estimación parcial del recurso en este punto y la consiguiente modificación del fallo recurrido.

**TERCERO.-** De conformidad con lo dispuesto en el artículo 235.1 LRJS, no procede la imposición de costas al haber estimado en parte el recurso de suplicación.

## **FALLO**

Estimamos parcialmente el recurso de suplicación interpuesto en nombre de O.C.S. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 12 de los de Valencia, de fecha 24 de marzo de 2017 desestimando la excepción de cosa juzgada y confirmando la resolución recurrida en el resto de pronunciamientos efectuados. Sin costas.

Se acuerda la pérdida de las cantidades consignadas para recurrir.

## 2304

**Sentencia núm. 3.352, de 20 de diciembre de 2017**

**Materia: Declaración de invalidez: Incapacidad permanente absoluta o subsidiariamente total. Trabajadora afiliada al RGSS. Lesiones invalidantes que le incapacitan para el ejercicio de su profesión habitual. Proceso crónico de patologías. Presentación de nuevo procedimiento de incapacidad ante la falta de resolución. Posteriormente, como resultado del primer procedimiento iniciado, la actora es declarada en situación de incapacidad permanente absoluta para el ejercicio de su profesión habitual, reconociéndosele un grado de discapacidad del 33%.**

**Juzgado: Desestimando la pretensión principal y estimando en su pretensión subsidiaria la presente demanda declara afecta a la parte actora en situación de invalidez permanente total para el ejercicio de su profesión habitual derivada de enfermedad común.**

**Sala: Estima el recurso y revoca la sentencia recurrida, desestimando la demanda. Al haberse reconocido por sentencia firme la misma prestación de incapacidad permanente, no procede obtener una segunda sentencia cuyo objeto sea el mismo.**

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

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** 1. Se recurre por la representación letrada del Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) la sentencia de instancia que, estimando la pretensión subsidiaria deducida en la demanda, declaró que la Sra. R. se encontraba afecta de una incapacidad permanente en el grado de total para su profesión habitual de limpiadora, y le reconoció el derecho a percibir una pensión vitalicia equivalente al 55% de la base reguladora mensual de 583,72 euros con efectos económicos desde el día 28 de abril de 2015.

2. El recurso cuenta con dos motivos redactados al amparo del apartado c) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS). En el primero de ellos se denuncia la infracción del artículo 194 de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS), aprobada por Real Decreto-Legislativo 8/2015, pues se entiende que las dolencias y limitaciones orgánicas y funcionales que padece la demandante “no alcanzan entidad suficiente para el reconocimiento de la incapacidad reconocida”. Y en el segundo motivo se alega la infracción del artículo 163 LGSS sobre incompatibilidad de pensiones, y se argumenta que como la actora ya está percibiendo la incapacidad permanente total, de estimarse esta nueva incapacidad permanente debería de optar por una de ellas.

**SEGUNDO.-** 1. Para la adecuada resolución del recurso debemos recordar que como se declara probado en el ordinal octavo de la resolución recurrida, por sentencia del Juzgado de lo Social núm. 5 de Alicante de 20 de noviembre de 2015 le fue reconocida a la Sra. R. la incapacidad permanente en el grado de total para su profesión habitual de limpiadora por enfermedad común, con una base reguladora de 579,10 € y fecha de efectos 3-4-2014, en base a la solicitud presentada el 31 de enero de 2014. Esta resolución judicial fue confirmada por sentencia de esta Sala de lo Social de 1 de febrero de 2017 (rs.816/2016) que es firme.

2. No obstante haber iniciado el anterior procedimiento y estando pendiente de resolución, doña M.F.R. presentó el 16 de abril de 2015 una nueva solicitud de

reconocimiento de incapacidad permanente para la misma profesión, y al ser rechazada en vía administrativa presentó el 13 de julio de 2015 la demanda que ha dado lugar a las presentes actuaciones en las que el Juzgado de lo Social núm. 3 de Alicante dictó sentencia el 11 de abril de 2016 reconociéndole de nuevo la incapacidad permanente total para la misma profesión y en base a las mismas dolencias.

3. A la vista de lo expuesto la sentencia debe ser revocada por imperativo de la denominada cosa juzgada negativa prevista en el artículo 222.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) que impide un ulterior proceso entre las mismas partes y con idéntico objeto. En efecto, el objeto del segundo procedimiento iniciado por la Sra. R. –que es el que ahora estamos resolviendo en suplicación- es el mismo que el tramitado ante el Juzgado de lo Social núm. 5 de Alicante que concluyó con la sentencia de 20 de noviembre de 2015 que le declaró en situación de incapacidad permanente en el grado de total para su profesión habitual de limpiadora por enfermedad común, con una base reguladora de 579,10 € y fecha de efectos 3-4-2014. Por tanto, el reconocimiento de esa prestación por sentencia firme, impide que se pueda obtener una segunda sentencia cuyo objeto sea el mismo, pues son idénticas las dolencias y limitaciones funcionales que se invocan en ambos. Si bien no estamos estrictamente ante una incompatibilidad de prestaciones, sí que nos encontramos ante una misma prestación que ha sido reconocida dos veces por efecto de un solapamiento que debió evitarse a lo largo del procedimiento. Es por ello que, en el estado actual de las actuaciones, no resulta posible estimar la pretensión deducida en la demanda, por lo que procede revocar la sentencia recurrida, pues la cosa juzgada puede ser apreciada de oficio por los tribunales.

**TERCERO.-** De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 235.1 LRJS y con una reiterada doctrina jurisprudencial de la que son expresión, por ejemplo, las SSTs de 27-9-2000 (rcud. 4585/1999), 9-2-2009 (rcud.1681/2008) o 20-10-2016 rcud.398/2015), no ha lugar a condenar en costas a la Entidad Gestora.

### **FALLO**

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre del INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 3 de Alicante de fecha 11 de abril de 2016, en virtud de demanda presentada a instancia de DOÑA M.F.R.V.; y, en consecuencia, revocamos la sentencia recurrida y desestimamos la demanda.

Sin costas.

## 2305

**Sentencia núm. 3.378, de 21 de diciembre de 2017**

**Materia:** Despido y reclamación de cantidad. Trabajador que presta sus servicios como ayudante de camarero en la empresa demandada. La empresa procede a cursar la baja del trabajador en la seguridad social, siéndole comunicada esta situación mientras está disfrutando de vacaciones. Cese de actividad de la empresa. Cantidades adeudadas. Indemnización por despido y salarios de tramitación.

**Juzgado:** Estima parcialmente la demanda, declarando improcedente el cese efectuado y extinguida la relación laboral con efectos desde la fecha del despido. Estima la pretensión sobre cantidad, declarando el derecho del demandante a recibir determinada cantidad por los conceptos señalados en la demanda más intereses por mora. Se absuelve al organismo demandado, sin perjuicio de sus responsabilidades legales y de su obligación de asumir el relato fáctico de la resolución.

**Sala:** Estima parcialmente el recurso interpuesto por el actor demandante, reconociendo el derecho de este a recibir los salarios de tramitación hasta la fecha de la extinción de la relación laboral que declara la sentencia recurrida.

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

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Recurre en suplicación el actor, la sentencia que estimó parcialmente su demanda, donde se acumulaba la acción de despido y otra de reclamación de cantidad (salarios), declarando (en lo que se refiere a la primera) improcedente el despido de 23-09-2015, y extinguida la relación laboral que unía a las partes con efectos desde la indicada fecha del despido, condenando a la empresa demandada, incomparecida y sin actividad, a abonar al recurrente la suma de 1.468,60 € en concepto de indemnización, sin que proceda la condena a salarios de tramitación.

El recurso, se impugna por el Abogado del Estado en representación del FOGASA, y contiene un único motivo en el que, por la letra c) del art. 193 de la LRJS, se denuncia la infracción del art. 110.1.b) de la LRJS, en relación con el art. 56.1 del Estatuto de los Trabajadores, con cita de la sentencia de esta Sala nº 1177/2014 y de la doctrina jurisprudencial contenida en la STS de 5 de diciembre de 2016.

El recurrente solicita en el recurso que se dicte una sentencia más acorde con los preceptos mencionados en el recurso, y que se concedan tanto la indemnización como los salarios de tramitación hasta la fecha de la sentencia, argumentando que el hecho de que se admita que el FOGASA realice la opción no trae causa en la figura de la sustitución procesal del empresario, en tanto que según lo dispuesto en el art. 110.1.a) de la LRJS el titular de la opción es el citado empresario y no el FOGASA.

**SEGUNDO.-** Pues bien, esta Sala ya se ha pronunciado sobre la cuestión aquí suscitada en la sentencia nº 1177/2014 de 13 de mayo (rec. 464/2014), entre otras más recientes (la recaída en Recurso de suplicación 1757-17), que no es sino la de determinar la legitimidad que ostenta el FOGASA para solicitar en el juicio la extinción de la relación laboral en los despidos improcedentes de empresas incomparecidas, cerradas o sin actividad, en las que resulta imposible la readmisión del trabajador. En la primera dijimos que “...De conformidad con lo establecido en el

artículo 23 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social el Fondo de Garantía Salarial puede comparecer como parte en cualquier fase o momento en los procesos de los que pudiera derivar prestaciones de garantía salarial en defensa de los intereses públicos que gestiona y para ejercitar las acciones o recursos oportunos, disponiendo de conformidad con el art. 23.3 de la LRJS de plenas facultades de actuación en el proceso como parte, pudiendo oponer toda clase de excepciones y medios de defensa, aún los personales del demandado, y cuantos hechos obstativos, impositivos o modificativos puedan dar lugar a la desestimación total o parcial de la demanda, todo lo cual revela que el Fondo de Garantía Salarial dispone de plenas facultades para actuar en el proceso como parte y lo mismo debe predicarse en el trámite de recurso.....”.

En definitiva, entendemos que el FOGASA se encuentra legitimado para hacer uso de la posibilidad que el art. 110.1 a) atribuye al titular de la opción entre la indemnización y la readmisión para anticipar el sentido de la misma, en el caso de que proceda la declaración de improcedencia del despido, pudiendo ejercitarla en el juicio, desde luego, cuando la empresa no comparece y es imposible la readmisión por tratarse de empresas desaparecidas y sin actividad, en defensa de los intereses públicos que gestiona.

En consecuencia, razones de igualdad en aplicación de la Ley imponen seguir aquí el mismo criterio, que no consta corregido por el Tribunal Supremo y es acorde igualmente con el mantenido por los distintos TSJ que han conocido sobre la misma cuestión (STSJ de Andalucía –Sevilla- de 14-1-2016 –rec. 106/2015-, Galicia 4-3-16 –rec. 18/2016-, Murcia 23-6-2014 –rec. 195/2014-, o Castilla León, Valladolid de 29-4-2015-rec. 571/2015-).

Sin embargo, otro tema es el de los efectos que produce la opción en las circunstancias expresadas, para lo que habrá que estar al art. 110.1.b) de la LRJS y no al a) del mismo precepto. Dispone el primero que: “A solicitud de la parte demandante, si constare no ser realizable la readmisión, podrá acordarse, en caso de improcedencia del despido, tener por hecha la opción por la indemnización en la sentencia, declarando extinguida la relación en la propia sentencia y condenando al empresario a abonar la indemnización por despido, calculada hasta la fecha de la sentencia.”

Y en este orden de cosas, hay que dar la razón al recurrente en lo relacionado con el derecho a percibir tanto la indemnización, como los salarios de tramitación, hasta la fecha de la extinción de la relación laboral que declara la sentencia recurrida, derecho que no consta concedido en la misma y procede acordar en estos casos, según se refleja en las SSTs de 19 de julio de 2016 (rec. 338/2015) y 21 de julio de 2016 (rec. 879/2015), cuyos argumentos son innecesarios reproducir y son coherentes con lo decidido sobre la legitimación del FOGASA para solicitar la extinción.

Por todo ello, procede estimar en parte el recurso, concediendo la indemnización calculada a razón de 33 días por año de servicio desde el ingreso del trabajador en la empresa hasta la fecha de la extinción que declara la sentencia (10-10-2016), y los salarios de tramitación desde la fecha del despido (23-09-2015) hasta la de la sentencia recurrida (10-10-2016) que declara la extinción, lo que importa, por un lado, la cifra (s.e.u.o) de 2.805,00 € de indemnización y por otro, la cantidad resultante de multiplicar los 40,80 € diarios por los días que van desde el despido hasta la fecha de 10-10-2016, en concepto de salarios de tramitación.

## **FALLO**

Estimamos en parte el recurso de suplicación interpuesto en nombre de don A.G.G., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 3 de los de Elche de fecha 10 de octubre de 2016; y, en consecuencia, revocamos en parte la referida resolución en el sentido de elevar la indemnización a la cantidad de 2.805,00 €, y de extender la condena a los salarios de tramitación en la cantidad resultante de multiplicar los 40,80 € diarios por los días que van desde el 23-09-2015 (despido) hasta la fecha de 10-10-2016 (sentencia de instancia), confirmándola en el resto de pronunciamientos que no se opongan al presente.

Sin costas.

## 2306

**Sentencia núm. 3.399, de 21 de diciembre de 2017**

**Materia: Reconocimiento de derecho. Trabajadores que prestan sus servicios en empresa dedicada a servicios anexos al transporte aéreo con contrato fijo discontinuo. Novación de los contratos de trabajo. Los trabajadores quedan subrogados en nueva empresa con las mismas condiciones laborales. Aplicación del convenio colectivo general del sector.**

**Juzgado: Estima en parte la demanda reconociendo a los demandantes una jornada ordinaria de trabajo mínima del 50% del promedio en cómputo anual.**

**Sala: Desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia. Condena en costas al recurrente.**

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

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** 1. Se interpone recurso de suplicación por la representación letrada de la empresa R. LTD ALIC, frente a la sentencia que estimando en parte la demanda instada por V.M.C. y D.A.M., declara que la empresa recurrente deberá garantizar a los demandantes una jornada mínima del 50% del promedio en cómputo anual.

2. El primer motivo del recurso se redacta al amparo del art. 193-b) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, interesando que se adicione un nuevo hecho probado que diga, "Los actores Srs. A. y M., en el periodo comprendido entre el 1-12-2014 al 1-12-2015 han venido prestando para la empresa M.A.A. UTE unas jornadas respectivamente del 60,90% y 66,44% respectivamente", en base a los documentos 3 y 7 del ramo de prueba de M., y documento 1º y 1B del ramo de prueba de R. LTD.

En el Segundo Fundamento de Derecho de la sentencia consta, "...M. formuló excepción de falta de legitimación pasiva y falta de acción, alegando sustancialmente que desde fecha 01.12.15 los demandantes pasaron subrogados a R. afirmando que cuando prestaron servicios en su empresa siempre efectuaron una jornada superior al 50%." Asimismo, se dice "...R. se opuso a la demanda, alegando que resulta de aplicación el Convenio colectivo general del sector de servicios de asistencia en tierra de pasajeros, y en el mismo ya se recoge como jornada ordinaria de trabajo efectivo el mínimo del 50%, afirmando que desde que los actores han pasado subrogados a la empresa han realizado una jornada por encima del 50%, en base a lo cual alegó falta de acción". Pues bien, siendo que la documental citada ya ha sido valorada por la Magistrada de instancia, y que en la fundamentación de la sentencia ya se recoge la alegación de las empresas relativa a la jornada realizada por los actores, la revisión postulada carece de trascendencia, por lo que el motivo debe desestimarse.

**SEGUNDO.-** En el segundo motivo, por el cauce de la letra c) del art. 193 LRJS, denuncia la empresa recurrente la infracción de lo dispuesto en el artículo 17.1 de la LRJS y artículo 24 de la Constitución, en relación con los artículos 80 y 73 D.5 del III Convenio Colectivo del Sector de Asistencia en Tierra en aeropuertos. Sostiene el recurrente que concurre la excepción alegada de falta de acción al no existir una verdadera controversia, o reclamación de un contenido concreto que pueda derivarse de la pretensión declarativa ejercitada, pues no se reclama cantidad ni se

expresa el fundamento de la actualidad y necesidad del reconocimiento de derecho reclamado para una cuestión concreta. Tratándose de una subrogación convencional el art. 73.D.5 del convenio expresamente reconoce a los trabajadores cedidos como derecho "ad personam" la jornada de cada trabajador, estando obligada la empresa cedente por el art. 80 del Convenio a facilitar al cesionario la información referida, por lo que la declaración de derecho que se pretende reconozca el Juzgado ya está reconocido expresamente en el Convenio colectivo, por lo que la pretensión actora carece de interés actual, directo y referido a una petición concreta evaluable económicamente.

Tal como se declara probado en la sentencia, los demandantes suscribieron con la anterior empresa cesionaria, contratos de trabajo como trabajadores fijos discontinuos, posteriormente novados el 1-12-2014 a contratos de trabajo indefinidos a tiempo parcial, con jornada base mínima en 37'5% de la jornada anual. Suscribiendo posteriormente acuerdos de modificación de jornada. En fecha 1-12-2015 los demandantes pasaron subrogados a la empresa recurrente, como nueva adjudicataria de la contrata. Por lo que estableciendo el art. 22 del Convenio aplicable que, respecto al contrato de trabajo indefinido a tiempo parcial, la jornada ordinaria de trabajo efectivo se fija entre el 50% y el 90% de promedio, en cómputo anual, de la jornada efectiva de aplicación en cada empresa, establecida para un trabajador o trabajadora a tiempo completo, debe concluirse que los trabajadores tienen interés en que se les reconozca la garantía mínima postulada de jornada mínima de 50%, dado que en sus contratos de trabajo no la tienen reconocida, sin que a ello obste que, tal como se indica en la fundamentación jurídica de la sentencia, ambas empresas reconociesen que los actores venían y vienen realizando una jornada superior al 50%, pues la discrepancia con la jornada realizada y la que consta en sus contratos evidencia la existencia de un interés legítimo, actual, efectivo y concreto susceptible de tutela judicial al tratarse de una acción de reconocimiento del derecho a la jornada mínima del 50% de la jornada del trabajador a tiempo completo, prevista en la norma convencional para los trabajadores indefinidos a tiempo parcial. Procediendo, en atención a lo expuesto, desestimar el recurso.

**TERCERO.-** De conformidad con lo dispuesto en el artículo 204 LRJS, se acuerda la pérdida de la cantidad objeto del depósito constituido para recurrir. Asimismo, y de acuerdo con el artículo 235 LRJS, procede la imposición de costas a la parte vencida en el recurso.

## FALLO

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de R. LTD ALIC, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº.1 de los de Elche, de fecha 24-mayo-2016, en virtud de demanda presentada a instancia de V.M.C. y D.A.M.; y, en consecuencia, confirmamos la sentencia recurrida.

Se acuerda la pérdida de la cantidad objeto del depósito constituido para recurrir.

Se condena a la parte recurrente a que abone al Letrado impugnante la cantidad de 400 euros.

## 2307

**Sentencia núm. 3.429, de 22 de diciembre de 2017**

**Materia: Despido. Trabajadora con contrato de trabajo indefinido a tiempo completo en empresa dedicada a actividad del sector textil. Aplicación a la relación laboral del convenio colectivo provincial del sector textil. Extinción de la relación laboral por causas económicas. La empresa debe a la actora determinada cantidad en concepto de indemnización por despido procedente por falta de liquidez.**

**Juzgado: Estima la demanda y declara la nulidad del despido enjuiciado por la situación de reducción de jornada de la trabajadora. Condena a la readmisión de la trabajadora y al abono de los salarios de tramitación.**

**Sala: Estima el recurso y revoca la sentencia de instancia. Considera procedente el despido de la actora al darse la causa económica alegada, la razonabilidad y los requisitos de forma. No procede la nulidad del despido al ser procedente y ajeno a la situación de la actora por la guarda legal.**

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

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Se recurre por la empresa demandada B.C.I. S.L. la sentencia del Juzgado de lo Social 17 de Valencia que declaró la nulidad del despido objetivo económico de fecha de efectos 31 de julio de 2015 por la situación de reducción de jornada de la trabajadora y condenó a la empresa demandada B.C.I. S.L. a la readmisión de la trabajadora en las mismas condiciones anteriores al despido y al abono de los salarios de tramitación, a razón de 24,84 euros diarios desde el despido hasta la efectiva reincorporación de la trabajadora sin perjuicio de los descuentos correspondientes y sin perjuicio de la compensación de tal cantidad con la ya abonada por la empresa a la trabajadora en concepto de indemnización por importe de 10.696,60 euros que la actora tendría que reintegrar a la empresa y condenó a la misma empresa demandada a abonar a la demandante la cantidad de 6.291,42 euros en concepto de principal por reclamación acumulada de cantidad, más la de 629,14 euros en concepto de intereses moratorios; y absolvió de todo a la codemandada B. S.L.

La sentencia recurrida declaró la nulidad del despido por la situación de reducción de jornada de la trabajadora y no ser procedente sino improcedente el referido despido, basando la apreciación de la improcedencia en el defecto de forma consistente en diferencia en el cálculo de la indemnización en la carta de despido por error inexcusable en el cómputo de la antigüedad.

Articula el recurso, que se refiere exclusivamente al despido, aquietándose respecto de la condena por cantidad, a través de tres motivos, todos al amparo del apartado c) del artículo 193 de la LJS, para el examen de las infracciones de normas sustantivas y doctrina jurisprudencial que indica y termina suplicando Sentencia por la que se declare la procedencia del despido, con sus legales consecuencias.

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

**SEGUNDO.-** En los motivos, que pueden examinarse conjuntamente, se alega infracción del artículo 53.1,b), 4 y 5 del ET y de la STS de 13-3-12, alegando, en síntesis,

que el despido objetivo no es nulo sino procedente, ya que se da la causa económica alegada según lo recogido en hechos probados de la sentencia y no es improcedente por defecto de forma porque se acogió a la exclusión de la obligación de la puesta a disposición de la indemnización por iliquidez, estando ésta recogida como probada en la sentencia, siendo el efecto sólo la obligación de abono de dicha indemnización, además de que un error de cálculo en la carta no trasciende y de que no incurrió en tal error porque sigue sosteniendo que la antigüedad por ella computada era la correcta al tener que estarse a la duración real de la prestación de los servicios para la demandada y no a la que se indica en las nóminas y porque la sentencia no ha tenido en cuenta el tope legal de la indemnización y, finalmente, que dándose la procedencia, queda descartada la nulidad del despido apreciada.

Nuestro supuesto de hecho, con los hechos probados no combatidos y en lo que aquí interesa, es el siguiente:

1.- La demandante ha venido prestando servicios laborales para la empresa B.C.I. S.L. mediante contrato de trabajo indefinido a tiempo completo, con antigüedad reconocida desde 2 de octubre de 1.991, categoría profesional de especialista y salario diario, incluida la prorrata de pagas extra, de 24,48 euros brutos, en situación de reducción de jornada por guarda legal.

2.- Mediante comunicación escrita de 13 de julio de 2015 y con efectos de 31 de julio siguiente, la empresa notificó a la trabajadora carta de despido objetivo basado en causas económicas, carta que se da por reproducida a efectos probatorios. En la carta de despido la empresa reconocía a la demandante el derecho a percibir una indemnización de 20 días de salario por año de servicio, que cuantificaba en 14.501,45 euros, calculada con el salario a tiempo completo y con antigüedad de 1 de marzo de 1.994, que excusó poner a su disposición por carecer de liquidez.

3.- La demandante fue contratada inicialmente por la empresa L.P.R. como aprendiz, mediante contrato de trabajo para la formación suscrito el 2 de octubre de 1.991. Figura de alta en la Seguridad Social por cuenta de dicha empresa del 2 de octubre de 1.991 al 28 de febrero de 1.994. El 1 de marzo de 1.994 fue dada de alta por la empresa B.C.I. S.L., empresa cuyo legal representante y Administrador único es D. L.P.R.. La empresa B.C.I. S.L. tiene reconocida a la demandante en las hojas de salario una antigüedad de 2 de octubre de 1.991.

4.- La empresa B.C.I. S.L. se constituyó mediante escritura pública de 10 de febrero de 1.994 por los cónyuges D. L.P.R. y D<sup>a</sup>. M.L.S.G., como socios al 50% de las participaciones sociales. Su objeto social es la confección, comercialización y venta de toda clase de artículos textiles para el hogar, ropa de cama y mesa. El domicilio social se fijó en Albaida (Valencia), calle Calvo Sotelo, 12.

5.- Desde el 2 de noviembre de 2010 la demandante tiene reconocida por la empresa empleadora reducción de jornada por guarda legal. El salario bruto diario que venía percibiendo con anterioridad a la reducción de jornada era de 39,50 euros.

6.- Tras el despido, la empresa ha abonado a la trabajadora las siguientes cantidades en concepto de pagos a cuenta de la indemnización: 1.000 euros y 12 pagos de 808,05 euros, un total de 10.696,6 euros. Actualmente quedan pendientes de pago por la empresa 3.804,40 euros en concepto de indemnización por despido objetivo.

7.- La empresa B.C.I. S.L. ha venido adoptando medidas para reducir costes. Entre los años 2009 y 2011 la empresa B.C.I. S.L. tramitó 3 Expedientes de Regulación de Empleo: nº 719/09 (reducción de jornada de 4 trabajadores); nº 824/10

(suspensión relación laboral de 3 trabajadores); y n.º 1.183/11 (suspensión contrato de trabajo de 3 trabajadores).

8.- El importe neto de la cifra de negocio de la empresa B.C.I. S.L. ha sido de:

- ejercicio 2015: 151.582,90 euros
- ejercicio 2014: 192.271,53 euros
- ejercicio 2013: 238.603,85 euros
- ejercicio 2012: 366.200,53 euros

9.- El resultado de ejercicio de la empresa B.C.I. S.L. ha sido el siguiente:

- ejercicio 2012: -34.699,54 euros
- ejercicio 2013: 2.038,37 euros
- ejercicio 2014: 2.432,50 euros
- ejercicio 2015: -17.848,30 euros

La empresa venía arrastrando pérdidas de 234.166,03 euros con anterioridad al ejercicio 2011.

10.- La cifra de ventas de la empresa B.C.I. S.L. (base imponible del IVA declarada en modelo 303) ha experimentado la siguiente evolución:

	1er TRIM	2º TRIM	3º TRIM	4º TRIM	TOTAL
Año 2013		58.729,81 euros	37.376,95 euros	85.405,94 euros	225.441,09 euros
Año 2014	49.892,28 euros	43.635 euros	30.949,32 euros	64.826,85 euros	189.303,45 euros

La cifra del 1º trimestre de 2015 fue de 39.776,83 euros.

11.- La plantilla de la empresa B.C.I. S.L. durante los años 2013 y 2014 se integraba por 5 trabajadores. En julio de 2015 pasó a tener 2 trabajadores en plantilla. Actualmente la empresa cuenta con una única trabajadora, D<sup>a</sup>. M.T.S.G., a media jornada, que realiza tareas administrativas.15.- La empresa B.C.I. S.L. contaba con los siguientes saldos bancarios a fechas 13 y 31 de julio de 2015, respectivamente:

- Banco Santander: cuenta n.º (...) 4284: 25,98 euros y 19,45 euros
- Caixa Ontinyent: cuenta n.º (...) 1575: 478,59 euros y 76,75 euros
- Banco Popular: cuenta n.º (...) 1130: -9.807,17 euros y -9.916,54 euros
- Bankia: cuenta n.º (...) 4639: 21,40 euros y 21,40 euros
- BBVA: cuenta n.º (...) 2251: -16.111,28 euros y 17.099,76 euros. (delante de esta última cifra figura un signo – según el Auto posterior de Aclaración de la Sentencia).

**TERCERO.-** Partiendo del supuesto de hecho, las infracciones alegadas y el contenido de los preceptos y STS alegada, la sentencia recurrida ha incurrido en efecto en las infracciones imputadas y el despido es procedente y no nulo y ello porque no es nulo al ser procedente y ajeno a la situación de la actora por la guarda

legal (artículo 54.4, penúltimo párrafo). Se da la causa económica alegada (según resulta de los hechos probados recogidos) y la razonabilidad (según también los hechos probados recogidos). Se da la exclusión de la puesta a disposición a la que se acoge por la iliquidez acreditada y se da el resto de requisitos de forma (aunque no se indique la situación económica de la codemandada, no hay grupo según sentencias firmes anteriores, como ha apreciado la sentencia recurrida y no se combate, por lo que no era preciso indicar situación económica de la codemandada). Por lo demás, el hipotético error en el cálculo de la indemnización en la carta carece de relevancia porque lo relevante es que afecte a la obligación de la puesta a disposición simultánea de la indemnización que corresponda no siendo requisito de forma que determine la improcedencia el que se calcule en la carta correctamente o no el importe de la indemnización correspondiente (como claramente indica la STS alegada y se ha reiterado en otras muchas posteriores). Al margen de que aquí, aunque se computa antigüedad incorrecta (se acepta que la antigüedad que corresponde a efectos de la indemnización por despido es la que indica la actora y no la que dice la empresa, ya que es el tiempo real de prestación de servicios al haber existido una sucesión y subrogación entre la primera empresa persona física y la demandada, como resulta de los hechos probados recogidos), ello tampoco trasciende porque era correcto el cálculo hecho en la carta por operar el tope legal que la Juzgadora no ha tenido en cuenta y, por otro lado y fundamentalmente, la obligación de puesta a disposición simultánea que es el requisito de forma relevante estaba correctamente excluida por la iliquidez acreditada (como se deduce de los saldos de las cuentas bancarias de la demandada recogidos como probados y la ausencia de hechos probados sobre indicios o circunstancias que revelen liquidez).

En consecuencia y, por lo expuesto, procede la estimación del recurso y la revocación parcial de la sentencia para declarar la procedencia del despido objetivo con las consecuencias legales inherentes.

**CUARTO.-** De conformidad con lo establecido en los artículos 235.1 y 203.1 de la Ley de la Jurisdicción Social, no procede condena en costas dado el sentido estimatorio del recurso y si procede acordar la devolución a la empresa recurrente del depósito y consignación constituidos para poder recurrir, una vez sea firme esta sentencia.

## **FALLAMOS**

Estimando el recurso de suplicación formulado por la empresa demandada B.C.I. S.L. contra la Sentencia de fecha 20 de septiembre de 2016, dictada por el Juzgado de lo Social núm. 17 de Valencia, en autos 860/15 sobre DESPIDO Y CANTIDAD, siendo parte recurrida la demandante D<sup>a</sup> N.S.P. y la codemandada B. SL, revocamos parcialmente la referida Sentencia sólo en lo que al Despido objetivo de efectos 31-7-15 se refiere, declarando el mismo procedente y la extinción de la relación laboral que con él se produjo, de modo que la demandante hará suya la indemnización ya percibida y debiendo la empresa recurrente abonarle la diferencia hasta el importe de 14.417'5 euros y mantenemos la sentencia recurrida en todo lo demás;

Sin costas. Devuélvase a la recurrente, una vez sea firme esta sentencia, la consignación y el depósito que efectuó para recurrir.

## 2308

**Sentencia núm. 7, de 8 de enero de 2018**

**Materia:** Declaración de invalidez. Trabajador afiliado a la Seguridad Social en situación de alta o asimilada al alta en el RETA, siendo su profesión habitual empresario de maquinaria de minería. Lesiones invalidantes. Declaración de incapacidad permanente total para el ejercicio de profesión habitual. Solicitud declaración de incapacidad permanente absoluta. Lesiones que impiden el ejercicio de actividades livianas: ataxia cerebral, alteración en la capacidad de aprendizaje y retención verbal, e hipoacusia neurosensorial bilateral, asimétrica, con afectación de la inteligibilidad, sin posibilidad de tratamiento médico o quirúrgico.

**Juzgado:** Desestima la demanda absolviendo a la demandada de todos los pedimentos formulados en su contra. Declara al actor afecto de una incapacidad permanente total para el ejercicio de su profesión habitual.

**Sala:** Estima el recurso y declara la incapacidad permanente absoluta del actor para el ejercicio de cualquier profesión. Las limitaciones que padece le incapacitan para realizar cualquier actividad aunque sea liviana, al tener alteradas la capacidad de aprendizaje y retención verbal, así como afectación de la inteligibilidad.

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

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Se recurre por el demandante D. V.R.T., al que en vía administrativa le reconocen IPT para profesión habitual de empresario de maquinaria minera en RETA por enfermedad común, la sentencia del Juzgado de lo Social de procedencia que desestimó su demanda contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y la TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, en solicitud de Incapacidad Permanente Absoluta.

Articula el recurso, que no ha sido impugnado, a través de dos motivos: el primero, al amparo del apartado a) del artículo 193 de la LJS, para nulidad de la sentencia y el segundo, al amparo del apartado b), para revisión de hechos probados y termina suplicando Sentencia por la que se revoque la recurrida y se le reconozca la IPA con efectos económicos de 28-10-14.

**SEGUNDO.-** En el primer motivo del recurso, al que dedica 12 folios, se solicita la nulidad de la sentencia, si bien con el efecto, invocando el artículo 202.2 de la LJS, de entrar en el fondo y estimar su demanda.

La nulidad de actuaciones o de la sentencia solicitada en un motivo de Suplicación al amparo del artículo 193, a) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, para que pueda prosperar, requiere, en síntesis, cuatro exigencias:

1) Realizar la parte recurrente la indicación, precisa y expresa, de que precepto procesal ordinario (de la LEC o de la LOPJ), o específicamente social (de la LRJS), es el que se considera infringido en el procedimiento o por parte de la resolución judicial de la que se pretende su anulación (y razonando adecuadamente sobre ello). Así resulta del propio artículo 193, a) de la LJS y del 196.2 de la misma que dice “En todo momento se razonará la pertinencia y fundamentación de los motivos”.

2) Detallar, de modo claro, cual haya sido la indefensión, que además ha de ser material y no meramente formal, que dicha infracción procesal le ha causado a quien realiza la solicitud de nulidad, razonando suficientemente sobre la existencia de esa presunta indefensión. Así resulta de los mismos preceptos citados antes.

3) Asimismo, es también preciso que no exista otro remedio que sea procesalmente menos traumático que la nulidad, en aras del principio de conservación de los actos procesales, coherente con la celeridad resolutive, que es también valor de preeminencia constitucional (artículo 24,1 del texto constitucional) y desarrollo ordinario (artículo 74,1 LRJS), siempre que ello no comporte indefensión a ninguna parte, igualmente proscrita constitucionalmente (de nuevo, artículo 24,1 CE). Esto es la base de lo dispuesto en el artículo 202.2 de la LRJS.

4) Finalmente, que debe de haberse realizado la pertinente denuncia de la infracción, desde el momento en que la misma se produce o desde que se haya tenido conocimiento de ello con la correspondiente protesta de no ser acogida y en su caso, con constancia de tal denuncia y protesta en el acta del juicio, pues en otro caso, se estaría convalidando con la actitud omisiva o permisiva de la parte, esa infracción, que no puede luego ser denunciada con posterioridad, una vez que el resultado judicial le ha sido adverso, ya que la posible indefensión se la habría causado a sí misma. La necesidad de esa denuncia y protesta resulta de lo dispuesto en el artículo 193, a) en relación con el artículo 191.3, d), ambos de la LJS, siempre que fuera posible.

Pues bien, no siendo necesaria la protesta al pedirse la nulidad de la sentencia, el recurrente alega infracción del artículo 97.2 y del 72 de la LJS, concretada, en síntesis, en ciertos vicios en su motivación por ser ésta equivocada al impedir el acceso en sus fundamentos de determinadas limitaciones que en la fecha de la resolución del INSS eran concurrentes, influyendo esa exclusión en la redacción de hechos probados y generándole indefensión que no concreta. Argumenta, también en síntesis, que no introdujo variación sustancial en la demanda con respecto a la reclamación previa por cuanto las dolencias que la sentencia, en su opinión, considera la conforman y excluye, ya las adujo en la reclamación previa y también algunas de sus limitaciones y que el INSS ya las conocía por haberse alegado en un expediente anterior de impugnación de alta médica, habiéndose recogido ya en informe médico de baja por recaída de 8-8-14 "el paciente refiere que le viene justo andar, dolor de cabeza y dolor de piernas. Memoria fallida, oído y cuello deficitario" y que afirma existían ya al tiempo del Dictamen Propuesta del EVI que deliberadamente las excluye, siendo que al INSS no le causaba ninguna indefensión por conocerlas y, en cambio, a él si se le produce por excluirlas la sentencia de su valoración, aplicando inadecuadamente el artículo 72 de la LJS e infringe el 97.2 por no recoger hechos probados sobre esas dolencias y limitaciones.

Realmente, de la lectura detenida de la sentencia en relación con lo alegado si se aprecia la infracción del artículo 72 porque, como aduce la recurrente, ya manifestó en la reclamación previa, al igual que en la demanda, las dolencias y algunas limitaciones que la juzgadora excluye, sin que el argumento de la sentencia para la exclusión, de tratarse de meras alegaciones sin que hubiera objetivación ni determinación de limitaciones ni existencia de informes médicos previos en el expediente administrativo, pueda compartirse porque ello puede justificar el que el EVI no las valorase inicialmente, pero no que, alegadas ya en la reclamación previa, puedan excluirse por modificación o adición prohibida en el artículo 72 de la LJS, sino que, por el contrario, le daba la oportunidad al INSS de poder estimar la reclamación previa -que es una de las finalidades de ésta-, previo incluso nuevo examen médico de su facultativo y nueva propuesta del EVI, sin que, desde luego, fueran una adición añadida en la demanda que le causa alguna indefensión al INSS. Ahora bien, con esa infracción no se aprecia la indefensión que se aduce

genéricamente por la recurrente y que, en ningún caso, es material, siendo que la posible insuficiencia de hechos probados puede ser suplida por la parte a través de la vía del apartado b) de revisión de los mismos y que también utiliza, sin perjuicio de la suerte que la misma pueda correr. Por último, la consecuencia no sería la declaración de nulidad sino la de resolución por el fondo conforme a lo dispuesto en el artículo 202.2 de la LJS, como ya se dijo y la propia parte interesa.

En consecuencia, no se acordará la nulidad de la sentencia.

**TERCERO.-** Entrando en el motivo segundo,

I.- Comenzaremos con una exposición de los requisitos para que pueda prosperar la revisión de hechos probados:

La STS de 18-1-11 (recurso 98/09) y las en ella citadas (como la de 11-10-07 y 5-11-08), así como otras muchas posteriores, decía: << Respecto del error en la apreciación de la prueba..., para que la denuncia del error pueda ser apreciada es precisa la concurrencia de los siguientes requisitos: a) que se concrete con claridad y precisión el hecho que haya sido negado u omitido en el relato fáctico, b) que tal hecho resulte de forma clara, patente y directa de la prueba documental o pericial obrante en autos y sin necesidad de argumentaciones o conjeturas, c) que se ofrezca el texto concreto a figurar en la narración que se tilda de equivocada, bien sustituyendo o suprimiendo alguno de sus puntos, bien complementándolos y d) que tal hecho tenga trascendencia para modificar el fallo de instancia.>>

Esta doctrina es igualmente aplicable tras la nueva LJS, ya que el tenor del artículo 193, b) de ésta es idéntico al del 191, b) de la anterior LPL y el 196.3 de la LJS, ahora exige que “habrán de señalarse de manera suficiente para que sean identificados <el concreto documento o pericia en que se base cada motivo de revisión de los hechos probados que se aduzca> y añade “e indicando la formulación alternativa que se pretenda” (con lo que expresamente incorpora exigencias jurisprudenciales) y también en su nº2 mantiene la exigencia de “suficiente precisión y claridad” en la expresión del motivo o motivos en que se ampare (lo que alcanza al de revisión de hechos probados) y de que “en todo caso se razonará la pertinencia y fundamentación de los motivos” (alcanzando igualmente al de revisión de hechos probados).

Más recientemente también los expone la STS de 1-12-15 (Recurso de casación ordinario 60/2015), pero con referencia igualmente al de suplicación (sin perjuicio de la diferencia de poder basarse éste en documental y pericial y el de casación sólo en documental), diciendo: << Reiterada jurisprudencia como la reseñada en SSTs 28 mayo 2013 (rec. 5/20112), 3 julio 2013 (rec. 88/2012) o 25 marzo 2014 (rec. 161/2013) viene exigiendo, para que el motivo prospere:

1. Que se señale con claridad y precisión el hecho cuestionado (lo que ha de adicionarse, rectificarse o suprimirse), sin que en ningún caso bajo esta delimitación conceptual fáctica puedan incluirse normas de Derecho o su exégesis.
2. Que la parte no se limite a manifestar su discrepancia con la sentencia recurrida o el conjunto de los hechos probados, sino que se delimite con exactitud en qué se discrepa.
3. Que su errónea apreciación derive de forma clara, directa y patente de documentos obrantes en autos (indicándose cuál o cuáles de ellos así lo evidencian), sin necesidad de argumentaciones o conjeturas [no es suficiente una genérica remisión a la prueba documental practicada].

4. Que no se base la modificación fáctica en prueba testifical ni pericial. Excepcionalmente esta clase de prueba puede ofrecer un índice de comprensión sobre el propio contenido de los documentos en los que la parte encuentra fundamento para las modificaciones propuestas.
5. En el recurso de casación, el cambio en el relato de hechos únicamente puede basarse en prueba documental obrante en autos y que demuestre la equivocación del juzgador. Si se está en suplicación también puede invocarse la prueba pericial.
6. Que se ofrezca el texto concreto conteniendo la narración fáctica en los términos que se consideren acertados, enmendando la que se tilda de equivocada, bien sustituyendo o suprimiendo alguno de sus puntos, bien complementándolos.
7. Que se trate de elementos fácticos trascendentes para modificar el fallo de instancia, aunque puede admitirse si refuerza argumentalmente el sentido del fallo. También queda al margen la revisión de hechos declarados probados cuando los mismos comporten gravamen para alguna de las partes.
8. Que quien invoque el motivo precise los términos en que deben quedar redactados los hechos probados y su influencia en la variación del signo del pronunciamiento.
9. Que no se limite el recurrente a instar la inclusión de datos convenientes a su postura procesal, pues lo que contempla es el presunto error cometido en instancia y que sea trascendente para el fallo. Cuando refuerza argumentalmente el sentido del fallo no puede decirse que sea irrelevante a los efectos resolutorios, y esta circunstancia proporciona justificación para incorporarla al relato de hechos, cumplido -eso sí- el requisito de tener indubitado soporte documental.
10. La modificación o adición que se pretende no debe comportar valoraciones jurídicas. Las calificaciones jurídicas que sean determinantes del fallo tienen exclusiva -y adecuada- ubicación en la fundamentación jurídica.>>

II.- Pasamos a examinar las revisiones propuestas, a las que dedica otros 7 folios, siguiendo los apartados y resolviendo conforme a la doctrina expuesta:

1ª) Solicita la sustitución del primer párrafo del Hecho Probado Segundo, ya transcrito en los antecedentes de esta resolución, para que diga “ En fechas 8/08/13 (folios 82 y 83); 1/09/2014 (folios 45 al 57) y 12/10/15 (folios 61 a 66), se informa al INSS de las limitaciones y patologías padecidas por D. V.R.T. sin que hayan sido estudiadas y tenidas en consideración por el informe que con fecha 12.11.14 fue elaborado por el EVI y que consta en autos, cuyo contenido se da por reproducido, del que destaca el siguiente tenor literal...”. Dice la parte proponente sobre su relevancia que acredita que con anterioridad al propio expediente administrativo por el cual se le concede la IPT, el EVI y el INSS conocían estas limitaciones y dolencias y, por ende, su conducta fue deliberada y arbitraria en cuanto a su falta de apreciación y que, en otro orden de cosas, siendo las mismas objetivables como posteriormente se ha podido acreditar, bastaba con que el EVI hubiera verificado la existencia de las limitaciones que se declaran por el paciente, por lo que continúa diciendo hace suya la sentencia de este Tribunal en la que se indicaba que “más que atender a las lesiones, hay que atender a las limitaciones que las mismas representen en orden al desarrollo de la actividad laboral”. Como puede verse, no nos indica ni concreta en el texto que propone a qué patologías y limitaciones se refiere, con lo que incurre en incumplimiento de la falta de concreción a que ya se aludió como requisito general, sin que la Sala puede construirse y esa falta de concreción impide que pueda constatarse a partir de la vista de los documentos de los folios que nos indica, por lo que tampoco puede apreciarse concurra el requisito b), sin perjuicio de lo cual cabe observar que la

sentencia en su fundamento cuarto viene a decir, con valor fáctico, que el actor “ya había expresado al médico inspector del INSS que tenía dolor de cabeza y problemas de memoria y oído con motivo del examen al que fue sometido para determinar si había existido una recaída de un proceso de incapacidad temporal anterior”, de modo que si es a eso a lo que se refiere aquí como patologías y limitaciones, ya tiene considerado probado en la sentencia lo que se ha indicado y, para ver si se ha recogido o no en el Informe de valoración a que el texto judicial del mismo hecho probado se refiere y da por reproducido, basta con compararlos. Indicar, por lo demás, que el razonamiento sobre relevancia se apoya en conjeturas como la de conducta deliberada y arbitraria en cuanto a su falta de apreciación por el EVI y la de carácter objetivable de limitaciones que no ha concretado en el texto; por todo lo cual la revisión no puede aceptarse.

2ª) Solicita la sustitución del Hecho Probado Quinto, ofreciendo un texto que supone, por un lado, detallar el contenido de la reclamación previa, lo que es innecesario puesto que el texto judicial ya da su tenor por reproducido y, por tanto, puede utilizarse y, por otro lado, añadir que en la demanda se alegan las mismas dolencias y limitaciones que en la reclamación previa, para lo que basta acudir a la demanda. Sin perjuicio de lo cual, cabe señalar, de nuevo, que la sentencia ya admite como probado dentro de su Fundamento Cuarto que en la reclamación previa se alegaron, entre otros extremos, el padecimiento de deterioro cognitivo, pérdidas de memoria, pensamiento lento, descoordinación y desorientación.

3ª) La supresión del actual tenor del Hecho Probado Sexto, ya transcrito en antecedentes de esta resolución y su sustitución por el siguiente: “ **El informe pericial de 19.10.15, elaborado por D. V.T.S. cuyo contenido obra en autos y se da por reproducido, significa que el demandante presenta cardiopatía isquémica, enfermedad de SEIS VASOS (“obstrucción coronarias post-bypass), angina inestable de reposo; triple bypass coronario fracasado y sin posibilidades de nueva revascularización; arteriopatía periférica; amputación de los dedos del pie derecho, ataxia cerebral, sin posibilidad de tratamiento médico; deterioro cognitivo amnésico (imposibilidad de retener ordenes, imposibilidad de aprender nuevas tareas); hipoacusia neurosensorial asimétrica, sin posibilidad de tratamiento ni utilización de audiófonos, y cefalea crónica. El informe significa que ya en julio/agosto de 2014 pudo examinar al paciente y verificar que concurrían todas ellas y señala que aunque el demandante “podría realizar trabajo en la zona segura de entre 2 - 3 met, debe tenerse en cuenta que esto habla de su capacidad exclusivamente cardiaca, pero lo que aquí estamos valorando es su capacidad laboral total, es decir, teniendo en cuenta el resto de patologías que presenta, como la demencia, la sordera, ataxia, etc lo cual lo incapacita totalmente para cualquier actividad”. Termina concluyendo en el siguiente sentido: “... la incapacidad permanente que le corresponde al actor es la incapacidad permanente ABSOLUTA” La cardiopatía isquémica es inestable, lo que implica que aunque el demandante se mantuviese en reposo podría sufrir un infarto. De esta forma, más allá de su capacidad cardiaca, en atención del alto riesgo de infarto que el paciente acredita junto con la gravedad y carácter crónico e irreversible de las lesiones y limitaciones concurrentes en el momento de elaboración del dictamen del EVI, el criterio del perito medico es que el grado de incapacidad permanente de la que resulta acreedor D. V. es ABSOLUTA”.**

El texto que pretende se suprima contiene, en primer lugar el informe escrito del perito del actor, cuyo tenor se da por reproducido, destacando después y además partes del mismo en cuanto a lo que significan y contiene también lo que el Juez considera probado, teniendo en cuenta en lo que destaca y en lo que considera probado no sólo el informe escrito sino la pericial propiamente dicha practicada con contradicción en el acto del juicio y la documental aportada por el actor, eso sí,

dejando fuera como probado toda aquella patología que no fue valorada por el EVI y que previamente consideró excluido del juicio.

El texto que el actor propone para dicho Hecho Probado supone añadir significados del informe de su perito, escrito y oral y conclusiones conforme al mismo, incluyendo manifestaciones o limitaciones de otras patologías o dolencias si alegadas que dice de carácter crónico e irreversible y la reiterativa afirmación del actor de darse todas esas dolencias con las limitaciones irreversibles al tiempo del dictamen del EVI. Para todo ello, se apoya en la referida pericial y en algunos documentos que cita como los de los folios 38 y 39 (que son un Informe de coronografía de 4-8-14) un Informe Propuesta clínico laboral de fecha 10-6-14 (que no nos dice ni folio donde se encuentra ni número de documento y que no hemos encontrado, si bien dice referido al agotamiento de posibilidades terapéuticas y en relación con el problema cardiaco) y sin que aquí encontremos mención alguna a otros documentos, aunque si la encontramos en el apartado relativo a la revisión del Hecho Probado Quinto como la de los folios 163 a 167 (que son informes de facultativos de Hospital Público: uno de Consulta de Neurología de 2-3-15, al que acude sin cita para emisión de informe, en el que se recoge diagnóstico de ataxia cerebral, siendo el resultado de RM cerebral y angio-RM en la que se encuentran cambios involutivos corticales, valoración cognitiva 25/30 y se le remite a Unidad Neuro Conducta demencia; un informe clínico de Unidad de Memoria y Demencias de 28-4-15 en cuyas conclusiones se aprecia evidencia de alteración en la capacidad de aprendizaje y retención verbal, con el resto de funciones preservadas, su perfil muestra deterioro cognitivo amnésico y se le recomienda incorporar actividades cognitivas a su rutina diaria y control evolutivo en un año y, por último, un informe de Otorrino de 18-9-15 que aprecia hipoacusia neurosensorial bilateral, asimétrica, con afectación de la inteligibilidad, sin posibilidad de tratamiento médico o quirúrgico). Obviamente, las calificaciones jurídicas del perito no pueden aceptarse por impropias de su pericial y de hecho probado. En consecuencia y, manteniendo el texto judicial del hecho probado sexto, sólo se acepta, teniendo en cuenta el informe pericial y los documentos de los folios 163 a 167 de facultativos especialistas de la Sanidad Pública, la adición de lo siguiente: "El demandante presenta ataxia cerebral, alteración en la capacidad de aprendizaje y retención verbal, e hipoacusia neurosensorial bilateral, asimétrica, con afectación de la inteligibilidad, sin posibilidad de tratamiento médico o quirúrgico".

4ª) La eliminación del Hecho Probado Octavo, cuyo tenor ya se transcribió y consiguiente reenumeración del actual Noveno como Octavo. Basa su petición de eliminación en que, según dice "siendo cierto lo manifestado por éste, no lo es menos que dicha circunstancia no es óbice para la apreciación de las limitaciones y dolencias concurrentes, ni tampoco para que su posterior constatación no tenga acceso al procedimiento o no pueda ser valorada por el Juez a quo para apreciar el grado de incapacidad solicitado. Siendo así la manifestación contenida en el hecho probado octavo se torna inútil y, por tanto, superflua" y no se acepta la supresión porque la falta de documentación médica que se acepta como cierto, aunque la refiera sólo al expediente administrativo, sirve en parte a la sentencia -junto con otros extremos- de apoyo a la no aceptación de fondo de la ataxia cerebral, el deterioro cognitivo amnésico, la hipoacusia neurosensorial o la cefalea crónica y no puede por ello decirse sea inútil o superflua, aparte de no ser éste un amparo posible de la revisión fáctica que ha de basarse en un error patente, directo o irrefutable en el hecho y aquí el hecho afirmado se reconoce por el recurrente como cierto.

En consecuencia, sólo se accede a la revisión fáctica del Hecho Probado Sexto en los literales términos que se han indicado.

**CUARTO.-** La parte, pese a lo extenso de su recurso, se ha olvidado de plantear un motivo al amparo del apartado c) para examen del derecho sustantivo o doctrina

jurisprudencial considerada infringida, no indicando en su recurso las normas o jurisprudencia que sobre el fondo imputa como infringidas, ausencia que ya sería causa de desestimación, al tratarse de una exigencia esencial que, con origen jurisprudencial, recoge expresamente el artículo 196. 2 de la LJS cuando dice “citándose las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que se consideren infringidas”, sin que ello pueda serle construido por el Tribunal de Suplicación so pena de causar indefensión a la otra parte.

No obstante, siguiendo un criterio antiformalista, creemos poder integrar el olvido de la recurrente, entendiendo alegados tácitamente como infringidos los artículos 136 y 137.5 de la Ley General de la Seguridad, en la medida en que a través del recurso se pretende la estimación de su demanda y en ésta, pese a no ser exigencia de la misma, si se contiene la mención de esos preceptos como soporte jurídico de su pretensión de Incapacidad Permanente Absoluta, siendo además de conocimiento evidente por parte de las demandadas INSS y TGSS que son los que regulan por el fondo la materia concreta objeto de la pretensión de la demanda y de la del recurso y que, por tanto, con el olvido en el recurso ninguna indefensión material se les causa, máxime cuando la omisión e indefensión ni siquiera han sido alegadas por ellas al no haber impugnado el recurso.

Entrando así en el fondo del examen del derecho considerado como tácitamente alegado como infringido, el artículo 136 de la Ley General de la Seguridad Social dice que “es incapacidad permanente la situación del trabajador que, después de haber estado sometido al tratamiento prescrito y de haber sido dado de alta médicamente, presenta reducciones anatómicas o funcionales graves, susceptibles de determinación objetiva y previsiblemente definitivas, que disminuyan o anulen su capacidad laboral. No obstará a tal calificación la posibilidad de recuperación de la capacidad laboral del inválido, si dicha posibilidad se estima médicamente como incierta o a largo plazo..... no será necesaria el alta médica para la valoración de la incapacidad permanente en los casos en que concurren secuelas definitivas...” En nuestro caso, no se cuestiona el carácter permanente en el sentido legal, máxime habiendo el INSS reconocido la Incapacidad Permanente Total, al menos respecto de las dolencias y limitaciones orgánicas y funcionales que se han contemplado como probadas para la concesión de la Total. En cuanto a las que hemos añadido en el hecho probado sexto, ese carácter o requisito resulta de lo que en él hemos declarado probado.

El artículo 137 de la Ley General de la Seguridad Social (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 que es la aplicable por razón de la fecha del hecho causante) establece los grados de la incapacidad permanente, diciendo, en cuanto al grado de absoluta en el nº5 que “se entenderá por incapacidad permanente absoluta la que inhabilite por completo al trabajador para toda profesión u oficio”. Por tanto, ha de valorarse la entidad del cuadro de dolencias o padecimientos y, sobre todo, las limitaciones orgánicas y funcionales para determinar si efectivamente excluye toda capacidad laboral o no, teniendo en cuenta que la capacidad laboral entraña profesionalidad y poder cumplir las exigencias mínimas de continuidad, dedicación y eficacia que todo trabajo comporta y que, como dice el Tribunal Supremo en su sentencia de 27-2-90, “la prestación de un trabajo, por liviano que sea, incluso sedentario, sólo puede realizarse mediante la asistencia al lugar de empleo, permanencia en él durante la jornada, estar en condiciones de consumir una tarea, siquiera leve, que ha de demandar un cierto grado de atención y una moderada actividad física”.

En el presente caso, partiendo de los hechos probados con la adición aceptada, resulta que, por el tema cardíaco, el demandante podría realizar un trabajo sedentario, pero con el añadido de “ataxia cerebral, alteración en la

capacidad de aprendizaje y retención verbal, e hipoacusia neurosensorial bilateral, asimétrica, con afectación de la inteligibilidad, sin posibilidad de tratamiento médico o quirúrgico”, no encontramos trabajo que pueda realizar en las condiciones mínimas de continuidad, dedicación y eficacia, ya que, incluso los sedentarios exigen, además de la asistencia al lugar de empleo y permanencia en él durante la jornada, estar en condiciones de consumir una tarea, siquiera leve, que ha de demandar un cierto grado de atención y, en nuestro caso, el demandante tiene alteración en la capacidad de aprendizaje y retención verbal, así como afectación de la inteligibilidad, siendo subsumible su situación en la Incapacidad Permanente Absoluta del artículo 137.5 de la LGSS.

En consecuencia, procede la estimación del recurso y, con revocación de la sentencia, la estimación de la demanda, declarando la situación señalada con la correspondiente pensión en el porcentaje del 100% sobre la base reguladora y fecha de efectos económicos recogidos en el hecho probado noveno de la sentencia.

**QUINTO.-** De conformidad con lo establecido en el artículo 235.1 de la Ley de la Jurisdicción Social, no procede imposición de costas, dado el sentido estimatorio .

### **FALLAMOS**

Estimando el recurso de suplicación formulado por el demandante D. V.R.T. contra la Sentencia de fecha 20 de noviembre de 2015, dictada por el Juzgado de lo Social número 4 de Castellón, en autos 224/15 sobre INCAPACIDAD PERMANENTE, siendo parte recurrida el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y la TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, revocamos la referida Sentencia y, estimando la demanda, declaramos al demandante en situación de Incapacidad Permanente Absoluta con derecho a la correspondiente pensión del 100 por 100 de su base reguladora de 2.317, 96 euros por paga, sin perjuicio de los incrementos, revalorizaciones y topes que procedan, con efectos económicos de 29-10-14 y condenamos a las demandadas a estar y pasar por la anterior declaración y a abonarle la pensión indicada.

Sin costas.

## 2309

### **Sentencia núm. 28, de 9 de enero de 2018**

**Materia: Conflicto colectivo. Constitución mesa negociadora. Derecho a designar a un miembro en la mesa de la comisión negociadora del convenio colectivo de empresa. La empresa tiene dos centros de trabajo, cada uno con su comité de empresa propio. Solicitud declaración nulidad constitución mesa negociadora por parte del sindicato demandante.**

**Juzgado: Estima parcialmente la demanda reconociendo el derecho del sindicato demandante a designar un miembro en la mesa negociadora del convenio colectivo, condenando a los sindicatos demandados a estar y pasar por dicha declaración.**

**Sala: Desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia. La solución adoptada en la instancia no infringe lo dispuesto en el art. 8 del ET en cuanto a designación de miembros con voz y voto en la comisión negociadora.**

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

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-** Recurre en suplicación el sindicato demandante CEMSATSE (Convergencia Estatal de Médicos y de Enfermería), la sentencia que ha estimado solo en parte su demanda en la que se solicitaba que se declare la nulidad de la constitución de la mesa negociadora del Convenio Colectivo de la Empresa V.A.SL, y que se establezca que la distribución de los miembros de la mesa negociadora del referido convenio de empresa ha de ser la siguiente: CCOO 7 miembros, UGT 3 miembros, CEMSATSE 2 miembros y CSIF 1 miembro.

El recurso, que se impugna tanto por la empresa como por los sindicatos CSIF y CCOO, cuenta con un único motivo, formulado por el apartado c) del art. 193 de la LRJS, en el que sin denunciar claramente precepto sustantivo que haya podido infringir la sentencia recurrida (todo lo más señala el art. 88 del estatuto de los Trabajadores), analiza su razonamiento, imputando a la sentencia olvido a la hora de aplicar la tesis de la STS de 28-6-2016 para deshacer el empate creado entre los representantes de los sindicatos CEMSATSE y CSIF en el centro de trabajo del Hospital P.S., solicitando que el último miembro de la Comisión negociadora corresponda a CEMSATSE atendiendo al índice de representatividad de cada sindicato en la representación electiva, o de no ser acogida esta tesis la designación corresponda al trabajador más antiguo, aplicando analógicamente, lo establecido el art. 12 párrafo tercero del Real Decreto 1844/1994, lo que concedería el segundo miembro al sindicato actor.

Según consta en la demanda y expresa la sentencia, se impugna la constitución de la mesa negociadora del Convenio Colectivo de empresa efectuada de 28 de noviembre de 2016 ( 5 representantes de la empresa, 8 representantes de CCOO, 3 representantes de UGT y 2 representantes de CSIF- CSIF), comisión negociadora que quedo reconstituida el 19 de enero de 2017 (hecho cuarto) en lo que se refiere al banco social otorgando al sindicato actor un miembro de la mesa que se restó a CCOO, por lo que en lo que se refiere a la falta de acción opuesta, y posible pérdida sobrevenida del objeto o de la pretensión ejercitada, no falta razón a las demandadas cuando argumentan sobre estas cuestiones, insistiendo también en la negociación del convenio de empresa con la nueva comisión negociadora sin impugnación alguna; pero como quiera que tampoco cubre la pretensión actora la composición de la mesa negociadora efectuada en 19 de enero de 2017, porque el

sindicato demandante solicita dos miembros de su sindicato en la misma, y sin prejuzgar sobre los efectos que pudiera producir en la negociación del convenio, porque excede de este procedimiento, tal y como se razona en la sentencia, consideramos acertada la desestimación de las excepciones opuestas, y corresponde entrar a decidir el fondo de la pretensión actora.

**SEGUNDO.-** Se trata de determinar cómo debe quedar conformada la mesa negociadora de un convenio colectivo de empresa, cuando como en el supuesto que examinamos, y según refieren los hechos probados de la sentencia, la empresa tiene dos centros de trabajo, cada uno con su comité de empresa propios:

-el Hospital P.S.I., compuesto por 13 representantes: 6 de CCOO, 5 de UGT, 1 de CEMSATSE y 1 de CSI-CSIF;

-el Hospital M.I., compuesto por 9 representantes: 6 de CCOO, 1 de CEMSASE y 2 de CSI-CSIF.

Como por exigencia del art. 88.4 del Estatuto de los Trabajadores, el número total de miembros de la Comisión negociadora por cada parte no puede superar los 13 miembros, en lo que se refiere a la parte social aquí cuestionada, se obtuvo la parte proporcional de esos 13 miembros a nombrar para cada centro resultando que corresponden 7,67 miembros para el Hospital P.S.I. y 5,317 miembros para el Hospital M.I., es decir 8 y 5 representantes respectivamente (redondeando). Hasta aquí las partes están de acuerdo, y lo efectuado es conforme con el art. 87 del Estatuto de los Trabajadores que otorga la representación para negociar los convenios de empresa e inferiores al Comité, o a los delegados de personal, o en su caso a las secciones sindicales si las hubiera que en su conjunto sumen a la mayoría de los miembros del comité (con preferencia excluyente según ha señalado la jurisprudencia interpretando el párrafo segundo del precepto), sin señalar el protocolo a seguir cuando en la empresa hay varios centros cada uno con su comité, como es el caso. Sin embargo, esta cuestión se ha ido perfilando por la jurisprudencia que atiende a la asignación de los miembros de la mesa negociadora siguiendo una proporcionalidad sobre la audiencia electoral de los sindicatos o candidaturas presentes en el comité de empresa en el momento de su constitución o de sus posibles renovaciones por sustitución o renovación parcial. De este modo en el supuesto enjuiciado los 8 miembros de la mesa que corresponden al primer centro de trabajo (Hospital Perpetuo Socorro) se eligen siguiendo la fórmula matemática que describe la sentencia recurrida y señala la doctrina sentada por la STS de 28-6-2016 (rcud. 218/2015), dividiendo el número de miembros de cada sindicato en el comité por  $1,625 (13/8)$  de donde resulta para CCOO 3,69, es decir 3 miembros en la mesa negociadora, para UGT 3,08, es decir 3 miembros en la mesa negociadora y para CSI-CSIF y CEMSASE se produce un empate de 0,61. Utilizando el mismo procedimiento para el comité de empresa del Hospital M.I. tenemos que el divisor en este caso es  $2,31 (13/5)$ , y los puestos en la mesa negociadora para CCOO 2,31, es decir 2 miembros, para CSI-CSIF 0,77 y para CEMSASE 0,38, de modo que estos dos últimos sindicatos como en el comité del Hospital P.S.I. no alcanzan representación por sí mismos y hay que atender a los restos.

Repasando los resultados tenemos en la mesa negociadora:

Para CCOO 5 miembros más restos de  $0,69 + 0,31$  es decir un miembro más, o sea 6 miembros en la mesa negociadora.

Para UGT 3 miembros con un resto de 0,08 realmente despreciable.

Para CSI-CSIF, solo restos en el primer comité 0,61 y en el segundo 0,77

Para CEMSASE, solo restos en el primer comité 0,61 y en el segundo 0,38.

Discutiéndose entonces como se asignarán estos restos, no cabe duda que el reparto proporcional conduce a adjudicar a CSI-CSIF dos miembros en la comisión negociadora y a CEMSASE 1 solo miembro, como se hizo en la reconstitución de la mesa el 19-1-2017, y ha declarado la sentencia recurrida, siendo esta comisión así constituida la que ha negociado el convenio de empresa.

A todo ello debemos añadir que los restos obtenidos en el comité del Hospital M.I. representan proporcionalmente hablando una mayor significación desde el momento en que se despreció al otorgar 5 de miembros en la comisión negociadora 0,357, para favorecer al primer comité, del Hospital P.S.I. que solo llegaba a 7,67, y se le concedieron 8 miembros, de modo que la proporcionalidad de los sindicatos en la comisión finalmente nombrada resulta indiscutible.

Y tampoco procedía acoger la tesis subsidiaria de aplicar en la adjudicación de puesto, por analogía, la regla del párrafo tercero del art. 12 del Real Decreto 1844/1994, de 9 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de elecciones a órganos de representación de los trabajadores en la empresa para atribuir los resultados en caso de empate de votos de enteros o de restos al candidato de mayor antigüedad en la empresa, ya que no se produce tal empate si se consideran ambos comité como resulta necesario para negociar un convenio de empresa.

En consecuencia, la solución que adopta la sentencia no infringe el art. 88 del Estatuto de los Trabajadores cuando determina que “El reparto de los miembros con voz y voto en el seno de la comisión negociadora se efectuará con respeto al derecho de todos los legitimados según el artículo anterior y en proporción a su representatividad”, y aplica la doctrina jurisprudencial que se dice infringida, lo que conduce a que el recurso deba ser desestimado.

## **FALLO**

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de CEMSATSE (Convergencia Estatal de Médicos y de Enfermería), contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 6 de los de Alicante de fecha 2 de mayo de 2017; en procedimiento de Conflicto colectivo; y en consecuencia, confirmamos la sentencia recurrida.

## 2310

**Sentencia núm. 42, de 9 de enero de 2018**

**Materia:** Tutela de los derechos fundamentales. Libertad sindical. Celebración proceso electoral en empresa codemandada. Denegación celebración asamblea de trabajadores en el centro de trabajo con motivo de elecciones sindicales por falta de espacio. Vulneración derechos fundamentales. Diferencias entre reuniones del art. 8,1 b) LOLS y el derecho de reunión reconocido en el 4.1 f), y regulado en los arts. 77 a 80 de la LET.

**Juzgado:** Desestima la demanda, absolviendo a los codemandados de los pedimentos de la demanda. No se aprecia vulneración de los derechos fundamentales.

**Sala:** Desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia. La intención del demandante no es celebrar una reunión con sus afiliados sino una reunión de todos los trabajadores, con independencia de su afiliación. La reunión carece de carácter sindical.

**Ponente:** Ilma. Sra. D<sup>a</sup>. María Mercedes Boronat Tormo.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Frente a la sentencia de instancia, que desestima la demanda interpuesta por la Confederación Sindical del Sindicato CCOO contra la decisión de la empresa A. SA denegatoria a la celebración de una asamblea de trabajadores en el centro de trabajo, dentro de una situación previa a un proceso electoral, recurre la representación legal del citado Sindicato en suplicación a través de un motivo único amparado en el apartado c) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social. En dicho motivo, y con el fin de examinar las infracciones sustantivas y de la jurisprudencia se citan los arts. 28 de la CE en relación con el art. 9.1 c) de la Ley Orgánica de Libertad Sindical, y los arts. 4.1 f), 77 y 80 del Estatuto de los Trabajadores, ello en relación con la doctrina del Tribunal Constitucional, de la que se cita la sentencia de 17 de junio de 1987, 25 de enero 1988 y 32 de marzo del mismo año.

Dicho recurso ha sido impugnado por la empresa que entendió que no se había producido discriminación alguna en tal denegación por falta de espacio; que también se denegó al Sindicato UGT tal celebración, sin que el mismo demandase y que ello no impidió la correcta celebración de elecciones. Por último, reitera la conclusión alcanzada por la sentencia de instancia que entendió que las peticiones se efectuaron por personal no legitimado, a la vista del art. 77 del ET.

**SEGUNDO.-** Hay que señalar que la sentencia de instancia, tras señalar que la acción ejercitada exige la acreditación de previos indicios racionales de que la conducta empresarial pueda ser ilegal o discriminatoria, entiende que no es suficiente la actividad sindical para estimar concurrentes dichos indicios, y concluye desestimando la demanda porque, al amparo de lo dispuesto en el art. 77 del ET los solicitantes de su celebración no tenían la legitimidad necesaria para ello, por lo cual rechaza la existencia de vulneración de la libertad sindical.

Y efectivamente es cierto que, tal y como establece la jurisprudencia de la sala de lo Social del Tribunal Supremo, en Sentencia 31 mayo 2005, rcud nº108/2004 “es jurisprudencia consolidada que en los procesos en que se invoque la violación de un derecho fundamental, corresponde a la parte actora acreditar unos

mínimos indicios de su vulneración y, tras la verificación de tales mínimos indicios, es cuando corresponde a la demandada la prueba de que su actuación ha sido ajena a lesión alguna a tal derecho fundamental.”. En este supuesto, no obstante lo señalado en la instancia, podrían haberse estimado concurrentes, con independencia del resultado final del procedimiento a la vista de la falta de respuesta empresarial a tres solicitudes sucesivas efectuadas para celebración de una asamblea por motivos sindicales, de las que la sentencia de instancia da cuenta de dos de ellas, las formuladas el 28 de febrero y el 16 de marzo del 2017 por uno de los miembros de la Federación de Servicios de CCOO de Castellón y del responsable de organización de dicho Sindicato; si bien consta que telefónicamente, y sin identificación de cual fuera su cargo en la empresa, se contestó el 22 de marzo por un tal M. que se denegaba la realización de la Asamblea, “por falta de espacio”.

Es cierto también, como acertadamente señala la parte impugnante, que no cabe confundir el derecho recogido en el art. 9.1 c) de la LOLS, que se refiere al derecho de asistencia y acceso a los centros de trabajo para participar en las actividades propias del Sindicato, con el derecho a convocar una asamblea por motivos sindicales. Y ello porque en este segundo supuesto no se trata de hacer efectiva la actividad interna del Sindicato, sino de reunir a todos los trabajadores con independencia de su afiliación, lo que obliga a los convocantes a seguir un procedimiento determinado para hacer efectivo dicho derecho, lo que fácilmente pudieron realizar con la obtención del porcentaje de trabajadores solicitantes legalmente exigido.

Desde esta perspectiva, y a pesar de la no excusable conducta empresarial de omitir una respuesta motivada, que fácilmente estaba justificada, lo que impide consecuencia alguna, debemos proceder al rechazo del presente recurso, pues la solución a dicha cuestión fue ya razonablemente resuelta por el Tribunal Constitucional, que ya dio respuesta a una cuestión idéntica a la ahora analizada en sentencia nº76 del 2001, Sala 2ª, de fecha 26.3.2001. En la misma se señalaba que *“La libertad sindical comprende el derecho de los Sindicatos a su organización interna, pero también el que puedan promover acciones con proyección externa, dirigidas a todos los trabajadores, sean o no afiliados, lo que, en su faceta individual, correlativamente incluye el derecho del trabajador a adherirse y participar en las iniciativas convocadas por las organizaciones sindicales (SSTC 134/1994, de 9 de mayo, y 94/1995, de 19 de junio). En coherencia con este contenido constitucional, la LOLS establece que la libertad sindical comprende el derecho a la actividad sindical [art. 2.1 d)] y que las organizaciones sindicales en el ejercicio de la libertad sindical tienen derecho al ejercicio de la actividad sindical en la empresa o fuera de ella [art. 2.2 d)]. En los lugares de trabajo esta actividad viene concretada en el art. 8 que, en su apartado 1 b), recoge el derecho de los trabajadores afiliados a un Sindicato a celebrar reuniones, previa notificación al empresario, fuera de las horas de trabajo y sin perturbar la actividad normal de la empresa. Este derecho de celebrar reuniones a las que concurren los afiliados del Sindicato convocante, con el objeto de desarrollar los fines propios del Sindicato, forma parte del contenido esencial del derecho de sindicación tal y como se ha declarado en múltiples decisiones por el Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la Organización Internacional del Trabajo (STC 168/1996, de 10 de octubre, FJ 5). El derecho de reunión opera, así, a modo de técnica instrumental puesta al servicio del intercambio o exposición de ideas, la defensa de intereses o la publicidad de problemas o reivindicaciones (SSTC 85/1988, de 28 de abril, y 66/1995, de 8 de mayo), siendo en el específico ámbito sindical el soporte instrumental para el ejercicio de otros derechos, especialmente el de información”.* Pero una vez expuesto el contenido de tal derecho, y en base a lo ya declarado en sentencia previa, por el mismo tribunal, en sentencia número 168/1996, de 10 de octubre, FJ 6, entiende que: *“ello no autoriza, sin embargo, a ignorar las diferencias entre las reuniones que contempla el art. 8.1 b) LOLS y el derecho de reunión reconocido en el art. 4.1 f) y*

*regulado en los arts. 77 a 80, todos de la LET. Mientras que las primeras canalizan la organización interna del Sindicato y viabilizan el flujo de información sindical en la empresa o centro de trabajo, y su titularidad corresponde individualmente a los trabajadores afiliados a un Sindicato, aunque sea de ejercicio colectivo (STC 85/1988, de 28 de abril), en las segundas se trata de un derecho de reunión de todos los trabajadores, independientemente de su afiliación, que, por ello, sólo pueden ser convocadas por el 33 por 100 de los mismos, o por los órganos de representación unitaria como órganos de representación del conjunto de los trabajadores de una empresa o centro de trabajo (art. 77.1, párrafo segundo, LET)".*

Obligada la sala por esta doctrina jurisprudencial, y dado que en el caso planteado la intención del Sindicato no era celebrar una reunión con sus afiliados, sino reunir a todos los trabajadores, tal reunión carece de carácter sindical por lo que debieron concurrir para poder celebrarse legalmente, los requisitos exigidos por los preceptos de aplicación. Y al no cumplirse en el presente supuesto los requisitos de legitimación, procede concluir con la necesaria desestimación del recurso lo que nos lleva a la confirmación de la sentencia.

**TERCERO.-** De conformidad con lo dispuesto en el artículo 235.1 LRJS, los Sindicatos están exentos de la obligación al abono de las costas procesales, a pesar de ser la parte vencida del presente recurso.

### **FALLO**

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de LA CONFEDERACIÓN SINDICAL DE COMISIONES OBRERAS DEL PAÍS VALENCIANO, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº. UNO de los de CASTELLÓN, de fecha 28 de septiembre del 2017; y, en consecuencia, confirmamos la resolución recurrida.

Sin costas.

## 2311

**Sentencia núm. 60, de 15 de enero de 2018**

**Materia: Declaración de invalidez: Incapacidad temporal. Trabajadora que ejerce funciones como dependienta en mercantil demandada con contrato temporal a tiempo parcial de 26 horas semanales. La actora sufre un desmayo con pérdida de consciencia mientras desempeña su actividad laboral. La actora viene padeciendo continuas cefaleas, habiéndose incrementado las mismas en los últimos tres meses. Declaración de IT. Consideración IT derivada de accidente de trabajo. Reconocimiento subsidio de incapacidad temporal. Falta de periodo mínimo de cotización. Procedencia declaración.**

**Juzgado: Desestima el recurso, confirmando las resoluciones impugnadas, y absuelve a los demandados de todas las pretensiones deducidas en su contra.**

**Sala: Estima el recurso y revoca la sentencia de instancia. Declara que el proceso de incapacidad temporal de la demandante deriva de accidente de trabajo, teniendo derecho a percibir el correspondiente subsidio derivado de accidente de trabajo.**

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

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Se recurre por el demandante D<sup>a</sup> A.I.Q. la sentencia del Juzgado de lo Social de procedencia que desestimó sus dos demandas acumuladas en los Autos, una por la que impugnó Resolución de 22-9-14 de la Mutua X. por la que deniega Accidente de Trabajo y la prestación de IT por falta de la cotización necesaria para IT por contingencia común y otra por la que impugnó Resolución de 17-12-14 del INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL (INSS) por la que se declaraba que ese proceso de baja médica iniciado el 11-9-14 tiene su origen en Enfermedad Común.

La desestimación de las demandas ha obedecido, en síntesis, a no apreciar AT, sino como contingencia la de Enfermedad Común y a no apreciar el derecho al subsidio de IT por EC por falta de cotización. A su vez, la no apreciación de AT se ha motivado en no haberlo acreditado la demandante y en no aplicar la sentencia la presunción del artículo 115.3 de la LGSS, como consecuencia de que, si bien ocurre en tiempo y lugar de trabajo una manifestación de enfermedad, no ha acreditado la demandante daño súbito, repentino e inesperado (golpe, caída, quemadura, atrapamiento, etc.) y no ha acreditado que la lesión la sufriera con ocasión o por consecuencia del trabajo.

Articula el recurso a través de tres motivos: el primero, al amparo del apartado a) del artículo 193 de la LJS; el segundo, al amparo del apartado b), para revisión de hechos probados y, el tercero, al amparo del c), para el examen de las infracciones de normas sustantivas y doctrina jurisprudencial que indica y termina suplicando Sentencia que revoque la recurrida y declare que la baja de la actora de 11-9-14 es consecuencia de accidente laboral y que la actora tiene derecho a percibir la prestación de incapacidad temporal en el periodo de 11-9-14 a 17-7-15, con la base reguladora de 17,33 euros diarios señalados en sentencia.

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

**SEGUNDO.-** En el primer motivo del recurso, se alega nulidad de la sentencia por infracción del artículo 90.7 de la LJS y no argumentar si se acepta o no que se den por probados los hechos que se pretendía acreditar con la solicitud que la demandante hizo de aplicación del referido precepto en base a la documental obrante a los folios 271 a 274, circunstancia que dice le produce indefensión.

La nulidad de actuaciones o de la sentencia solicitada en un motivo de Suplicación al amparo del artículo 193, a) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, para que pueda prosperar, requiere, en síntesis, cuatro exigencias:

1) Realizar la parte recurrente la indicación, precisa y expresa, de que precepto procesal ordinario (de la LEC o de la LOPJ), o específicamente social (de la LRJS), es el que se considera infringido en el procedimiento o por parte de la resolución judicial de la que se pretende su anulación (y razonando adecuadamente sobre ello). Así resulta del propio artículo 193, a) de la LJS y del 196.2 de la misma que dice "En todo momento se razonará la pertinencia y fundamentación de los motivos". Así como que, obviamente, se dé la infracción alegada.

2) Detallar, de modo claro, cual haya sido la indefensión, que además ha de ser material y no meramente formal, que dicha infracción procesal le ha causado a quien realiza la solicitud de nulidad, razonando suficientemente sobre la existencia de esa presunta indefensión. Así resulta de los mismos preceptos citados antes.

3) Asimismo, es también preciso que no exista otro remedio que sea procesalmente menos traumático que la nulidad, en aras del principio de conservación de los actos procesales, coherente con la celeridad resolutive, que es también valor de preeminencia constitucional (artículo 24,1 del texto constitucional) y desarrollo ordinario (artículo 74,1 LRJS), siempre que ello no comporte indefensión a ninguna parte, igualmente proscrita constitucionalmente (de nuevo, artículo 24,1 CE). Esto es la base de lo dispuesto en el artículo 202.2 de la LRJS.

4) Finalmente, que debe de haberse realizado la pertinente denuncia de la infracción, desde el momento en que la misma se produce o desde que se haya tenido conocimiento de ello con la correspondiente protesta de no ser acogida y en su caso, con constancia de tal denuncia y protesta en el acta del juicio, pues en otro caso, se estaría convalidando con la actitud omisiva o permisiva de la parte, esa infracción, que no puede luego ser denunciada con posterioridad, una vez que el resultado judicial le ha sido adverso, ya que la posible indefensión se la habría causado a sí misma. La necesidad de esa denuncia y protesta resulta de lo dispuesto en el artículo 193, a) en relación con el artículo 191.3, d), ambos de la LJS, siempre que fuera posible.

Pues bien, aunque en nuestro caso no es precisa la protesta por achacarse la infracción a la sentencia, ocurre que la infracción procesal denunciada no se ha producido, ya que el artículo 90.7 de la LJS no establece una obligación sino una posibilidad y, además, tampoco se daba la premisa a que el precepto se refiere de negativa injustificada a la aportación siendo que la empresa manifestó al requerimiento del Juzgado que no disponía de dispositivos de grabación en la zona indicada no pudiendo por tanto aportar ninguna grabación al respecto y a ello no se opone el contenido del reportaje fotográfico obrante a los folios 273 y 274 ni la manifestación que con ocasión de su aportación realiza (folios 271 a 274), porque,

como dice la Mutua en su escrito de impugnación, en la zona en cuestión pueden existir cámaras de videovigilancia pero no de grabación, aparte de que también, caso de existir, es notorio que las grabaciones son borradas automáticamente al término de un periodo de tiempo previamente programado. Por lo demás, como también pone de relieve el escrito de impugnación, la Juzgadora en el Fundamento Segundo de su sentencia tiene en cuenta otras pruebas concurrentes como la testifical de compañera de trabajo y lo recogido en el informe de alta en Neurología del Hospital Universitario de Elche como manifestado por la actora y por su madre; todo lo cual justifica que no hiciera uso de aquella facultad que establece el artículo denunciado como infringido, sin que sea necesaria una expresa argumentación sobre si se acepta o no que se den por probados los hechos que se pretendían acreditar y la no utilización de la facultad es evidente.

En consecuencia, no se aprecia la causa de nulidad alegada y el motivo debe ser rechazado.

**TERCERO.-** En revisión de hechos probados se solicitan una nueva redacción del Hecho Probado Segundo de modo que quede en los términos que seguidamente se dirá y que, comparados con el actual, supone las adiciones que destaca en negrita. Así: "En fecha 13/8/2014, a las 23:00 horas la actora se encontraba prestando sus servicios para la mercantil demandada en la tienda del parque W. cuando, al parecer, sufrió un mareo con breve pérdida de conciencia **acompañada de una debilidad generalizada y adormecimiento EEDD durante 30 minutos y posteriormente le volvió a repetir estando ya en la propia enfermería**, siendo atendida por los servicios médicos **de la empresa**, que en el informe de asistencia definieron lo sucedido a la trabajadora como un episodio sincopal con recuperación espontánea, que según el paciente no había sucedido con anterioridad, por lo que se recomienda seguimiento y estudio por Médico de cabecera, constanding pronóstico leve y sin reflejarse expresamente ninguna lesión, **acudiendo la actora a consulta médica los días 18/08, 19/08, 20/08, 27/08 y 29/08 al SPS en Madrid donde consta como motivo de consulta delgadez/síncope pérdida de conciencia y relata en las observaciones "...episodio sincopal reciente (visto por médico de urgencias, glucemia y PA normal) por pérdida de conocimiento de segundos de duración sin focalización relajación de esfínteres, un vómito no hemático. Sigue mareada, como flotando y con cefaleas y sensación de presión en la cabeza..."**".

Se pretende la revisión, según se dice, "en base a la documental obrante en Autos, folios 3 y 140, 141 y 142, citas médicas de SPS Madrid". Aunque la remisión a documental sólo es parcialmente concreta y con error en el caso de la mención al folio 3, es fácil determinar otros folios y documentos con los datos que se indican, por lo que hemos de aceptar que acudió a la consulta al SPS de Madrid en las fechas de agosto que indica por así resultar de modo directo y claro de los folios 140 y 141 expresamente concretados y que evidencian el error patente judicial que en afirmación, efectuada en Fundamento Segundo, incurre la sentencia cuando dice "sin que exista un solo documento que acredite que la actora con anterioridad al once de septiembre acudiera a los servicios médicos ni por tal motivo ni por ningún otro", del mismo modo que la parte final añadida resulta de modo directo del informe de la consulta primera Medicina Interna de 18-8-14 obrante en el folio 148 (que puede utilizarse en cuanto que en la indicación de documentos alude a citas médicas en SPS Madrid) e, igualmente, que la atención primera fue por los servicios médicos de la empresa y no de la Mutua resulta de lo que afirma la propia sentencia en el Fundamento Segundo de parte de asistencia efectuada ese día en la propia empresa, con lo que la mención a Mutua en vez de a empresa en el Hecho Probado fue un mero error material manifiesto (además, esa asistencia en la empresa es lo que resulta claramente del informe de asistencia obrante al folio 128) y no se acepta el añadido primero, porque, aunque se ha encontrado referencia al mismo en los

folios 129 y 134 – no citados ni invocados- de informe de alta hospitalaria de 24-9 tras ingreso de 11-9-14 y como tal también lo viene a recoger en parte el Hecho Probado III, son sólo narraciones contenidas en informes médicos que no recogen hechos constatados por ellos sino manifestaciones de otros en lo que la parte pretende o propone se añada.

En consecuencia y estimando puede tener relevancia (en esta o en posterior recurso) en cuanto a permitir, junto con otras cuestiones y hechos, la variación del sentido del fallo, la revisión se admite, salvo en cuanto al primer añadido de su propuesta, de modo que el hecho probado quedará en adelante en los términos de la propuesta de la recurrente ya transcrita, con dicha excepción.

**CUARTO.-** En el examen del derecho sustantivo, se alega infracción de los artículos 156.1, 2 f y 3 de la LGSS (la cita, dado el número de artículo indicado, se refiere al Texto Refundido de 2015, que no es aplicable en nuestro caso por razón de la fecha del hecho causante, pero que debe entenderse referida al artículo 115 del Texto Refundido anterior, sin que tenga mayor trascendencia al ser los tenores los mismos), así como la jurisprudencia dictada en aplicación de los mismos. Se argumenta, en síntesis, que la presunción del punto 3, conforme a la doctrina jurisprudencial recogida en diversas SSTs que cita, entre ellas la de 8-3-16 (recurso 644/15 ), se refiere no sólo a los accidentes en sentido estricto o lesiones producidas por la acción súbita y violenta de un agente exterior, sino también a las enfermedades o alteraciones de los procesos vitales que pueden surgir en el trabajo y que el juego de la presunción legal exigirá, de negarse la etiología laboral, se acredite la ruptura del nexo causal, lo que estima no se ha producido, indicando igualmente que se dan los elementos de la definición legal de AT del punto 1 y, en su caso, el supuesto del punto 2, f) que incluye a “las enfermedades o defectos, padecidos con anterioridad por el trabajador, que se agraven como consecuencia de la lesión constitutiva del accidente” .

No se cuestiona en modo alguno que la actora sólo tenía cotizados 52 días al tiempo de su baja por Incapacidad temporal de 11-9-14, sino la contingencia de dicha baja, que se le dio por enfermedad común, habiendo impugnado la contingencia la actora para que se le reconociera la de AT, lo que le fue denegado en vía administrativa y le deniega la sentencia, como antes hemos dicho.

Para la determinación de la contingencia, hemos de partir de los hechos declarados probados (tanto los recogidos bajo el apartado de tal con la revisión fáctica aceptada, como los que con tal valor se encuentran en la fundamentación jurídica de la sentencia), significando la dificultad en su extracción dado que se hacen pocas afirmaciones como probadas y si múltiples reproducciones de informes y contenidos de lo que figura en informes en múltiples casos de extremos referidos y no como hechos constatados por los facultativos, así como de lo manifestado por las partes, las testigos y perito, pero sin sentar hechos o afirmaciones fácticas extraídos de los mismos.

Creemos poder indicar como probado, a los efectos que interesan, que: 1) el 13-8-14, a las 23 horas y mientras trabajaba como auxiliar y dependienta en la tienda del parque W. de la empresa demandada para la que trabajaba, la demandante sufrió (hemos prescindido del “al parecer” del hecho probado segundo porque en el cuarto párrafo del Fundamento Segundo la Juzgadora afirma ser cierto que ese día sufrió una pérdida de conciencia breve y que se le efectuó asistencia ese día en la propia empresa, así como que los episodios sincopales que sufrió el 11 de septiembre venían a ser similares al sufrido el 13 de agosto) un mareo con breve pérdida de conciencia, siendo atendida por los servicios médicos de la empresa, que en el

informe de asistencia definieron lo sucedido a la trabajadora como un episodio sincopal con recuperación espontánea, que según la paciente no había sucedido con anterioridad, por lo que se le recomendó seguimiento y estudio por Médico de cabecera, constando pronóstico leve y sin reflejarse expresamente ninguna lesión; 2) la actora acudió a consulta médica los días 18, 19, 20, 27 y 29 de agosto al Servicio Público de Salud de Madrid, donde consta como motivo de consulta delgadez/síncope pérdida de conciencia y relata en las observaciones “episodio sincopal reciente (visto por médico de urgencias glucemia y PA normal) por pérdida de conocimiento de segundos de duración sin focalización relajación de esfínteres, un vómito no hemático. Sigue mareada, como flotando y con cefalea y sensación de presión en la cabeza; 3) Sin perjuicio de esas consultas, la demandante desde el 14-8-14 siguió trabajando en los días 14 a 17, 20 y 21, 25 a 27 y 30 de agosto, así como 2 y 3 y del 5 al 7 de septiembre, comenzando el 8 de septiembre sus vacaciones; 4) El 11-9-14, al haber presentado nuevos episodios sincopales, siendo los episodios sincopales sufridos ese mismo día similares al sufrido el día 13 de agosto, acudió al Servicio de Urgencias de Hospital Universitario de Elche, donde, tras TAC cerebral, se le diagnosticó hematoma epidural parietal izquierdo subagudo espontaneo y se emitió parte de baja por enfermedad común, dándosele el alta médica el 17-5-15 y 5) La actora venía sufriendo cefaleas desde los 14 años, las cuales habían empeorado en los últimos tres meses anteriores al 11-9-14 (Fundamento Segundo con valor de hecho probado).

Del conjunto de la sentencia también resulta claro que no se acepta como probada caída ni golpe el día 13 de agosto.

A partir de lo anterior podemos considerar que el 13 de agosto si hubo un accidente de trabajo, en cuanto que sufrió un episodio sincopal con pérdida de conciencia o conocimiento breve -de segundos- y recuperación espontánea en tiempo y lugar de trabajo y ello aunque no hubiera caída ni golpe, porque, de acuerdo con la jurisprudencia expuesta (también recogida en anteriores SS del TS como las de 9-5-2006 y de 6-5-2005), la presunción de laboralidad del artículo 115.3 se refiere no sólo a los accidentes en sentido estricto o lesiones producidas por la acción súbita y violenta de un agente externo sino también a las enfermedades o alteraciones de los procesos vitales que pueden surgir en el trabajo y alcanza a las genéricas enfermedades de trabajo, esto es, las sufridas “durante el tiempo y en el lugar del trabajo” y ello porque en el término “lesión” han de comprenderse las enfermedades de súbita aparición o desenlace y lo cierto es que la lesión aparece en tiempo y lugar de trabajo -incluso después, cuando se establece el diagnóstico, se utiliza el término “espontáneo”, por lo que si se aplica la presunción del 115.3. A partir de ahí, de negarse la etiología laboral, es preciso, conforme a la misma doctrina jurisprudencial, que se acredite la ruptura del nexo causal o que quede destruida la presunción con prueba en contrario que evidencie de forma inequívoca la ruptura de la relación de causalidad entre el trabajo y la enfermedad, siendo para ello preciso que se trate de enfermedades que no sean susceptibles de una relación causal con el trabajo o que esa relación quede excluida mediante prueba en contrario.

Al respecto, aquí tenemos que entre este síncope del día 13 de agosto y la baja del 11 de septiembre por el diagnóstico de hematoma epidural parietal izquierdo subagudo espontaneo, transcurre casi un mes y la demandante acude a trabajar todos los días ya indicados, pero consideramos que ello no es suficiente para acreditar la ruptura de la relación de causalidad porque también tenemos acreditado que en los días posteriores de agosto citados sigue mareada, como flotando y con cefalea y sensación de presión en la cabeza y que el 11 de septiembre se repiten episodios sincopales similares al del 13 de agosto que, tras la realización de TAC ese día 11 de septiembre se produce el diagnóstico también indicado, sin que, por contra, se haya acreditado que la enfermedad no pudiera haberse iniciado el 13

de agosto, ni mantenido en el tiempo que medió hasta el diagnóstico, como tampoco que se trate de enfermedad no susceptible de una relación causal con el trabajo que, no olvidemos, era el de auxiliar y dependiente en la tienda del parque W. de Madrid y que estaba desempeñando a las once de la noche.

Por todo ello y, no habiéndose destruido la presunción, entendemos debe prevalecer la calificación de Accidente de Trabajo como contingencia del proceso de IT iniciado el 11 de septiembre. Como consecuencia, no es preciso el periodo mínimo de cotización previa de 180 días y la demanda debe ser estimada, previa estimación del recurso y revocación de la sentencia.

**QUINTO.-** De conformidad con lo establecido en el artículo 235.1 de la Ley de la Jurisdicción Social, no procede condena en costas, dado el sentido estimatorio de la demanda.

### **FALLAMOS**

Estimando el recurso de suplicación formulado por la demandante D<sup>a</sup> A.I.Q. contra la Sentencia de fecha 28 de abril de 2016, dictada por el Juzgado de lo Social núm. 3 de Elche, en autos 13/15 sobre SEGURIDAD SOCIAL (INCAPACIDAD TEMPORAL), siendo parte recurrida las codemandadas INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, la Mutua X. y la empresa M.T.P.M. SLU, revocamos la referida Sentencia y, estimando la demanda: revocamos las Resoluciones de la Mutua y del INSS impugnadas; declaramos que el proceso de Incapacidad Temporal de la demandante iniciado el 11-9-14 y que se mantuvo hasta el alta de 17-7-15 deriva de Accidente de Trabajo; declaramos igualmente el derecho de la demandante a percibir el correspondiente subsidio de Incapacidad Temporal por Accidente de Trabajo con arreglo a la base reguladora diaria de 17'33 euros, siendo su abono a cargo de la Mutua X. y condenamos a las demandadas recurridas a estar y pasar por las consecuencias de las anteriores declaraciones.

Sin costas.

## 2312

**Sentencia núm. 69, de 16 de enero de 2018**

**Materia: Conflicto colectivo. Empresa dedicada a la fabricación de azulejos a la que resulta de aplicación convenio colectivo provincial para el sector de azulejos, pavimentos y baldosas cerámicas. El conflicto afecta a 49 trabajadores. Sistema de clasificación profesional. Percepción de complementos producción, cantidad y calidad. Complemento personal frente a complemento puesto de trabajo.**

**Juzgado: Desestima la demanda, absolviendo a la empresa demanda de los pedimentos formulados en su contra. Los actores no tienen derecho al complemento solicitado al tratarse de un complemento personal y no cumplir con los requisitos exigidos.**

**Sala: Estima el recurso declarando el derecho de los actores a cobrar la prima reclamada al tratarse de un complemento de puesto de trabajo y no de un complemento personal.**

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

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**ÚNICO.-** Frente a la sentencia del Juzgado de lo Social nº 2 de los de Castellón que desestima la demanda sobre conflicto colectivo interpone recurso de suplicación el Comité de empresa de C.N. S.A. que articula en un solo motivo al amparo del apartado c del art. 193 de la Ley de la Jurisdicción Social y que ha sido impugnado de contrario, conforme se expuso en los antecedentes de hecho.

En dicho motivo se denuncia la infracción por interpretación errónea del art. 24 del Convenio Colectivo para la Industria de azulejos, pavimentos y baldosas cerámicas de la Comunidad Valenciana en relación con los arts. 26.1, 2 y 3 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. Aduce la defensa de la parte actora que su pretensión no se fundamenta en la aplicación del principio de igualdad que si se alegó en el proceso 947/2005 del Juzgado de lo Social nº2 de Castellón que concluyó con sentencia 2109/2007 dictada por este Tribunal en el que se sustanciaba el tema de la discriminación salarial, principio de igualdad y no discriminación. A diferencia de aquel proceso el que ahora se plantea trae causa en el art. 24 del Convenio Colectivo aplicable que establece el derecho del personal de nuevo ingreso, transcurridos 30 días de adaptación, a percibir los complementos de cantidad, calidad y puesto de trabajo que tengan los trabajadores del resto de la sección en que se integren, con la única excepción del complemento personal; siendo la prima Pro-Cal (producción-cantidad-calidad) una prima que no tiene el carácter de personal por lo que de acuerdo con la indicada norma convencional procede su abono a todos los trabajadores de la sección con 30 días de prestación de servicios, con independencia del modelo de contratación, haciendo hincapié en que se trata de una prima de sección, aunque no dependa de la cantidad o calidad del trabajo y que varía de una sección a otra.

Para resolver la cuestión controvertida se ha de tener en cuenta los siguientes datos que se reflejan en la relación fáctica de la sentencia de instancia, en concreto los ordinales tercero y cuarto en los que se recoge que en fecha 28 de noviembre de 2007 la dirección de la empresa y los representantes de los trabajadores alcanzaron un acuerdo en la Sección Atomizador que afecta a la totalidad de la plantilla del atomizador por el que se implanta para todos los trabajadores que a la fecha 1-11-2007 tengan un tiempo de permanencia en la

empresa superior a un año y a los que se les abonará una prima de responsabilidad que pasara a denominarse prima personal y la prima pro-cal y ambas tienen carácter no absorbible ni compensable. (Folio 35). Los trabajadores de la empresa demandada vienen percibiendo en nómina una denominada "prima pro-cal" por importe -mensual o diario, según los casos- fijo (con independencia de la producción en la empresa o de la calidad del producto), que se incrementa cada año en porcentaje equivalente a los aumentos del salario base. El importe concreto de la prima para las diversas secciones de la empresa es el siguiente, para el año 2016: serigrafía-pintador 88,17 euros, atomizados-bombos 203,99 euros, Jefe de Equipo clasificación 13,14 euros, esmaltación 222,13 euros, prensas 10,49 euros. (nóminas aportadas a folios 545 a 559 y Convenio Colectivo).

El art. 24 del Convenio Colectivo para la Industria de azulejos, pavimentos y baldosas cerámicas de la Comunidad Valenciana que se refiere al Pago de complementos al personal de nuevo ingreso, establece que "El personal de nuevo ingreso, percibirá, transcurrido un plazo de adaptación de 30 días, o antes si alcanza el rendimiento habitual de la sección, los complementos de cantidad, calidad y puesto de trabajo, que tengan el resto de los integrantes de la sección a la que se incorporen; en todo caso, se exceptúan los complementos de carácter personal."

Para dilucidar si los trabajadores que figuran en el Anexo I de la demanda - a excepción de S.C.M. y otros cuatro más - que ingresaron en la empresa demandada con posterioridad al 1-1-2010, tienen derecho a percibir la prima Pro-Cal que vienen percibiendo los trabajadores que ingresaron en la empresa demandada antes de la referida fecha se ha de determinar si la prima Pro-Cal es un complemento personal como aduce la empresa demandada o es un complemento de puesto de trabajo como aduce la parte actora. Pese a que son pocos los datos que se facilitan en el relato narrativo para dicha determinación, la Sala considera que estamos ante un complemento de puesto de trabajo, en primer lugar porque si acudimos al acuerdo de 28 de noviembre de 2007 en el que se implanta en el recibo del mes de noviembre de 2007 la prima Pro Cal para la totalidad de la plantilla del Atomizador, puestos de trabajo de Atomizador y Bombos de la Planta, se constata que en el mismo se dice, en lo que ahora interesa, que "La forma de implantación será en los siguientes términos:

*Para todos los trabajadores que a esta fecha (01/11/2007) tengan un tiempo de permanencia superior a UN AÑO en la empresa.*

*a) Prima de responsabilidad pasará a denominarse Prima PERSONAL.*

*b) Prima Pro Cal mantiene su denominación.*

*Ambas: Prima Persona y Prima Pro Cal, tienen un carácter de NO ABSORBIBLES NI COMPENSABLES: Computan para el promedio de las Pagas Extraordinarias de Verano, Navidad y Vacaciones, se incrementarán con los aumentos de Sector que provengan de la negociación de futuros Convenios.*

*Para los operarios que se incorporen posteriormente a la sección de atomizador y bombos para la implantación del presente acuerdo, será una actuación bipartita por parte de la Dirección de la Empresa y la Representación Sindical, donde se evaluará tanto la adaptación como la experiencia del trabajador en el puesto de trabajo, que será en todo caso en la Prima Pro Cal a los 6 meses y la Prima Personal a los 12 meses, siempre y cuando, tanto la Dirección de la Empresa, como la Representación Sindical reconozcan que el operario contratado alcance con anterioridad los niveles satisfactorios para las dos partes."*

En el indicado acuerdo se observa que hay una denominada Prima Personal y otra que se denomina Pro Cal que aunque no se sepa muy bien a que obedece, se distingue de la otra y se le mantiene el nombre con la que se le venía denominando, lo que es un indicio de que no se trata de un complemento personal como el otro, pero es que además la Prima Pro Cal también se percibe en otras secciones además de la de Atomizador, variando la misma su cuantía según la sección en la que se

presten servicios, lo cual viene a reforzar la idea de que se trata de una Prima de Puesto de Trabajo y que, por lo tanto, se ha de percibir no solo por los trabajadores que hayan ingresado en la empresa antes del 1-1-2010, sino también por los trabajadores del Anexo I de la demanda, a excepción de S.C.M. y otros CUATRO, aunque los mismos hayan ingresado con posterioridad a la indicada fecha, lo que conduce a estimar el recurso con la consiguiente revocación de la sentencia de instancia a fin de estimar la demanda en los términos expuestos.

### **FALLO**

Estimamos el Recurso de Suplicación interpuesto en nombre del Comité de Empresa de C.N. S.A., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº Dos de los de Castellón de la Plana y su provincia, de fecha 28 de septiembre de 2017, en virtud de demanda presentada a instancia del recurrente contra C.N. S.A. y, en consecuencia, revocamos dicha sentencia y estimamos la demanda para declarar el derecho de los trabajadores del Anexo I de la demanda - a excepción de S.C.M y otros CUATRO a percibir la prima Pro Cal según las secciones en la cantidad para cada una señaladas.

## 2313

**Sentencia núm. 77, de 16 de enero de 2018**

**Materia:** Prestación por desempleo. El actor tiene reconocido un subsidio por desempleo el cual es prorrogado sucesivamente. A partir de determinado momento se le comunica propuesta de extinción de las prestaciones y percepción indebida por no comunicar una situación que habría supuesto la extinción o suspensión de la prestación. Renta salarial de la unidad familiar. La esposa del actor desempeña una actividad laboral por cuenta ajena durante determinado período. Sanción: extinción de la prestación. Aplicación doctrina jurisprudencial Tribunal Supremo.

**Juzgado:** Estima parcialmente la demanda, revocando parcialmente la resolución del organismo demandado, declarando que la cantidad indebidamente percibida por el actor y a cuyo reintegro se le condena es la correspondiente al subsidio de los meses de noviembre y diciembre de 2012 y enero, febrero y marzo de 2013, dejando sin efecto la extinción de la prestación acordada en la citada resolución y condenando a la entidad demandada a estar y pasar por dicha declaración.

**Sala:** Estima el recurso y revoca la sentencia de instancia, condenando al actor a la extinción del subsidio. Aplicación Doctrina del Tribunal Supremo. STS de 19 y 22 de febrero del 2016 y sucesivas. La falta de cumplimiento de la comunicación de causas de posible suspensión o extinción de la prestación determina la sanción de extinción.

**Ponente:** Ilma. Sra. D<sup>a</sup>. María Mercedes Boronat Tormo.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** La sentencia de la instancia, que estima acreditado que la esposa del actor estuvo desempeñando una actividad laboral por cuenta ajena desde el 29.10.2012 hasta el 31.3.2013 con unas rentas salariales que superaron con creces los límites legales, entiende, en aplicación de sentencias dictadas por ésta misma sala, que la consecuencia que se deriva de tal incumplimiento ha de depender de la incidencia de la falta de comunicación en la obtención de la prestación, por lo que considera que la conclusión debe ser la de suspender la percepción del subsidio durante el tiempo en que superaron los límites legales, sin que proceda la extinción.

Frente a este pronunciamiento recurre la Abogacía del Estado, en representación del Servicio Público Estatal de Empleo en Alicante, planteando un único motivo de recurso, al amparo del apartado c) del artículo 193 de la LRJS, donde alega la infracción por inaplicación del art 215.2 y 3.2 de la Ley general de la Seguridad Social así como la del art 231.1 en relación con los arts. 25 y 47 del Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social. Señala la defensa del SPEE que es de aplicación la nueva doctrina del Tribunal Supremo, representada por la sentencia de fechas 19 y 22 de febrero del 2016 y sucesivas, que han entendido que la falta de cumplimiento de la comunicación de causas de posible suspensión o extinción de la prestación determina la sanción de extinción.

**SEGUNDO.-** Efectivamente, esta sala venía señalando de forma diferenciada entre los supuestos en los que procedía la suspensión del cobro del subsidio de aquellos otros en los que la aplicación de una sanción prevista en la LISOS, conllevaba la extinción del mismo, y ello de acuerdo con una jurisprudencia anterior que así lo permitía. Sin embargo, el panorama jurisprudencial ha cambiado notablemente tras la sentencia de la Sala IV del Tribunal Supremo, numero 207/2017

de 9-3-2017 (recurso 3505/2015). En ella se establece que: Sí el perceptor del subsidio incumple la obligación de declarar los ingresos o datos que afecten a la conservación del subsidio, por implicar superación del nivel de rentas previsto en el art. 215.1 LGSS (hoy 274.1 y 275.1 TRLGSS), cabe la imposición de la sanción de extinción en los términos previstos en la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, y ello aunque se haya superado el nivel de rentas durante un periodo inferior a doce meses, dada la autonomía de la causa de extinción del derecho por vía de aplicación de las causas específicamente previstas en el art. 25.3 de la LISOS, en relación con el artículo 47.1b) del citado texto legal que califica como infracción grave, “no comunicar, salvo causa justificada, las bajas en las prestaciones en el momento en que se produzcan situaciones determinantes de la suspensión o extinción del derecho, o cuando se dejen de reunir los requisitos para el derecho a su percepción”. Solo en los casos en los que el perceptor del subsidio sí hubiese comunicado a la Entidad gestora la concurrencia de esos devengos que determinan la suspensión del derecho, la norma sancionadora no resultaría aplicable y entrarían en juego las contenidas en el art. 219.2 LGSS. Tal doctrina ya se había planteado, a través de la aplicación de los arts 25.3 y 47.1 b) de la LISOS, en la sentencia de 19 de febrero del 2016, nº894/16, en rec. 3035/16, en la que el Pleno de dicha Sala IV ya entendió que la extinción del subsidio como sanción “ es una opción normativa plenamente constitucional para el mantenimiento de un derecho reconocido, en la que se exige con toda lógica que el administrado facilite los datos patrimoniales o económicos veraces para ello, porque la ausencia de tal declaración en su alcance económico o cuantitativo real es una acción personal indivisible, única, en la que no pueden proyectarse factores moderadores distintos de la propia conducta de ocultación. Ocultar poco u ocultar mucho esta forma-salvo supuestos de absoluta insignificancia de la ocultación que esta sala ha ponderado en algunas ocasiones- no debe por ello generar necesariamente una respuesta proporcional en sanción, puesto que se trata en realidad de reconocer en esa conducta de ocultación única el origen de la inexistencia de los requisitos básicos para el acceso o el mantenimiento de la prestación asistencial, que precisamente por ello es única y no proporcional a los distintos ingresos acreditados. O, lo que es lo mismo, si se superan los umbrales legales de ingresos, el derecho al subsidio o no existe o desaparece. De la misma forma, si se ocultan dolosa o culposamente los ingresos que impedirían el acceso al derecho, éste debe suprimirse, sin que pueda llevarse a cabo de manera parcial”

En conclusión, no pudiendo tampoco efectuar la interpretación solicitada, a fin de que se proceda, a una devolución parcial de dicho subsidio, por los meses en que no se superaron las rentas de la unidad familiar, no existe más conclusión legal que la estimatoria del recurso, con la íntegra desestimación de la demanda

**TERCERO.-** Sin costas.

### **FALLO**

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de SERVICIO PUBLICO DE EMPLEO ESTATAL EN ALICANTE, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº. UNO de los de ELCHE, de fecha 24 de junio del 2016, en virtud de demanda presentada a instancia de D. S.I.; y, en consecuencia, revocamos la sentencia recurrida y con desestimación de la demanda iniciadora de las presentes actuaciones absolvemos a la entidad demandada de la reclamación deducida frente a ella.

## 2314

**Sentencia núm. 87, de 16 de enero de 2018**

**Materia:** Conflicto colectivo. El conflicto afecta a todos los trabajadores de la empresa demandada. Denuncia Interpretación art. 38 del convenio colectivo de empresa en relación con los arts. 61 (paga de convenio) y 61 bis (plus de no absentismo) del convenio colectivo general del sector.

**Juzgado:** Desestima la demanda, absolviendo a la demandada de las pretensiones deducidas en su contra. No procede recurrir al convenio colectivo general del sector, ya que la cuestiones objeto de conflicto están reguladas por el convenio de empresa.

**Sala:** Desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia. En materia de régimen económico, el convenio de empresa contiene tiene una regulación completa y específica que resulta de obligada aplicación a todos los empleados que prestan servicios en el centro de trabajo. Existe una completa y prolija regulación de la estructura salarial, no debiendo acudir a la remisión del convenio colectivo general.

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

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.**-Se recurre en suplicación por la parte actora la sentencia de instancia que desestimó la demanda de conflicto colectivo interpuesta por la representación del Comité de Empresa, recurso que se plantea al amparo del apartado c) del art. 193 de la LRJS, con denuncia de la interpretación de los arts. 3.1 del Código Civil, 84.2 del ET así como art. 38 del Convenio colectivo de la empresa demandada; e inaplicación de los arts. 61 y 61 bis del CCGITC (Convenio colectivo general de la Industria Textil y de la Confección). Alega la recurrente en sustancia, que según tenor literal del art. 38 del Convenio colectivo de empresa: "en todo lo no dispuesto en este convenio colectivo, será de aplicación el vigente CCGITC, o aquél que le suceda en el futuro y demás legislación de general aplicación", lo que significa que resulta de aplicación, como si fuere el propio convenio colectivo de empresa, lo previsto tanto en el CCGITC como en la demás normativa general de aplicación, no excluyendo extremo alguno de su alcance, en todo aquello no previsto en el convenio de empresa. Y considera que se vulnera también el art. 84.2 del ET ya que yerra la juzgadora de instancia al entender que hay una concurrencia de convenios y dar a uno prioridad sobre otro; el propio convenio de empresa hace suyos la totalidad de extremos no recogidos expresamente en su seno y que se hallen regulados en el CCGITC y las partes pueden negociar lo que consideren oportuno y pueden establecer los conceptos que consideren pertinentes y hacer remisión a otro convenio o normas.

Pues bien, el presente litigio queda centrado en determinar si debe aplicarse a los trabajadores de la planta de J. de P.G.M. las previsiones de los arts. 61 (paga de convenio) y 61 bis (plus de no absentismo) del Convenio colectivo general de la Industria Textil y de la Confección con ámbito de vigencia prorrogada, ya que el art. 38 del convenio de centro de trabajo prorrogado establece como Disposición Final que: "en todo lo no dispuesto en este convenio colectivo, será de aplicación el vigente CCGITC, o aquél que le suceda en el futuro y demás legislación de general aplicación".

**SEGUNDO.**-Para alcanzar una correcta solución del litigio suscitado debemos acudir, en primer lugar, al citado art. 38 del Convenio de empresa y a la fundamental

afirmación del mismo sobre que: “en todo lo no dispuesto en este convenio colectivo, será de aplicación el vigente CCGITC...”, lo que de modo claro significa que solo es posible acudir al convenio sectorial cuando el convenio de empresa nada regule al respecto, bien por omisión o falta de previsión, pues ante la ausencia de una regulación específica del ámbito de que se trate se deberá acudir al convenio sectorial, y si este nada recoge al propio ET.

Sin embargo, en materia de régimen económico el Convenio colectivo de Empresa tiene una regulación completa y específica que resulta de obligada aplicación a todos los empleados que prestan servicios en el centro de J. En este sentido su art. 3 recoge: incrementos salariales; el plus nocturno; el plus denominado 1704 horas; el resto de conceptos salariales y sus incrementos específicos; las cláusulas de revisión salarial. Y como consta al fundamento de derecho 4º: “El art. 4 del convenio colectivo de la planta de J. regula el incentivo variable no consolidable (del 0'10% al 0'60% en función de lo conseguido); el art. 13 el abono de determinadas cantidades y descansos en caso de trabajar días especiales; el art. 21 se refiere al plus escolar de abono anual y el art. 22 al plus de ayuda familiar por discapacidad de abono mensual. El art. 27 contiene la estructura salarial distinguiendo entre salario base, plus de antigüedad (de cuantía variable según la categoría), plus de disponibilidad (incluido en salario base), garantía personal, garantía de adecuación salarial para el personal procedente de los centros de Arganda del Rey y Sant Joan Despí, diferencias con sueldos de referencia, plus SDF, plus de mayor dedicación SDF, plus de formación/solape, plus 1.704 horas-5 equipos de algo más de 5.200 euros anuales, plus 24 horas-5 equipos, plus formación control de calidad de algo más de 300 euros anuales, plus grupo MEC/ELEC N3 de entre 0 y 500 euros según el resultado obtenido, plus líder de equipo por algo más de 451'79 euros anuales y plus nocturno.” Por su parte, el art. 12 de este convenio de empresa regula los pluses para la cobertura de absentismo y ausencias retribuidas.

Por lo tanto, existe una completa y prolija regulación de la estructura salarial, que se desgrana con sumo detalle, por lo que no podemos acudir a la remisión que pretende el recurrente, que implica un auténtico espiguelo, siendo de plena aplicación lo dispuesto en el art. 84.1 del ET cuando dice “...un convenio colectivo durante su vigencia no podrá ser afectado por lo dispuesto en convenios de ámbito distinto salvo pacto en contrario, negociado conforme a lo dispuesto en el art. 83.2 ET”; así como lo preceptuado en el art. 84.2 del ET cuando dispone que: “La regulación de las condiciones establecidas en un convenio de empresa, que podrá negociarse en cualquier momento de la vigencia de convenios colectivos de ámbito superior, tendrá prioridad aplicativa respecto del convenio sectorial estatal, autonómico o de ámbito inferior en las siguientes materias: A).-La cuantía del salario base y de los complementos salariales, incluidos los vinculados a la situación y resultados de la empresa.” (...).”

El pacto que negociaron las partes porque lo tuvieron oportuno al que se refiere la recurrente en el penúltimo párrafo del recurso, no es equivalente a la remisión del art. 38.1 del Convenio de empresa. Sería necesario que se efectuara una remisión expresa al Convenio sectorial para la cuestión que se reclama, es decir para los pluses en cuestión (paga de convenio y plus de no absentismo), lo que no sucede en el presente caso.

En definitiva, no estamos ante un supuesto de integración normativa sino ante la remisión contenida en un Convenio de empresa (que es genérica y no concreta con identificación de conceptos), remisión que lo es únicamente para aquellas materias no reguladas o tratadas en el mismo, ya que lo contrario supondría acudir al espiguelo normativo, lo que es contrario a la ley (art. 84 ET).

Sobre la base de lo expuesto, y teniendo en cuenta que “la interpretación de

los contratos y demás negocios jurídicos (y el convenio colectivo participa de tal naturaleza) es facultad privativa de los Tribunales de instancia, cuyo criterio, como más objetivo, ha de prevalecer sobre el del recurrente, salvo que aquella interpretación no sea racional ni lógica, o ponga de manifiesto la notoria infracción de alguna de las normas que regulan la exégesis contractual" (sentencias de 12 de noviembre de 1993, 3 de febrero del 2000, 27 de abril del 2001 y 16 de diciembre del 2002) procede la confirmación de la sentencia de instancia, previa desestimación del recurso planteado.

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

### **FALLO**

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de P.G.M. S.L., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº6 de los de Alicante de fecha 27 de julio de 2017; y, en consecuencia, confirmamos la sentencia recurrida.

Sin costas.

## 2315

**Sentencia núm. 96, de 16 de enero de 2018**

**Materia: Reconocimiento pensión no contributiva. Declaración de minusvalía. Revisión grado de discapacidad. El demandante ha experimentado nuevos trastornos en los últimos tres años en las que ha desarrollado complicaciones multisistémicas que le impiden llevar una vida normal y desarrollar su profesión habitual sin la existencia de posibilidad de mejoría dada su resistencia orgánica al descenso ponderal.**

**Juzgado: Estima parcialmente la demanda, declarando al actor afecto de un grado de discapacidad del 51%. No se accede a reconocer el grado propuesto por el actor.**

**Sala: Estima el recurso incrementándose el grado de discapacidad del demandante.**

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

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Frente a la sentencia de instancia, que estimó parcialmente la pretensión en la que por el demandante se solicitaba un mayor grado de minusvalía que el reconocido en vía administrativa, se formula recurso a través de la representación letrada de la parte actora, que en el primer motivo en que se estructura aquél, destinado a la revisión de los hechos declarados como probados, solicita la modificación del tercer hecho probado de la sentencia, con la pretensión de que se incorpore la redacción que se consigna en el recurso, referente a las nuevas dolencias y trastornos que presenta el recurrente, petición a la que no cabe acceder, en tanto las pruebas periciales en que se funda la modificación son las mismas que fueron objeto de análisis por parte de la juez de instancia, no desprendiéndose que en la valoración realizada existiera error o equivocación, debiendo prevalecer el criterio imparcial del juzgador sobre el interesado de parte, y todo esto con independencia de la irrelevancia de dicha adición, como luego se verá.

**SEGUNDO.-** En el apartado destinado al examen del derecho aplicado, la parte recurrente censura a la sentencia, en primer lugar, la infracción del R.D. 1971/99, de 23 de diciembre, en su artículo 11, sobre los baremos contenidos en dicha norma, respecto los porcentajes reconocidos en vía administrativa, en consideración a las discapacidades que presenta el demandante, a lo que sigue la alegación de la vulneración del artículo 97 de la LRJS, por incongruencia de la sentencia, pues el hecho probado tercero se contradice con la fundamentación jurídica, pues se indica en aquél que los nuevos trastornos del recurrente son superiores en un 18% a la valoración de 2013, y por contra en la fundamentación sostiene que las patologías son las mismas que en dicho año y no recoge el incremento porcentual aludido.

En definitiva, sostiene el recurso que deben ser tomados en cuenta al alza las puntuaciones otorgadas por la administración, de forma que el escrito de recurso, al remitirse a la demanda, sostiene que el grado de minusvalía del demandante debe ser el del 52%, pero no el inferior reconocido por la administración en el año 2015, del 40%.

Y desde ahora se anticipa que el motivo, y por extensión el recurso, deben prosperar, pues partiendo de que el artículo 148 de la L.G.S.S. establece que el grado de minusvalía, a los efectos del reconocimiento de la pensión no contributiva, se determinará mediante la aplicación del baremo establecido en los anexos

incorporados a la norma reglamentaria antes citada, tomándose en cuenta los factores físicos, psíquicos del presunto minusválido y los factores sociales complementarios, es evidente que la sentencia, aunque reconoce un grado de incapacidad del 51%, al tener en consideración el porcentaje citado con anterioridad del 18% debió incrementar el grado de incapacidad reconocido al menos al porcentaje solicitado en la demanda del 52%, que es el que debe servir de pauta a pesar de la oscuridad del suplico del propio recurso y la inconcreción de la demanda, ya que en la hipótesis de reconocerse ahora otro porcentaje superior se estaría incurriendo en una incongruencia “ultra petita” por parte de este Tribunal, todo lo cual comporta la estimación del recurso y la revocación parcial de la sentencia.

### **FALLO**

Estimamos el recurso de suplicación formulado por don E.R.S. frente la sentencia del Juzgado de lo Social nº 3 de Castellón de 6 de octubre de 2016 recaída en proceso sobre minusvalía contra la Conselleria de Bienestar Social, y con revocación parcial de la citada resolución judicial, debemos declara que el grado de minusvalía del aludido recurrente es del 52%, debiendo las partes estar y pasar por la presente resolución.

## 2316

**Sentencia núm. 103, de 16 de enero de 2018**

**Materia: Prestación de maternidad. Trabajador afiliado y en alta en el RGSS. El actor solicita prestación por maternidad de hijo nacido en el extranjero con técnicas de gestación por sustitución. El menor se encuentra inscrito en el Registro Civil del Consulado Español de Méjico como hijo de dos progenitores. La madre, de nacionalidad mejicana y con domicilio en Méjico, otorga poder especial para que el padre pueda ejercer todas aquellas facultades que le corresponden como madre, incluida la solicitud y disfrute del cualquier prestación o beneficio de la maternidad que le pudiera corresponder en la legislación española, a los que ella renuncia expresamente. Legalidad del contrato de gestación. Validez tras la inscripción en el Registro Civil.**

**Juzgado: Estima la demanda y condena al instituto demandado a abonar la prestación de maternidad a partir de determinada fecha conforme al 100% de una base reguladora.**

**Sala: Desestima el recurso y confirma la sentencia. En el supuesto de maternidad por subrogación se producen también las especiales relaciones entre un padre y un hijo, durante el periodo posterior al nacimiento del menor, por lo que han de ser protegidas en la misma forma que lo son los supuestos de maternidad, adopción y acogimiento.**

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

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Frente a la sentencia de instancia que estimó la demanda sobre prestación de maternidad y condeno al INSS a que abone al actor la prestación de maternidad desde el 31-8-2015 conforme al 100% de una base reguladora de 92,37 euros diarios, debiendo pasar la Tesorería por dicha declaración, interpone recurso de suplicación la parte demandada INSS, siendo impugnado el recurso por la parte actora y en el primer motivo del recurso con amparo procesal en el artículo 193, b) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, se interesa la modificación de los hechos declarados probados, y en concreto pretende que al hecho probado quinto se le dé la redacción que indica en su escrito de recurso, añadiendo "Consta mediante nota marginal que queda acreditada por falta de documentación necesaria la absoluta imposibilidad para la práctica del asiento de nacimiento dentro de los plazos ordinarios legales. El padre ha formalizado ante el encargado de este Registro Civil, acta de reconocimiento de la paternidad no matrimonial, según la Resolución de 22-12-1994 y la Instrucción de 05-10-2010 de la D.G.R.N.", quedando el resto del hecho probado igual. Pero la adición fáctica resulta irrelevante para cambiar el signo del fallo, por cuanto considera la parte recurrente que el nacimiento de un menor en el extranjero como consecuencia de técnicas de gestación por sustitución, solo podrá realizarse presentando, junto a la solicitud de inscripción, la resolución judicial dictada por tribunal competente en la que se determine la filiación del nacido. Pero en el presente supuesto no consta que en la instancia se haya cuestionado la validez del procedimiento de inscripción registral practicada en el consulado ni el documento probatorio de la inscripción aportado por la parte actora. No se puede introducir en trámite de recurso una cuestión nueva, y además la alegación resulta indiferente por cuanto no consta que la inscripción registral consular haya sido impugnada, habiéndose expedido también libro de familia de ambos progenitores y en el que el actor figura como progenitor, sin que la inscripción haya sido denegada

por el consulado o impugnada en su momento, no pudiéndose ahora impugnar tal acto.

**SEGUNDO.**- Respecto del derecho, denuncia el recurso, con amparo procesal en el apartado c) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, que en la sentencia impugnada se ha producido infracción del art. 3 y art. 133 bis de la Ley General de la Seguridad Social, alegando, en síntesis, que al margen de la inscripción, lo que queda claro es que el contrato de gestación por sustitución no es legal en nuestro ordenamiento jurídico, y por tanto, no puede producir efectos salvo en lo relativo a la protección del menor. Y siendo así que lo que se discute es una prestación por maternidad, que no tiene como finalidad la protección del menor, y que solo está prevista en nuestro ordenamiento jurídico para la madre o para el padre/madre en caso de adopción, que no es el caso ni es equiparable, ni al fallecimiento de la madre, por cuanto el hijo tiene un padre y una madre y así consta en el Registro Civil y en el Libro de Familia, por lo que interesa la revocación de la sentencia de instancia.

En primer lugar debe considerarse que producida la inscripción en el Registro Civil se ha dado validez a uno de los efectos derivados del contrato, esto es a la filiación derivada del convenio o contrato de gestación, de tal forma que el control de legalidad conforme a la ley española se ha superado, por lo que habiendo surtido sus efectos en el aspecto de determinación biológica, no existe razón alguna para negar la efectividad de la renuncia a todos los derechos como madre o progenitor femenino por parte de la gestante en favor del demandante y reconocida la filiación. Y habiendo quedado el menor integrado en una familia la del actor, este es el titular único y en plenitud de la relación jurídico parental y debe permitirse y fomentarse el desarrollo y la protección de este vínculo a través del ejercicio pleno de las instituciones jurídicas y en igualdad al resto de situaciones, porque así lo impone el interés superior del menor.

Las sentencias del Tribunal Supremo de 19 de octubre de 2016 rcud. Nº 3146/2014 y 25 de octubre de 2016 rcud. Nº 3818/2015 y la sentencia de 30 de noviembre de 2016 rcud. Nº 3219/2015, analizan la cuestión y en la última sentencia indicada se establece el interés superior del menor cuyo respeto ha de guiar cualquier decisión que le afecte, si bien como señala la sentencia del Tribunal Supremo Sala Primera de 6 de febrero de 2014, casación 245/2012, “la cláusula general del interés superior del menor, contenida en la legislación, no permite al juez alcanzar cualquier resultado en la aplicación de la misma, sino que su aplicación ha de hacerse para interpretar y aplicar la ley y colmar sus lagunas, pero no para contrariar lo expresamente previsto en la misma”, dicho principio ha de servir para la interpretación de las normas ahora examinadas referentes a la protección de la maternidad. Añade la sentencia de la Sala de lo Civil antes citada que “...si tal núcleo familiar existe actualmente, si los menores tienen relaciones familiares “de facto” con los recurrentes, la solución que haya de buscarse tanto por los recurrentes como por las autoridades públicas que intervengan, habría de partir de este dato y permitir el desarrollo y la protección de estos vínculos”.

En nuestro caso, trasladando la doctrina del Tribunal Supremo mostrada en la sentencia citada, el menor nacido tras la gestación por sustitución, forma un núcleo familiar con el padre que le presta atención y cuidado parental y tiene relaciones familiares “de facto”, por lo que debe protegerse este vínculo, siendo un medio perfectamente idóneo para ello la concesión de la prestación por maternidad. De no prestarse la protección por maternidad, atendida la doble finalidad que tiene, al menor nacido tras un contrato de gestación por subrogación, se produciría una discriminación en el trato dispensado a este, por razón de su filiación, contraviniendo lo establecido en los artículos 14 y 39.2 de la Constitución Española, disponiendo este

último precepto que los poderes aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales estos ante la ley, con independencia de su filiación. También apunta la sentencia del TS de 30-11-2016, antes citada, que tanto el art. 48.4 del E.T. como los referentes a la protección que se dispensa en las normas de Seguridad Social a las situaciones reguladas en el precepto estatutario, es especial los artículos 133 bis (actual artículo 177) y 133 ter (actual artículo 178) forman parte del desarrollo del mandato constitucional –art. 39 de la Constitución- que establece la protección a la familia y a la infancia, finalidad que debe prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier duda interpretativa. Esta fuera de toda duda que el reconocimiento del derecho al descanso y prestación por maternidad entraña un adecuado cumplimiento del mandato constitucional de protección a la familia y a la infancia. En el caso de adopción o acogimiento, aunque no hay que proteger la salud de la madre, ya que no ha existido parto de la adoptante o acogedora, la finalidad es la protección de las especiales relaciones entre la madre y su hijo durante el periodo posterior al nacimiento del menor. Y en el supuesto de maternidad por subrogación se producen también las especiales relaciones entre el padre y el hijo, durante el periodo posterior al nacimiento del menor, por lo que han de ser debidamente protegidas en la misma forma que lo son los supuestos contemplados en el artículo 133 bis de la LGSS la maternidad, adopción y acogimiento.

También se indica en la sentencia del Tribunal Supremo tantas veces citada, que el artículo 2.2 del RD 295/2009 de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural dispone que se consideran jurídicamente equiparables a la adopción y al acogimiento preadoptivo, permanente o simple, aquellas instituciones jurídicas declaradas por resoluciones judiciales o administrativas extranjeras, cuya finalidad y efectos jurídicos sean los previstos para la adopción y el acogimiento preadoptivo, permanente o simple, cuya duración no sea inferior a un año, cualquiera que sea su denominación. La situación del menor del caso que nos ocupa nacido tras una gestación por sustitución e inscrito en el Consulado de España en Méjico deriva de una resolución de inscripción registral no combatida, constando en los hechos probados, el actor, como padre del niño.

La sentencia del TS reiteradamente citada señala que pugna con la lógica más primaria que se deniegue la prestación en los supuestos de gestación por sustitución cuando se reconocería ex lege si el solicitante se hubiera limitado a adoptar o a acoger a un menor, o a manifestar que lo ha engendrado junto con la madre. Por último, sostiene el Tribunal Supremo que no se trata de violentar lo preceptuado por el legislador sino de aquilatar el alcance de sus previsiones, armonizando los diversos mandatos confluyentes. Todo lo anterior lleva a considera ajustada a derecho la sentencia de instancia y procede desestimar el recurso de suplicación.

## **FALLO**

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre del INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº. 6 de Alicante, de fecha 29 de julio de 2016, en virtud de demanda presentada por D. A.P.B.; y, en consecuencia, confirmamos la sentencia recurrida.

## 2317

**Sentencia núm. 110, 16 de enero de 2018**

**Materia: Reconocimiento de derecho. Reclamación de cantidad. Remuneración en función del puesto desempeñado por el actor. Trabajador al servicio de corporación local con sucesivos contratos por obra o servicio determinado. Tras la reorganización del servicio público acometido en 2010 es contratado como personal laboral eventual para un puesto de trabajo previsto en la RPT. El actor solicita se le abone las diferencias salariales entre el puesto de técnico especialista para el que fue contratado y el de jefe de sección que está asumiendo. Procedencia.**

**Juzgado: Estima parcialmente la demanda, declarando el derecho del actor a que se remunere en la cuantía establecida para el puesto que desempeña como jefe de sección y mientras realice tales funciones. El actor tiene derecho a recibir las diferencias salariales habidas desde la fecha de solicitud hasta la presente sentencia. No procede la modificación de la clasificación profesional solicitada por el demandante.**

**Sala: Estima el recurso y revoca la sentencia de instancia. Las funciones asumidas por el actor no exceden de las previstas en su contrato de trabajo. No existe vulneración de los derechos laborales. Cuestión distinta es dilucidar es si el puesto está bien definido en relación a la categoría y formación recibida.**

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

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.** - El presente recurso se estructura en un único motivo formulado con amparo procesal en el apartado c del artículo 193 de la LRJS en el que la ahora recurrente denuncia la infracción de lo dispuesto en el artículo 39.3 del ET en relación con la doctrina judicial recogida entre otras en la STS 4/2/2010, así como la relación de puestos de trabajo del Ayuntamiento de A. y lo dispuesto en el artículo 17.5 de la ley 10/2010 de ordenación de la función pública valenciana.

Sostiene en definitiva que la concejalía de medio ambiente está integrada por tres puestos que se corresponden con los jefes de servicio (grupo A1) jefe de sección (grupo A2) y Técnico especialista (grupo C1) y que el de actor desempeña con carácter de interinidad las funciones asignadas al puesto de técnico especialista, bajo la dirección y organización del jefe de servicio, sin asumir las tareas de coordinación, supervisión y mando que caracterizan los dos puestos del grupo A. Considera la entidad pública que el hecho de que el actor realice tareas técnicas propias del jefe de servicio (puesto vacante) no supone la realización de funciones de una categoría superior ya que la categoría la determina tanto la formación como las funciones y responsabilidades inherentes al puesto. Añadiendo que de los hechos probados no resulta acreditado que el actor realizara tareas propias del grupo A. El recurso es impugnado por la representación procesal del trabajador en los términos que constan en su escrito el cual damos por reproducido a efectos de la presente.

**SEGUNDO.** - 1. Efectivamente el artículo 39.3 del ET reconoce el derecho del trabajador a percibir la retribución correspondiente a las funciones que efectivamente realice cuando estas sean superiores al del grupo profesional al que pertenece. En términos similares se pronuncia el artículo 9.3 del Convenio Colectivo que regula las relaciones del personal laboral de la Generalidad Valenciana.

En el caso que nos ocupa y a tenor de los hechos declarados probados no resulta acreditado que el actor desempeñe funciones de categoría superior a la del puesto que ocupa como técnico de medio ambiente (grupo c), ya que el hecho de que emita informes y realice todos los trabajos relacionados con la materia medioambiental, no implica necesariamente que se desarrollen funciones propias del jefe de sección. Las funciones propias de este puesto, que conforme consta en el hecho 3º está previsto que solo pueda desempeñarse por personal funcionario y se describen en los párrafos 3º y 4º del citado hecho probado de la sentencia. El puesto se define por la responsabilidad, supervisión, seguimiento y coordinación de la sección, colaborando en la realización de informes y propuestas. El actor es el único miembro de la citada sección y trabaja bajo la supervisión y responsabilidad del jefe de área que es el arquitecto municipal, personal funcionario, que es quien asume las tareas de dirección de la sección de medio ambiente y por lo tanto quien ante la falta de cobertura del puesto intermedio desarrolla las funciones propias de su categoría, correspondiendo al técnico especialista el trabajo relativo al desarrollo de los planes medioambientales del ayuntamiento.

El decreto firmado por la concejal delegada el 15 de octubre de 2009 por el que se reconocía al actor servicios prestados del grupo A, no tiene incidencia en el actual litigio al estar este centrado en la nueva organización municipal derivada de la relación de puestos de trabajo aprobada con posterioridad a la misma en el 2010.

2. En la actualidad tal y como resulta de la organización de la sección administrativa que describe la sentencia de instancia, el actor desempeña sus funciones bajo la dependencia y supervisión del jefe de área, que es quien supervisa coordina y dirige la sección en tanto no se cubra el puesto vacante de jefe de sección. La asunción del actor de parte de las funciones teóricamente asignadas al jefe de sección no implica sin más la realización de funciones de categoría superior pues pueden existir funciones técnicas comunes a ambas categorías.

Por otro lado, la atribución de una retribución acorde a las funciones realizadas no puede sustentarse en un análisis teórico de las distintas categorías y titulaciones, sino que exige una concreción de los puestos de trabajo y especificación de las funciones asumidas por encima de la categoría propia, acotada en el tiempo y concretada en la demanda. El actor en su demanda postula la modificación de la clasificación profesional por entender que su trabajo se corresponde con el previsto para el jefe de sección, y no con el de técnico especialista para el que ha sido contratado por el ayuntamiento, desestimada por la sentencia recurrida esta pretensión principal el recurso se centra única y exclusivamente en el derecho retributivo derivado de la realización de funciones de categoría superior sin que como hemos dicho resulte acreditado este extremo.

Entendemos, frente a lo argumentado por la sentencia de instancia, que no resulta acreditado un trato discriminado del trabajador, ni una actuación arbitraria e ilegal de la administración actuante, que en su caso podría determinar responsabilidades en el orden contencioso administrativo o en el orden penal. El análisis de la sucesión de contratos laborales concertados por la administración pública, con el actor puede ser determinante en la calificación de la relación actual e incluso constituyen un marco indiciario para la resolución de la presente controversia, pero no es determinante del contenido de la prestación actual que viene concretada por la relación de puestos de trabajo aprobada en 2010 y la delimitación funcional que de los mismos se hace en la norma administrativa. La no cobertura del puesto intermedio (grupo A) no implica que se actué de forma fraudulenta, debiendo ajustarse la oferta pública de empleo a las necesidades del servicio y a la capacidad presupuestaria de la administración local. Por lo tanto, entendemos que tras la reorganización del servicio público acometida en 2010, el

trabajador fue contratado como personal laboral eventual para un puesto de trabajo previsto en la RPT, sin que las funciones asumidas excedan de las previstas para el mismo, por lo que de entender que tal puesto no está bien definido en relación a la categoría y formación requerida, el trabajador debió acudir a la vía contencioso administrativa pues no cabe confundir las posibles irregularidades en la configuración de la RPT municipal con los derechos laborales derivados de la relación suscrita por el trabajador.

### **FALLO**

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto por la representación procesal del AYUNTAMIENTO DE A. contra la sentencia dictada por el JUZGADO DE LO SOCIAL NÚMERO 2 DE ELCHE el día 25 de enero de 2017 y en consecuencia REVOCAMOS la resolución recurrida y con desestimación de la demanda ABSOLVEMOS a la entidad municipal de las peticiones efectuadas en su contra.

## 2318

### **Sentencia núm. 115, de 17 de enero de 2018**

**Materia:** Extinción de contrato. Trabajador al servicio de empresa dedicada a la actividad de fabricación y manipulación de papel tisú, que desempeña funciones de “carretillero”. El actor ha ostentado en la empresa cargo de representación sindical. El trabajador es despedido por ineptitud para desempeñar su puesto de trabajo en atención a su situación clínica que padece, tras informe médico una vez reincorporado a la empresa tras un proceso de incapacidad. La empresa no puede reubicarle en otro puesto de trabajo. Diferenciación de los términos “ineptitud” e “incapacidad”. Procedencia del despido.

**Juzgado:** Estima parcialmente la demanda declarando improcedente la extinción de la relación laboral del trabajador.

**Sala:** Desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia. La decisión empresarial de extinguir el contrato de trabajo por causa de ineptitud sobrevenida resulta desproporcionada y contraria a derecho. No hay elementos de juicio que permitan concluir que con las limitaciones que presenta el actor demandante no pueda este desarrollar su actividad laboral del mismo modo que la ha venido desarrollando desde el inicio de su relación laboral en la empresa.

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

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-** Se recurre por el letrado designado por la sociedad K.E., S.L., la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 1 de Castellón que estimó en parte la demanda presentada por don S.B.C. y declaró la improcedencia de la extinción de su contrato de trabajo llevada a cabo por la empresa el 16 de enero de 2017, invocando la ineptitud sobrevenida del Sr.B. por causa de su situación clínica y de las características de su puesto de trabajo.

**SEGUNDO.-** Los dos primeros motivos del recurso están redactados al amparo del apartado b) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS) y se pretende con ellos la revisión de los hechos que la sentencia declara probados en sus ordinales primero y tercero, en los términos que pasamos a examinar:

1º) La revisión que se propone en el hecho primero tiene por objeto modificar el importe del salario del Sr. B. Se dice en la sentencia que el salario diario asciende a 67,62 euros, mientras que el que se propone por la empresa es de 64,74 euros. Se argumenta por la recurrente que a los efectos de determinar su importe hay que tener en cuenta que se trata de un salario diario y que, por tanto, es diferente según el mes tenga 30 o 31 días. Por tanto, lo que se propone es dividir el salario cobrado en el mes de diciembre de 2016 –mes anterior al despido- que ascendió a 1.988,26 euros por los 31 días que tiene ese mes.

De acuerdo con una constante corriente jurisprudencial, “el salario diario para el cálculo de la indemnización por despido debe ser el resultado de dividir el salario anual por los 365 día del año” -SSTS/4ª de 30 junio 2008 (rcud. 2639/2007), 24 enero 2011 (rcud. 2018/2010), 9 mayo 2011 (rcud. 2374/2010) y 19 de julio de 2017 (rcud.3559/2015)-. Se argumenta en estas sentencias que “los parámetros que establece el art. 56.1 ET para cuantificar la indemnización que corresponde son el

salario diario y el tiempo de prestación de servicios; «y el primero de aquéllos no puede sino consistir en el cociente que resulte de dividir -supuesto de declararse probado el salario anual- esta retribución global por los 365 días que al año corresponden (366 para el caso de año bisiesto); y no por la cifra que en definitiva se mantiene en la decisión recurrida, la de 360 días, que es el resultado obtenido al multiplicar los dos divisores utilizados (12x30) y que responde al erróneo criterio de prescindir que la mensualidad tiene el promedio real de 30, 42 días (365/12) y atender a los artificiales 30 días».

Pues bien, la aplicación de esta doctrina nos conduce a rechazar el primer motivo del recurso, sobre todo si se tiene en cuenta que el Sr. B. se incorporó a la empresa el 2 de diciembre de 2016 tras recibir el alta médica de su proceso de incapacidad temporal, por lo que no es apropiado dividir por 31 días la retribución percibida en ese mes, dado que al menos el día primero de diciembre no percibió salario sino prestación de incapacidad temporal. Por lo demás, la propuesta empresarial tampoco toma en consideración las posibles regularizaciones salariales que se pudieron producir en enero de 2017 que es cuando se produjo el despido del trabajador.

2º) Para el hecho tercero se propone que se añada un párrafo en el que se reproduzca el informe de consulta de 11 de agosto de 2016 de la unidad de dolor del Hospital General Universitario de Castellón.

Esta petición se rechaza porque para la resolución del recurso no es relevante conocer cuál era el estado de salud del Sr. B. cuatro meses antes de que se le diera el alta médica y de que se incorporara a su puesto de trabajo, pues es evidente que si en el mes de agosto estaba de baja médica era porque no se encontraba en condiciones físicas de retomar su actividad laboral. Pero ese informe nada nos dice de cuál era el estado de salud del trabajador en el momento de recibir el alta médica.

**TERCERO.-** 1. Los dos restantes motivos del recurso están redactados al amparo del apartado c) del artículo 193 LRJS.

2. En el primero de ellos se denuncia la infracción del artículo 56 apartados 1 y 2 del Estatuto de los Trabajadores (ET) y de la doctrina jurisprudencial contenida en la STS de 30 de junio de 2008, en relación con el cálculo de la indemnización.

Lo que se hace en este motivo no es otra cosa que solicitar que se modifique la indemnización fijada en la sentencia por la declaración de improcedencia del despido, atendiendo al módulo salarial diario de 64,74 euros brutos que se propuso en el motivo primero del recurso. Pero dado que esta modificación no fue admitida por las razones que se han expuesto en el fundamento de derecho segundo, es obvio que este motivo tampoco puede prosperar.

**CUARTO.-** 1. En el último motivo del recurso se denuncia la infracción del artículo 52 a) ET, en relación con los artículos 14.1, 22.4 y 25.1 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y 243 de la Ley General de la Seguridad Social. Se argumenta por la empresa recurrente, que "la continuidad del trabajador en el puesto de trabajo de Carretillero no es posible sin grave riesgo de accidentabilidad del propio trabajador y de los demás compañeros del centro con quienes interactúa o pueda hacerlo no la existencia de una declaración de no apto..."

2. Como esta Sala de lo Social ha señalado en reiteradas sentencias, como las de 17-11-2000, 19-10-2004, 17-12-2004, 19-5-2005 o 15-5-2013, para la interpretación del art. 52 a) del ET hay que partir de que "el concepto de ineptitud se refiere, a una

inhabilidad o carencia de facultades profesionales que tiene su origen en la persona del trabajador, bien por falta de preparación o de actualización de sus conocimientos, bien por deterioro o pérdida de sus recursos de trabajo, percepción, destreza, falta de capacidad de concentración, rapidez, etc..." (STS 2 mayo 1990). Se trata, por tanto, de un concepto diferente al de invalidez permanente, situación esta que por sí misma permite la extinción contractual ex art. 49.1 e) (STSJ de Cataluña 31-10-1997). De manera que se puede declarar la resolución del contrato por aquella causa cuando el trabajador no alcanza ningún grado de incapacidad permanente y, sin embargo, resulta incapaz para realizar su trabajo ordinario, siempre que la enfermedad o dolencia sea posterior a la fecha de inicio de la relación laboral. Pero, para ello, es necesario que esa incapacidad esté debidamente acreditada, de manera que resulte indubitado que el trabajador no puede realizar su trabajo habitual a pesar de habersele denegado la incapacidad permanente.

En este último supuesto, la jurisprudencia siempre ha hecho hincapié en la diferencia entre incapacidad permanente e ineptitud, pues aun cuando ambos conceptos suponen la inhabilidad del trabajador para el desarrollo de la prestación objeto del contrato de trabajo, la primera se define por remisión a la legislación de Seguridad Social y requiere declaración administrativa o judicial que pone fin a la relación laboral, al contemplarse expresamente como causa de extinción del contrato de trabajo (STS de 10 de diciembre de 1991).

En esta misma línea se viene entendiendo por la doctrina judicial que a efectos de poder declarar o no la concurrencia de la causa extintiva del contrato de trabajo "se revela insuficiente el diagnóstico de la entidad aseguradora, de tal manera que la declaración de no apto de un trabajador efectuada por un servicio de prevención como consecuencia de la revisión médica a la que puede ser sometido no es causa automática para que opere el art. 52.a del Estatuto de los Trabajadores". En este sentido se insiste en que el informe del servicio de prevención no sirve, por sí mismo, para justificar la extinción del contrato por causas objetivas al amparo del art 52 a) del ETT, sino que le incumbe al empresario la carga de probar que concurre tal ineptitud en los términos expuestos.

3. La aplicación de esta doctrina al presente supuesto nos conduce a desestimar también este motivo del recurso. En efecto, es cierto que según consta en el relato de hechos probados de la sentencia, nada más reincorporarse el Sr. B. a su puesto de trabajo en el mes de diciembre de 2016 tras recibir el alta médica sin declaración de incapacidad permanente, el servicio de prevención emitió un informe en el que se le consideraba "no apto" para el puesto de trabajo de carretillero; pero también nos dice la sentencia en su fundamentación jurídica, con valor de hecho probado, que según reconoció en el acto del juicio el propio Doctor M. del servicio de prevención, "el mayor problema de la situación del trabajador en relación a su puesto de conductor de carretilla industrial es los efectos secundarios causados por la medicación que toma para el dolor", que se concretan en somnolencia y dificultad en la capacidad de atención y reacción. Pero como también se razona con acierto en la sentencia recurrida, tales efectos no son "necesarios e inevitables" en todos los casos, sino que dependen de la dosis suministrada, de la sensibilidad de cada persona y de la adaptación a la pauta.

Por tanto, si no consta acreditado ni hay ninguna evidencia de que el Sr. B. sufra tales efectos secundarios, la decisión empresarial de proceder a extinguir su contrato de trabajo por causa de ineptitud sobrevenida se revela como desproporcionada y contraria a derecho, pues no hay elementos de juicio que permitan concluir que con las limitaciones que presenta el demandante no pueda desarrollar su actividad laboral del mismo modo que la ha venido desarrollando desde que comenzó a prestar servicios para la empresa. No debemos olvidar, por último, que la normativa protectora en materia de prevención de riesgos laborales

obliga -previa evaluación inicial y periódica del puesto de trabajo y el examen médico de vigilancia de la salud- a adoptar las medidas preventivas y correctoras para reducir o eliminar los riesgos psicofísicos o, si ello no es posible, al traslado de puesto si lo hubiere y no concurriera obstáculo legal o convencional (arts. 15 y 25 y ss de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales). Sin que tampoco conste en el presente supuesto que la empresa hubiera adoptado tales medidas antes de proceder a la extinción de la relación laboral por ineptitud sobrevenida.

**QUINTO.-** 1. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 204 de la LRJS, se acuerda la pérdida de las consignaciones o, en su caso, el mantenimiento de los aseguramientos prestados hasta que se cumpla la sentencia o se resuelva la realización de los mismos, así como la pérdida de la cantidad depositada para recurrir.

2. Asimismo y de acuerdo con lo ordenado en el artículo 235.1 de la LRJS procede la imposición de costas a la parte vencida en el recurso.

### **FALLAMOS**

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de K.E., S.L. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 1 de Castellón de fecha 4 de octubre de 2017, en virtud de demanda presentada a instancia de DON S.B.C.; y, en consecuencia, confirmamos la sentencia recurrida.

Se acuerda la pérdida de las consignaciones, o en su caso, la necesidad de que se mantengan los aseguramientos prestados hasta que se cumpla la sentencia o se resuelva, en su caso, la realización de los mismos, así como la pérdida del depósito constituido para recurrir.

Se condena a la parte recurrente a que abone al letrado/graduado social impugnante la cantidad de 600 euros.

## 2319

**Sentencia núm. 145, de 18 de enero de 2018**

**Materia:** Conflicto colectivo: Interpretación convenios colectivos. Posibilidad de aplicar a determinados trabajadores de una empresa dedicada a servicios auxiliares y con convenio de empresa, el convenio colectivo del sector de la empresa en la que desarrollan estos servicios auxiliares. El conflicto afecta a 351 trabajadores que la empresa demandada tiene en el centro de trabajo de la mercantil codemandada, siendo dicho centro de trabajo el único afectado.

**Juzgado:** Desestima la excepción de modificación sustancial de la demanda frente a la demanda de conflicto colectivo, absolviendo a las empresas demandadas e las pretensiones deducidas en su contra. Declara no aplicable a los trabajadores afectados por el conflicto colectivo, el convenio colectivo del sector, en todo lo que el convenio colectivo de empresa de la mercantil codemandada, exonerando a la otra codemandada de la responsabilidad solidaria que pudiera derivarse de la aplicación del convenio colectivo del sector.

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

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

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Dictada sentencia por el Juzgado de lo Social número 12 de Valencia por la que se desestimaba la demanda interpuesta por el Comité de Empresa de A.M. S.A frente a la citada empresa y a la mercantil F.E. S.L, en materia de conflicto colectivo, recurre en suplicación el citado Comité, impugnando su recurso ambas codemandadas.

**SEGUNDO.-** El motivo primero de recurso, destinado a revisar el relato fáctico de la sentencia de instancia, se encuentra redactado al amparo del apartado b) del art. 193 LRJS, y a través del mismo se solicita la modificación de los ordinales sexto y séptimo de la sentencia recurrida.

1.- En primer lugar, en relación con el hecho sexto, se pide que se añada a su redactado las concretas actividades que desarrollan los trabajadores en la factoría F. de A. así como que conste la actividad económica (CNAE) y objeto social de la empresa A.M. S.A, todo ello de conformidad con lo dispuesto en el documento número 11 aportado por la demandada así como en el que se incorpora en vía de recurso consistente en copia de una página web en el que figura el objeto social.

En relación a este último documento, el art. 233 LRJS no permite a la Sala la admisión de documento alguno, salvo aquéllos que conforme a lo dispuesto en dicho precepto, constituyeran resoluciones judiciales o administrativas firmes o documentos decisivos para la resolución del recurso, siempre que no hubieran podido aportarse anteriormente por causas no imputable a la parte.

Las empresas impugnantes se oponen expresamente a su admisión, y la Sala ha de confirmar esta solución, pues ni se trata de documental que reúna el carácter descrito, ni puede considerarse que no pudieron ser aportados con anterioridad, al tratarse de una mera transcripción del contenido de una página web.

Al margen de lo anterior, la revisión no puede prosperar pues el Juez a quo ya describe en su hecho probado quinto las funciones que desarrollan los trabajadores de A. en la factoría de F., sin que pueda atenderse al contenido del documento número 11 que constituye un contrato entre la empresa demandada y la mercantil I., ajena al presente conflicto.

2.- En segundo lugar, se pide sea modificado el hecho probado séptimo, interesando que se haga constar que es A.F.S. la que forma parte de la Asociación Empresarial de Externalización de Servicios Auxiliares a la Producción (ESAP), de manera que la empresa demandada A.M. S.A no forma parte de dicha asociación de empresas.

Esta revisión tampoco puede prosperar, pues es indiferente a efectos de modificación del fallo, sin que con la revisión propuesta se desvirtúe la existencia de la citada Asociación Empresarial ni la negociación para la aprobación de un convenio sectorial, que pudiera incidir en la aplicación de lo previsto en el art. 3.3 del convenio colectivo de empresa que se ha de interpretar.

**TERCERO.-** El motivo segundo de recurso, redactado al amparo del apartado c) del art. 193 LRJS, tiene como objetivo la revisión del derecho aplicado en la sentencia de instancia. Y en concreto, se denuncian como infringidos, los arts. 82.3 y 87 ET, art. 3.2 y 3 y art. 4 del Convenio Colectivo de la empresa A.M. S.A; los arts. 2 y 4 del Convenio Colectivo de trabajo del sector de Transporte de Mercancías por Carretera de la Provincia de Valencia; los arts. 2, 3 y 5 del II Acuerdo General para las empresas de transporte de mercancías por carretera y el art. 122 del Real Decreto 1211/1990.

Tras analizar el contenido de cada uno de los preceptos enumerados, sostiene el recurrente en esencia:

1.- Que la actividad que los trabajadores de A. en la factoría de F. es distinta a la actividad de la empresa, constituyendo por tanto unidades de negocio independientes por lo que no debe serles de aplicación el principio de unidad de empresa a la hora de determinar el convenio colectivo de aplicación.

2.- Que el hecho de que la empresa no tenga la preceptiva autorización administrativa habilitante para llevar a cabo la actividad logística en las dependencias de la empresa F. no implica sino una posible falta administrativa de la misma, pero ello no puede dar lugar a la inaplicación de la norma convencional que ahora se propugna (Convenio colectivo de Transporte por Carretera de la provincia de Valencia).

3.- Que en definitiva, la demandada ocupa en su relación con la empresa F.E. S.A la posición de operador logístico, contemplada en la Ley de Transporte Terrestre y su Reglamento, y por ello, a la que se aplica el convenio colectivo ya indicado.

Respecto de la interpretación de los Convenios Colectivos es doctrina constante de la Sala Cuarta conforme recuerda su Sentencia de 14-11-2017, rcud. 223/2016 que, "atendida la singular naturaleza mixta de los convenios colectivos (contrato con efectos normativos y norma de origen contractual), la interpretación de los mismos debe hacerse utilizando los siguientes criterios: La interpretación literal, atendiendo al sentido literal de sus cláusulas, salvo que sean contrarias a la intención evidente de las partes (arts. 3.1 y 1281 CC; STS 13 octubre 2004, Rec. 185/2003). La interpretación sistemática, atribuyendo a las cláusulas dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas (arts. 3.1 y 1285 CC). La interpretación histórica, atendiendo a los antecedentes históricos y a los actos de las partes negociadoras (arts. 3.1 y 1282 CC). La interpretación finalista, atendiendo a la intención de las partes negociadoras (arts.

3.1, 1281 y 1283 CC). No cabrá la interpretación analógica para cubrir las lagunas del convenio colectivo aplicable (STS 9 abril 2002, Rec. 1234/2001). Y los convenios colectivos deberán ser interpretados en su conjunto, no admitiéndose el «espiguelo» (STS 4 junio 2008, Rec. 1771/2007).

Por otro lado, «la interpretación de los contratos y demás negocios jurídicos (y el convenio colectivo participa de tal naturaleza) es facultad privativa de los Tribunales de instancia, cuyo criterio, como más objetivo, ha de prevalecer sobre el del recurrente, salvo que aquella interpretación no sea racional ni lógica, o ponga de manifiesto la notoria infracción de alguna de las normas que regulan la exégesis contractual». (SSTS de 5 de junio de 2012, rec. 71/2011; de 15 de septiembre de 2009, rec. 78/2008, entre muchas otras) Y, también, se ha precisado que «en materia de interpretación de cláusulas de convenios y acuerdos colectivos, en cuyo esclarecimiento se combinan las reglas de interpretación de las normas con las de la interpretación de los contratos, debe atribuirse un amplio margen de apreciación a los Órganos jurisdiccionales de instancia, ante los que se ha desarrollado la actividad probatoria relativa a la voluntad de las partes y a los hechos comitentes» (STS de 20 de marzo de 1997, rec. 3588/1996)».

El conflicto que aquí nos atañe pasa por decidir si es posible aplicar a los trabajadores de la empresa A.M. S.A, con convenio colectivo de empresa propio, el convenio del sector de transportes de mercancías por carretera de la provincia de Valencia, todo ello conforme a las previsiones del art. 3.3 del convenio de empresa y el art. 2 de la citada norma convencional provincial.

Conforme a lo dispuesto en el art. 3 del convenio de empresa, se dice textualmente que “el convenio viene referido a los trabajadores adscritos a la actividad de servicios auxiliares” entendiéndose por tales las actividades de atención e información a terceros, asistencia administrativa y prestación de todo tipo de servicios integrales con carácter multiservicios incluidos en el objeto social de la empresa, con exclusión expresa de aquellas actividades que estén reguladas por un convenio sectorial específico.

Se dice en el apartado tercero que en caso de entrar en vigor un convenio colectivo sectorial de ámbito superior al de la empresa que regule el mismo ámbito personal y funcional, produciéndose una concurrencia entre ambas normas, el texto de convenio se adecuará al nuevo convenio sectorial en el territorio afectado, manteniendo los trabajadores afectados todas las condiciones que mediante este convenio de empresa hubieran sido mejoradas respecto al nuevo en calidad “ad personam” fijando de esta manera una concurrencia no conflictiva.

Por su parte, el art. 2 del Convenio Colectivo del Sector de Transporte de Mercancías por Carretera de la Provincia de Valencia dispone que el convenio obliga a “todas las empresas y trabajadores de Transporte de Mercancías por carretera, logística y mensajerías, a estas últimas cuando se les exija autorización administrativa habilitante, incluyendo los servicios pertenecientes a los mismos, bien sean de carácter local o provincial, independientemente de si las mismas se realizan o no a temperatura controlada. En concreto, las actividades afectadas por el presente Convenio son: Tracción Mecánica de Mercancías en general, Agencias de Transporte, Tracción de Sangre, Despachos Centrales, Agrupaciones Profesionales de Carga y Descarga, Grupos de Grúas, Almacenista y Distribuidor, y en general cualquier otra actividad relacionada directamente con las anteriores, así como, todas aquellas que estén recogidas en el acuerdo general estatal para las empresas de transporte de mercancías por carretera y las empresas que hasta la fecha venían aplicando este convenio.

Asimismo, el art. 3 del II Acuerdo General para las empresas de transporte de mercancías por carretera dispone que el acuerdo es de aplicación a las empresas que al amparo de los correspondientes títulos habilitantes de Transportista o de Operador de Transporte, realicen actividades de transporte público de mercancías por carretera en vehículos automóviles que circulen sin camino de rodadura fijo y sin medios fijos de captación de energía y/o las denominadas auxiliares y complementarias del transporte de mercancías, incluidas las actividades de mensajería y de logística, entendiéndose por esta última la que cubre la planificación, la organización, la gestión, la supervisión y la realización de las actividades de transporte de mercancías en la cadena de suministro; es decir, todas las actividades empresariales que requieran los citados títulos habilitantes, independientemente de si las mismas se realizan a temperatura controlada.

Atendiendo a la interpretación de dichas normas, la Sala ha de confirmar la resolución de instancia, y ello por las siguientes razones:

1.- En primer lugar, porque tal y como aseveró el Juzgador de instancia, y ha de refrendar esta Sala, A. no constituye una empresa de transportes, mensajería ni logística, por mucho que así se nos quiera hacer ver, para aplicar la norma convencional invocada. Decimos esto por cuanto que si bien es cierto que algunos de los trabajadores que prestan sus servicios en la factoría de F. se dedican al traslado de contenedores y a su ubicación en el almacén, así como al traslado de piezas a las naves en que se lleva a cabo la fase de carrocerías, no lo es menos que dichas labores se ejercitan dentro de la factoría de A., sin necesidad de que las mismas se desempeñen en el exterior.

Dicha circunstancia llama la atención si se pone en relación con la propia denominación del convenio (transporte de mercancías por carretera) y es relevante a efectos de entender la verdadera naturaleza de las labores que desarrollan los empleados de A.

La propia definición de la palabra “logística” en el diccionario de la Real Academia Española refrenda nuestra conclusión, pues esta última entiende como tal, entre otras acepciones el “conjunto de medios y métodos necesarios para llevar a cabo la organización de una empresa o de un servicio, especialmente de distribución”. Y en el supuesto analizado, no ha quedado acreditado, pues así no nos consta que sea Acciona la que organiza los servicios de transporte de los materiales precisos para elaborar los vehículos en la factoría. De hecho, el Juzgador a quo, en su fundamento de derecho cuarto, sostiene con valor de hecho probado, sin ser desvirtuado, que es la propia empresa F. la que realiza dichas funciones.

Ello concuerda con la definición de la actividad de logística incluida en el art. 3 del II Acuerdo General para las empresas de transporte de mercancías por carretera que entiende por tal la que cubre la planificación, organización, gestión, supervisión y realización de las actividades de transporte de mercancías en la cadena de suministro y en el art. 122 de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres que define a los operadores logísticos como aquéllas empresas especializadas en organizar, gestionar y controlar, por cuenta ajena, las operaciones de aprovisionamiento, transporte, almacenaje o distribución de mercancías que precisan sus clientes en el desarrollo de su actividad empresarial. Sin que conste dato alguno, que permita concluir que Acciona lleva a término dichas funciones.

3.- En tercer lugar, porque tanto el convenio colectivo como el acuerdo citados, exigen para su aplicación que las empresas incluidas dentro de su ámbito funcional, ejerzan sus cometidos de acuerdo con los correspondientes títulos habilitantes de transportista o de operador de transporte, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 16/1987 de Ordenación de los Transportes Terrestres, siendo que no consta tampoco

que Acciona requiera de los mismos para llevar a término los cometidos encargados a sus trabajadores en la factoría de F.

Este hecho resulta relevante, pues da idea del carácter que se quiere implementar a la actividad desarrollada, sin que pueda degradarse el mismo, como así pretende el recurrente, a la constatación de una mera falta administrativa caso de no constatar su existencia, pues pudiera argumentarse a sensu contrario, que dado que no figura la misma, es porque no se requiere para la actividad desempeñada y por ende la misma queda fuera del ámbito del convenio que se pretende aplicar.

4.- Y por último, porque al hilo de lo anterior, la aplicación del convenio colectivo de transporte de mercancías por carretera no puede ampararse en lo dispuesto en el art. 3.3 del Convenio Colectivo de A. En primer término, porque lo que este prevé es que sus condiciones se verán equiparadas a aquéllas recogidas en un convenio colectivo sectorial de ámbito superior que pudiera entrar en vigor con posterioridad al convenio de empresa, lo que aquí no se ha producido. Y en segundo, lugar porque dicha previsión, caso de concurrir, exigiría que concurrieran ambas normas afectando al mismo ámbito personal y funcional, que conforme a lo expuesto anteriormente, no se produce en el caso analizado.

Por todo ello, el recurso ha de ser desestimado en su integridad, confirmándose la sentencia de instancia en todos sus extremos.

**CUARTO.-** De conformidad con lo dispuesto en el art. 235.2 LRJS, cada parte se hará cargo de las costas causadas a su instancia.

En virtud de lo expuesto,

### **FALLAMOS**

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada del COMITÉ DE EMPRESA DE A.M. S.A frente a la sentencia dictada el 13 de octubre de 2017 por el Juzgado de lo Social número 12 de Valencia, en autos número 1055/2016 seguidos a instancia del precitado recurrente frente a A.M. S.A Y F.E. S.L; y en consecuencia, confirmamos íntegramente la resolución recurrida. Sin imposición de costas a ninguna de las partes.

## 2320

**Sentencia núm. 168, de 23 de enero de 2018**

**Materia: Invalidez: Determinación de contingencia. Trabajadora afiliada al RGSS que presta sus servicios como policía local. La actora inicia una incapacidad temporal derivada de accidente de trabajo. Tras ser dada de alta inicia nuevo proceso de incapacidad, esta vez por contingencias comunes. Solicitud revisión determinación de contingencia. Recaída de la trabajadora por agravamiento de dolencias. El nuevo proceso de incapacidad se produce dentro de los seis meses siguientes al alta médica.**

**Juzgado: Desestima la demanda absolviendo a los demandados de las pretensiones formuladas en su contra. No procede la modificación de la contingencia reclamada.**

**Sala: Estima el recurso y revoca la sentencia de instancia. Declara que el nuevo proceso de incapacidad de la demandante deriva del accidente de trabajo sufrido con anterioridad, habiéndose producido una recaída de la trabajadora por agravación de lesiones derivadas del mismo. Condena a la mutua y subsidiariamente al organismo demandado a pasar por esta declaración y al abono de la prestación correspondiente.**

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

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** 1. Se recurre por el letrado designado por doña M.A.H., la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 13 de Valencia que desestimó su demanda por la que se impugnaba la resolución del Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) de 5 noviembre de 2014, que declaró que el proceso de incapacidad temporal iniciado por la Sra. A. el 4 de septiembre de 2014 tiene su origen en enfermedad común.

2. El recurso ha sido impugnado por la representación letrada de la mutua F. que plantea dos cuestiones iniciales –según se propia terminología-, si bien la segunda de ellas solo procede examinarla en caso de estimación del recurso pues se refiere a la retroactividad de los efectos económicos de un eventual pronunciamiento estimatorio de la pretensión ejercitada.

**SEGUNDO.-** 1. Así pues, antes de entrar en el examen de los motivos del recurso procede resolver la “cuestión inicial primera” que se plantea por el letrado de la mutua F. en el escrito de impugnación del recurso.

Se argumenta por el impugnante del recurso que de conformidad con lo establecido en el artículo 6 del Real Decreto 14030/2009 la resolución dictada por el INSS calificando la baja como enfermedad común “tiene los efectos atribuidos a la resolución de la reclamación previa, por lo que solo cabría interponer demanda contra la misma, lo que no se hizo contra la Resolución de fecha 5 de noviembre de 2014”.

2. Según se relata en los hechos probados de la sentencia recurrida, fue el 5 de octubre de 2015 cuando la Sra. A. interpuso reclamación previa contra la resolución del INSS de 5 de noviembre de 2014 en la que se calificó la incapacidad temporal iniciada el 4 de septiembre de 2014 como derivada de enfermedad común.

Y frente a la resolución de 19 de octubre de 2015 que desestimó esa reclamación previa se presentó la demanda que ha dado lugar a las presentes actuaciones.

3. Pues bien, el hecho de que transcurriera casi un año entre la resolución del INSS y la presentación de la reclamación previa no puede vedar la posibilidad de impugnar judicialmente aquella resolución administrativa mientras no se haya producido la prescripción o caducidad del derecho que se reclama. Así lo ha venido entendiendo desde antiguo la jurisprudencia del Tribunal Supremo al señalar que el defectuoso agotamiento de la vía administrativa previa en materia de prestaciones de Seguridad Social por inobservancia del plazo de treinta días que establece el art. 71.2. LJS (antes, el art. 71.2 LPL), no afecta al derecho material controvertido y no supone prescripción alguna, sino que únicamente comporta la caducidad en la instancia y la correlativa pérdida del trámite, por lo que tal defecto no resulta obstáculo para el nuevo ejercicio de la acción siempre que la misma no estuviese ya afectada por el instituto de las referidas prescripción o caducidad. Este fue el criterio establecido en la STS 7/10/74 dictada en interés de ley, en la que se entendió que la indicada caducidad limita sus efectos a cerrar un procedimiento individualmente considerado y no afecta a las acciones para reivindicar los derechos de Seguridad Social objeto del expediente "caducado", que pueden promoverse de nuevo en cualquier momento siempre que la acción no haya decaído por el transcurso del tiempo, puesto que resulta inadmisibles que el incumplimiento de un plazo preprocesal puedan comportar la pérdida de acción para hacer valer un derecho sustantivo cuya prescripción se determina por años (STS SG 15/06/15 -rcud 2766/14-; 21/12/16 -rcud 2335/15-; y 27/12/16 -rcud 2834/15-).

**TERCERO.-** 1. Una vez rechazada la primera cuestión inicial suscitada en el escrito de impugnación del recurso, procede examinar los dos motivos en los que se sustenta el recurso de la Sra. A.

2. Se solicita en primer lugar y al amparo del apartado b) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS), que se añada un párrafo nuevo al hecho probado segundo de la sentencia con la siguiente redacción:

“Que el día 19/09/2013 ingresa en el CENTRO DE REHABILITACIÓN DE LEVANTE (ingreso programado) CAUSA ACCIDENTE DE TRABAJO para cirugía de columna “Prótesis discal lumbar”, que el procedimiento quirúrgico efectuado es ARTROPLASTIA L4-L5 impresión diagnóstica Degeneración disco intervertebral dorsal/lumbar (DOC nº 24 de la documental aportada parte actora) y estuvo en IT por contingencia profesional “accidente de trabajo” desde su alta hospitalaria el 25/09/2013 hasta el día 13 de marzo de 2014.

Que en la actualidad se encuentra sigue en tratamiento por dicha dolencia en el HOSPITAL CLÍNICO UNIVERSITARIO”.

Procede estimar la petición en lo que resulta del documento núm. 24 aportado por la parte actora, que es el informe de alta-hospitalización de la Sra. A. emitido por el Centro de Rehabilitación de Levante en el que, efectivamente, consta que fue intervenida el 23 de septiembre de 2103 para la implantación de una prótesis discal lumbar. Por lo demás, la fecha del alta médica –el 13 de marzo de 2014- ya consta en la sentencia.

**CUARTO.-** 1. En el motivo tercero del recurso se denuncia al amparo del apartado c) del artículo 193 LRJS, la infracción de los artículos 128 y 115.2 f) de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS) –texto refundido de 1994-. Se argumenta por la recurrente que “la posible patología lumbar que la Mutua y el INSS establecen que

existe anteriormente al accidente de trabajo, estaba silente” y que “desde el primer momento del accidente se quejó de molestias en la zona lumbar”.

2. A efectos de resolver el recurso conviene recordar los siguientes datos de interés: La Sra. A. causó una primera baja el 20 de marzo de 2013 por accidente de trabajo con el diagnóstico de “lumbalgia”. El 19 de septiembre de 2013, estando todavía de baja, se le implanta en el Centro de Rehabilitación de Levante una prótesis discal lumbar. El 12 de marzo de 2014 recibe el alta médica por mejoría que permite realizar su trabajo y antes de que transcurrieran seis meses desde dicha alta, fue dada nuevamente de baja el 4 de septiembre de 2014 por lumbago pero, ahora, por contingencias comunes, cuestión que constituye el objeto de debate del presente procedimiento.

3. Dispone el artículo 115.1 LGSS/1994 que se entiende por accidente de trabajo toda lesión corporal que el trabajador sufra con ocasión o por consecuencia del trabajo que se ejecute por cuenta ajena.

De acuerdo con una reiterada doctrina, para que se pueda apreciar la existencia de un accidente de trabajo es preciso que de alguna manera haya una conexión con la ejecución de un trabajo, bastando para ello con que el nexo causal, indispensable siempre en algún grado, se dé sin necesidad de precisar su significación, mayor o menor, próxima o remota, concausal o coadyuvante, debiendo otorgarse esa calificación cuando no aparezca acreditada la ruptura de la relación de causalidad entre actividad profesional y padecimiento, excepto cuando hayan acaecido hechos de tal relieve que sea evidente a todas luces la absoluta carencia de aquella relación (STS 9-05-2006).

Por su parte el art. 115.2.f) LGSS/1994 califica como accidente de trabajo las enfermedades o defectos padecidos con anterioridad en los que el traumatismo actúa como elemento desencadenante de la enfermedad padecida por el trabajador, agudizándola o sacándola de su estado latente. De manera que para que concurra esta calificación es preciso que concurran tres requisitos: a) existencia de una enfermedad o defecto; b) un posterior accidente y c) que la lesión causada por éste agrave aquélla.

4. Pues bien, cuestión similar a la que se plantea en este procedimiento fue resuelta por la STS de 3 de julio de 2013 (rcud.1899/2012). Se trataba allí de calificar la baja médica de un trabajador producida el 30 de septiembre de 2010 cuando constaba una baja anterior de 4 de marzo de 2010 por la misma patología lumbar que había sido calificada como accidente de trabajo. Razona el Tribunal Supremo lo siguiente:

“La sentencia recurrida acepta que la baja de 4 de marzo de 2010 se debió a accidente laboral, pero rechaza esa calificación para la baja de 30 de septiembre siguiente por la inexistencia de un nexo causal entre la patología causante de la baja y el trabajo, nexo que no se podría presumir al haberse presentado la dolencia fuera del centro de trabajo y de la jornada laboral. Pero esta argumentación es rechazable porque no tiene en cuenta las bajas originadas por sendos esfuerzos en el centro de trabajo, aparte del día 4 de marzo de 2010, los días 26 de mayo, 7 de junio y 11 de agosto. Ello nos muestra que el trabajador no llegó a curar de la patología incapacitante, porque recayó en los mismos síntomas que presentó al principio. Al hablar de recaída debemos recordar la doctrina de esta Sala sobre las recaídas y la protección a otorgar en ellas, sobre todo si se producen durante los seis meses siguientes a la primera baja. Así en nuestra sentencia de 5 de julio de 2000 (R. 4415/1999) dijimos: “La Orden de 1967 habla de “enfermedad”. Como la norma nada específica, no hay razón alguna para constreñir el término a la enfermedad común; la imprecisión conduciría inevitablemente a la inclusión de la enfermedad

profesional. Y ya en esta dirección, sería un contrasentido excluir los accidentes, laborales o no laborales, porque el problema es el mismo. Aquí prima la genericidad con que se expresa la LGSS EDL 1994/16443; habla de "recaída", y precisamente en la situación de incapacidad temporal; por ende, al margen de cuál sea la contingencia, común o profesional, motivadora del nuevo período de incapacidad".

(...)

"Por tanto, el trabajador accionante, que ya disfrutara de subsidio durante la primera baja médica, se encuentra sometido a la disciplina de las recaídas ya que, por un lado, se cuenta con el requisito temporal de aparición de la misma en el plazo de seis meses (entre alta y baja médicas); y por otro lado, es indiferente que la contingencia sea un accidente de trabajo, o que todo el tiempo intermedio no sea de actividad laboral. Ese régimen de las recaídas significa, ante todo, que estamos ante un periodo único, generado por sufrirse, aquí, un accidente de trabajo, y que los requisitos entonces exigidos y ostentados, el de alta básicamente (porque los accidentes no requieren carencia alguna), conservan ahora, cuando la segunda baja médica, toda su virtualidad".

"En realidad, la presente resolución se mueve en el marco conceptual de las recaídas, porque ése ha sido el motivo del recurso y por esa vía se da cumplimiento al requisito de la contradicción. Pero, en rigor, quien sufre un accidente de trabajo, y luego es víctima de una recaída en sentido amplio, habrá de repararse en que el régimen aplicable es más flexible, y sin sometimiento a los límites temporales ya mencionados, que para la enfermedad señala el precepto reglamentario en cita".

Así pues, como nos encontramos ante una recaída en la lesión que provocó la primera baja, procede la calificación de accidente laboral que se dio a la primera, máxime por haberse producido antes de los seis meses, lo que muestra que estamos ante el mismo proceso de incapacidad temporal, según el art. 9 de la Orden de 13 de octubre de 1967. Los razonamientos sobre la existencia de una patología preexistente no son acogibles porque los hechos declarados muestran que la patología lumbar que presentaba el trabajador se agravó a raíz del accidente. Como no consta que se hubiese diagnosticado antes, ni que hubiese provocado bajas laborales con anterioridad, hay que concluir que el proceso morboso estaba silente y que fue el accidente de 4 de marzo de 2010 el que lo agravó y provocó que sus efectos incapacitantes saliesen a la luz y provocaran sucesivas bajas laborales a partir de ese día. Consecuentemente, la recaída en la lesión que agravó el accidente merece el calificativo de accidente laboral, conforme al art. 115-2-f) de la L.G.S.S."

5. La aplicación de esta doctrina nos conduce a estimar el recurso, pues al igual que ocurría en el supuesto enjuiciado por la sentencia del Tribunal Supremo, también en este caso la primera baja lo fue por accidente de trabajo con el diagnóstico de lumbalgia, y la segunda, cuya calificación es objeto del presente procedimiento, se produjo dentro de los seis meses siguientes al alta médica y por la misma patología, por lo que participa del concepto de recaída.

Así pues, procede estimar el recurso, si bien los efectos económicos se deben retrotraer a los tres meses anteriores a la fecha de la presentación de la reclamación previa de conformidad con lo dispuesto en el artículo 43 LGSS, tal como consta en el hecho probado séptimo de la sentencia recurrida y se solicitó en la "cuestión inicial segunda" planteada en el escrito de impugnación del recurso.

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

## **FALLAMOS**

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de DOÑA M.A.H. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 13 de Valencia en los autos 1065/2015; y, en consecuencia, declaramos que el proceso de incapacidad temporal iniciado por la demandante el 4 de septiembre de 2014 deriva de accidente de trabajo y condenamos a la mutua F. con carácter principal y al INSS con carácter subsidiario a estar y pasar por esta declaración y al abono de la prestación correspondiente sobre una base reguladora diaria de 68,80 euros y con efectos desde el día 5 de julio de 2015.

Sin costas.

## 2321

**Sentencia núm. 183, de 23 de enero de 2018**

**Materia:** Prestación por desempleo. Trabajador que solicita prestación del programa renta activa de inserción. El demandante realiza un viaje a Argentina para cuidado de madre, permaneciendo allí durante 25 días. Revocación de la prestación por desempleo. El actor considera justificada la salida al extranjero y solicita reanudación de prestación.

**Juzgado:** Desestima la demanda absolviendo al organismo demandado de las peticiones contenidas en el escrito de la demanda. Se ha infringido el precepto legal.

**Sala:** Desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia. El actor no ha cumplido con los requisitos legales necesarios para seguir beneficiándose de la prestación.

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

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.** - Recurre el actor la resolución de instancia que confirma la resolución del SPEE por la cual se acordó la revocación del RAI que le había sido previamente reconocido el 19/2/2014. El recurso se fundamenta en un único motivo redactado con amparo procesal en el apartado c del artículo 193 de la LRJS, con cita de distintas sentencias dictadas por las Salas de lo Social de otros Tribunales Superiores, que en ningún caso vinculan a esta Sala y una referencia al tratamiento que la STS de 18 de octubre de 2012 hace de las salidas al extranjero no autorizadas en relación con la percepción de prestaciones de desempleo. Considera la parte que la salida del territorio español en su caso estaba justificada y que no tiene el efecto pretendido por la entidad gestora.

El artículo 2.1. b del RD 1369/2006 (en su redacción dada por la Disposición final 3ª del Real Decreto-ley 16/2014, de 19 de diciembre) establece entre los requisitos que determinan el reconocimiento del derecho el de *“Ser demandante de empleo inscrito ininterrumpidamente como desempleado en la oficina de empleo durante 12 o más meses. A estos efectos, se considerará interrumpida la demanda de empleo por haber trabajado un período acumulado de 90 o más días en los 365 anteriores a la fecha de solicitud de incorporación al programa. Durante la inscripción como demandante de empleo a que se refiere el párrafo anterior deberá buscarse activamente empleo, sin haber rechazado oferta de empleo adecuada ni haberse negado a participar, salvo causa justificada, en acciones de promoción, formación o reconversión profesionales u otras para incrementar la culpabilidad.*

*En el momento de la solicitud se deberá acreditar haber realizado durante el periodo de inscripción antes indicado acciones de búsqueda activa de empleo en la forma que se determine reglamentariamente. En tanto se produzca ese desarrollo normativo se acreditarán de la forma establecida en el artículo 3 del Real Decreto-ley 16/2014, de 19 de diciembre, por el que se regula el Programa de Activación para el Empleo.*

*La salida al extranjero interrumpe la inscripción como demandante de empleo a estos efectos.*

*No se considerará interrumpida la inscripción cuando el solicitante acredite*

*que la salida al extranjero se ha producido por matrimonio o nacimiento de hijo, fallecimiento o enfermedad grave del cónyuge o parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad o por el cumplimiento de un deber inexcusable de carácter público y personal, y siempre que la estancia haya sido igual o inferior a 15 días.*

*Asimismo, tampoco interrumpirá la inscripción la salida a países del Espacio Económico europeo y Suiza para la búsqueda o realización de trabajo, perfeccionamiento profesional o cooperación internacional, y siempre que la estancia sea inferior a 90 días.*

*En los supuestos en que se interrumpa la demanda de empleo, se exigirá un periodo de 12 meses ininterrumpido desde la nueva inscripción.”*

La citada norma es clara y no admite interpretación distinta a la de la del Magistrado sentenciador, la sentencia dictada por la Sala IV no es aplicable al régimen actual en el que específicamente se regulan los efectos de la salida del territorio español según su duración haciéndose eco parcial del tratamiento judicial que se había venido dando a este supuesto. Por lo tanto, a tenor de los hechos declarados probados y de la norma aplicada a los mismos debemos confirmar la sentencia recurrida.

Vistos los preceptos legales citados, sus concordantes y demás disposiciones de general y pertinente aplicación.

### **FALLO**

Que desestimando el recurso de suplicación interpuesto por D. N.E.M. contra la sentencia dictada el 27 de junio de 2016 por el Juzgado de la Social número 1 de los de Valencia en los autos 1271/2014 seguidos a su instancia contra el SERVICIO PÚBLICO DE EMPLEO ESTATAL; debemos confirmar y, en su integridad, confirmamos la citada resolución.

## 2322

**Sentencia núm. 204, de 24 de enero de 2018**

**Materia: Prestaciones: Pensión de viudedad. Pareja que no ha contraído matrimonio ni se encuentra constituida formalmente como pareja de hecho. El varón se ha divorciado en Bolivia, si bien las certificaciones de disolución matrimonial no llegan a España hasta 6 meses después de la sentencia de divorcio. Fallecimiento del varón. La pareja tiene dos hijos y consta que existe convivencia estable al estar la unidad familiar empadronada más de cuatro años, con anterioridad al fallecimiento del causante. Reconocimiento prestación.**

**Juzgado: Desestima la demanda, absolviendo a la parte demandada de cuantas pretensiones se deducen en su contra. No procede otorgar la pensión reclamada.**

**Sala: Desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia. No se dan los requisitos necesarios para poder lucrar la pensión de viudedad reclamada por la actora.**

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

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** A través de dos motivos se articula el recurso de suplicación entablado por la representación letrada de la demandante frente a la sentencia de instancia que desestima su reclamación sobre prestación de viudedad, no habiendo sido impugnado el recurso de contrario, conforme se expuso en los antecedentes de hecho.

En el primero de los motivos que se formula por el apartado b del art. 193 de la Ley de la Jurisdicción Social, se insta la rectificación de una serie de errores que aparecen en el hecho probado primero de la sentencia de instancia y que afectan a la fecha de fallecimiento del causante y a la fecha de la resolución administrativa por la que se deniega la prestación interesada; siendo la redacción solicitada la siguiente: "La actora T.B.M.G. solicitó con fecha 7-11-14 la pensión de viudedad, como consecuencia del fallecimiento de J.C.A.M. el 17-8-14, pensión que fue denegada por resolución del Instituto Nacional de la Seguridad Social de fecha 26-10-15, por no ser cónyuge del fallecido y por no haberse constituido formalmente como pareja de hecho con el fallecido al menos dos años antes del fallecimiento."

La rectificación de la fecha de fallecimiento del causante se deduce de los documentos obrantes a los folios 89 y 90 que son el certificado de fallecimiento de J.C.A.M. y la certificación del acta de defunción y ha de ser acogida al desprenderse de los indicados certificados. La rectificación de la fecha de la resolución de la entidad gestora por la que se deniega la prestación de viudedad a la demandante se sustenta en los documentos obrantes a los folios 96 y 97 que es la resolución desestimatoria de la reclamación previa presentada por la actora y ha de ser acogida si bien con dicha puntualización por deducirse de los referidos documentos.

**SEGUNDO.-** El correlativo motivo del recurso se introduce por el apartado c del art. 193 de la LJS y en el mismo se imputa a la resolución recurrida la infracción del art. 174.3 de la LGSS al haber denegado la pensión de viudedad a la demandante pese a haber acreditado la existencia de una convivencia estable y notoria no inferior a cinco años con el causante y tener la consideración de pareja de hecho, aunque no estuviera inscrita como tal, siendo lo relevante la efectiva existencia de la pareja de hecho. Asimismo, hace hincapié en que la tardanza en la tramitación de la

disolución del matrimonio fue lo que impidió la inscripción de la pareja de hecho formada por la actora y el causante y que dicha tardanza al no ser imputable a la actora no le puede perjudicar.

La censura jurídica expuesta no puede prosperar ya que como pone de relieve la sentencia del Tribunal Supremo de 07 de julio de 2015, Recurso: 3284/2014, es un requisito para lucrar la pensión de viudedad que la pareja de hecho esté debidamente formalizada. En efecto, tal y como indica la meritada sentencia:

“1) Los requisitos legales de "existencia de pareja de hecho" y de "convivencia estable y notoria", establecidos en el vigente artículo 174.3 LGSS son distintos, debiendo concurrir ambos para el reconocimiento del derecho a pensión a favor del sobreviviente.

2) En el mismo precepto legal, las reglas de acreditación de uno y otro requisito son asimismo diferentes.

3) La "existencia de pareja de hecho" debe acreditarse, de acuerdo con el repetidamente citado artículo 174.3 LGSS, bien mediante "inscripción en registro específico" de parejas de hecho, bien mediante "documento público en el que conste la constitución" de la pareja, lo que refleja la voluntad de la ley de limitar la atribución de la pensión en litigio a las parejas de hecho regularizadas.

4) La existencia de pareja de hecho ha de acreditarse en los términos del art. 174.3 LGSS, pues la voluntad de la ley es limitar la atribución de la pensión a las parejas de hecho regularizadas.

5) De ahí que los elementos de acreditación de la constitución de la pareja hayan de ser necesariamente, los que el precepto legal expresamente establece.

6) La solución por la que ha optado el legislador no consiste en una exigencia probatoria duplicada sobre un mismo extremo, tal y como pudiera deducirse de la confusa redacción del precepto, sino que los dos mandatos legales van referidos a otras tantas exigencias diferentes: a) la material, de convivencia como estable pareja de hecho durante el mínimo de cinco años; y b) la formal - ad solemnitatem - de su verificación de que la pareja se ha constituido como tal ante el Derecho y dotada de «análoga relación de afectividad a la conyugal», con dos años de antelación al hecho causante (en forma muy similar a la que se produce en el matrimonio).

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

La STC 40/2014, de 11 de marzo, declaró inconstitucional y nulo, con los efectos que señala su fundamento jurídico 6, el párrafo 5º del art. 174.3 de la LGSS. Esa declaración, sin embargo, no altera lo expuesto pues esta Sala, reunida en Pleno y valorando el alcance de la citada doctrina constitucional, ha optado por mantener la misma interpretación que en anteriores ocasiones; así lo hemos hecho en sentencias de fecha 22 de septiembre de 2014 (rec. 2563/2010, 759/2012, 1098/2012, 1752/2012, 1958/2012 y 1980/2012), seguidas por las de 22 de octubre de 2014 (rec. 1025/2012), 11 de noviembre de 2014 (rec. 3348/2013), 12 de noviembre de 2014 (rec. 3349/2013), 9 febrero 2015 (rec. 2288/2014), 9 febrero 2015 (rec. 2288/2014) o 17 junio 2015 (rec. 3175/2014).”

*La aplicación de la meritada doctrina al presente caso en el que se acredita la convivencia de la demandante con el causante desde al menos el año 2003, pero*

*sin haberse constituido formalmente como pareja de hecho mediante la inscripción en el Registro de parejas de hecho ni en documento público, seguramente por no haber obtenido el causante el divorcio de su cónyuge sino por sentencia de fecha 23-12-13, cuya certificación llegó a España el 2-7-14, cuando el fallecimiento del causante se produjo el 17-8-2014, impide apreciar la existencia de pareja de hecho a efectos de lucrar la pensión de viudedad reclamada por la actora, sin que a la conclusión expuesta obste la tardanza en la tramitación de la disolución matrimonial a la que alude la defensa de la demandante, habida cuenta que ni siquiera consta cuando se iniciaron los trámites de divorcio por parte del causante, ni cuando se solicitó por el mismo el certificado de la sentencia de divorcio.*

### **FALLO**

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de D.<sup>a</sup> T.B.M.G., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social n.º Uno de los de Alicante y su provincia, de fecha 20 de abril de 2016, en virtud de demanda presentada a su instancia contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social; y, en consecuencia, confirmamos la sentencia recurrida.