

2323

Sentencia núm. 265, de 30 de enero de 2018

Materia: Declaración de invalidez: Incapacidad permanente total para el ejercicio de actividad profesional. Situación de invalidez derivada de enfermedad común. Trabajadora que ejerce sus funciones como auxiliar administrativo en empresa demandada. La actora solicita declaración de incapacidad permanente invocando dolencias que le impiden para el desarrollo de su profesión habitual. Texto legal aplicable en el momento del hecho causante. Aplicación art. 137.4 del TRLGSS, aprobado por RD Legislativo 1/1994.

Juzgado: Estima la demanda declarando a la actora en situación de incapacidad permanente total para su profesión habitual, con derecho a la correspondiente prestación, más las revalorizaciones, mejoras e intereses que correspondan.

Sala: Estima el recurso y revoca la sentencia de instancia. Las lesiones que padece la actora no le incapacitan para el ejercicio de su profesión habitual de auxiliar administrativo. No procede la declaración de invalidez permanente, aunque por agravamiento de sus dolencias puede ser objeto de una de incapacidad temporal.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- En un solo motivo, el Letrado de la Administración de la Seguridad Social fundamenta el recurso de suplicación interpuesto contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. Cinco de los de Alicante que estima la demanda sobre reconocimiento de la situación de incapacidad permanente absoluta para todo trabajo, derivada de enfermedad común, habiendo sido impugnado el recurso de contrario, conforme se expuso en los antecedentes de hecho.

El único motivo del recurso se introduce por el apartado c del art. 193 de la Ley de la Jurisdicción Social (LJS) y se destina al examen del derecho aplicado en la sentencia del juzgado a la que se imputa la infracción del artículo 137.4 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio de la Ley, siendo dicho texto legal el que resulta aplicable, en lugar del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, conforme a la redacción de la Disposición Transitoria Vigésimo Sexta del mismo texto legal, que es el que dice aplicar la sentencia recurrida, habida cuenta que en la fecha del hecho causante de la prestación interesada aún no había entrado en vigor el nuevo texto legal, siendo por lo demás idéntico el tenor del art. 194. 4 del Real Decreto Legislativo 8/2015 y el del art. 137.4 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, en la redacción anterior a la Ley 24/1997, por lo que carece de trascendencia la referida discrepancia.

Razona el Letrado de la Administración de la Seguridad Social que las lesiones que presenta la actora y que se recogen en la sentencia de instancia no son incompatibles con el desempeño de la profesión habitual de la actora por cuanto que no se acredita ni resulta presumible que esta profesión presente requerimientos esenciales que inhabiliten de forma permanente ya que ha quedado demostrado que la actora solo está limitada para esfuerzos físicos intensos o que conlleven estrés síquico o emocional.

Conforme al art. 136 LGSS (RCL 1994 \1825) la invalidez permanente configurada en la acción protectora de la Seguridad Social es de tipo profesional y por ello, para su

debida calificación hay que partir de las lesiones que presenta el beneficiario y ponerlas en relación con su actividad laboral para comprobar las dificultades que provocan en la ejecución de las tareas específicas de su profesión (STCT 8-11-85), y proceder a declarar la invalidez permanente total cuando inhabilitan para desarrollar todas o las más importantes tareas de su profesión habitual, con un mínimo de capacidad o eficacia (TS 26-2-79 [RJ 1979\652]) y con rendimiento económico aprovechable (TCT 26-1-82) y sin que se trate de la mera posibilidad del ejercicio esporádico de una determinada tarea, sino de su realización conforme a las exigencias mínimas de continuidad, dedicación y eficacia (STS 16-2-87 [RJ 1987\869], 6-11-87 [RJ 1987\7831]).”

En el presente caso del inalterado relato fáctico de la sentencia del juzgado cuyo tenor aparece reproducido íntegramente en los antecedentes de hecho, interesa destacar que la demandante que nació en el año 1965, padece “FIBROMIALGIA. DOLOR CRÓNICO MUSCULOESQUELETICO GEN (CIE 9 729.0) LUMBAGO (CIE-9 724.2)” de evolución cronicada y limitaciones orgánicas y funcionales las de “DOLOR MUSCULOESQUELETICO GENERALIZADO NO CONTROLADO CON LA MEDICACIÓN” y conclusiones “Situación condicionante de dificultad para realizar tarea que requiera de esfuerzo físico que no sea ligero o que condicione sobrecarga biomecánica axial, aconsejándose evite estrés psíquico o emocional”. Puestas en relación las limitaciones orgánicas y funcionales que derivan de la patología de la demandante con su profesión habitual de auxiliar administrativa, se ha de concluir que la situación de la misma no es incardinable en el apartado 4 del art. 137 de la Ley General de la Seguridad Social, en su redacción original ya que la fibromialgia y el lumbago que sufre la actora tan solo le impide la realización de tareas que impliquen esfuerzos moderados o intensos, o que conlleven sobrecarga biomecánica axial, teniendo también desaconsejada las situaciones de estrés síquico o emocional. Por otra parte, es de destacar que la sintomatología que se recoge en el hecho probado primero es la que invoca la demandante, que no coincide totalmente con la que se refleja en el informe de síntesis que se plasma en el hecho probado segundo, en el cual se evidencia como principal sintomatología la que deriva de la fibromialgia que padece la actora y que consiste en dolor musculoesquelético generalizado que excepto en los períodos de agudización, no incide en una menor movilidad ni en pérdida de fuerza de sus extremidades superiores ni inferiores, sin que su profesión habitual conlleve la realización de esfuerzos físicos importantes o moderados, ni implique carga mental o estrés que es para lo que la demandante se encuentra limitada, todo lo cual lleva a estimar la censura jurídica deducida en el recurso al considerar no ajustada a derecho la resolución impugnada estimatoria de las pretensiones deducidas por la demandante, la cual no está incapacitada para el desempeño de las fundamentales tareas de auxiliar administrativa, lo que determina la revocación de la resolución recurrida al haber aplicado indebidamente lo establecido en el art. 137.4 de del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, según la redacción vigente antes de la reforma introducida por la Ley 24/1997, vigente por mor de la Disposición Transitoria Quinta.

En cuanto a la pretensión que se ejercita con carácter subsidiario en la demanda se ha de señalar que tampoco se acredita que las dolencias de la actora se traduzcan en una merma en su rendimiento profesional no inferior al 33%, respecto del que es normal ya que, como se ha expuesto, la profesión de la actora es de carácter sedentario, no requiere el empleo de fuerza, ni tampoco la realización de esfuerzos moderados ni mucho menos intensos, y tampoco entraña estrés ni carga mental, ya que su se limita a realizar las tareas administrativas que se le encomienden por lo que su situación tampoco puede encuadrarse en el apartado 3 del art. 137 de la Ley General de la Seguridad Social, en su redacción original, lo que conlleva la desestimación de la demanda, sin perjuicio de que en los períodos de reagudización de su sintomatología dolorosa pueda obtener, en su caso, la correspondiente cobertura mediante la situación de incapacidad temporal.

FALLO

Estimamos el Recurso de Suplicación interpuesto en nombre del Letrado de la Administración de la Seguridad Social, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº Cinco de los de Alicante y su provincia, de fecha 4 de julio de 2016, en virtud de demanda presentada a instancia de D.^a A.M.M.R. contra la Entidad Gestora y, en consecuencia, revocamos la sentencia recurrida y absolvemos a la demandada de los pedimentos deducidos en su contra.

2324

Sentencia núm. 291, de 31 de enero de 2018

Materia: Prestación por desempleo. Trabajador que presta servicios profesionales como abogado en una gestoría. El actor es despedido. Solicitud de prestación por desempleo contributiva. Solicitud de pago único. El actor ejerce como abogado en un juicio durante el periodo de la prestación. Sanción: Extinción de la prestación y devolución cantidades indebidamente percibidas. Proporcionalidad de la sanción. El actor se da de alta en el RETA.

Juzgado: Desestima la demanda y considera ajustada a derecho la extinción de la sanción impuesta al demandante por haber trabajado durante el periodo en que ha percibido la prestación.

Sala: Estima el recurso y revoca la sentencia de instancia. Considera desproporcionada la sanción en tanto que el actor prestó un servicio puntual en un juicio oral fijado con anterioridad al despido del trabajador y de la solicitud de la prestación, si bien materialmente es correcta la aplicación de la extinción de la prestación por incompatibilidad con el ejercicio de actividad por cuenta propia o ajena.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se recurre por la parte demandante la sentencia recaída en la instancia, en materia de desempleo, cuyo fallo desestimó la demanda en que se impugnaban por dicha representación sendas resoluciones del SPEE que imponían la sanción de extinción de la prestación por desempleo, la segunda de ellas en confirmación de la primeramente emitida.

El primer motivo de dicho recurso, que se ampara en el artículo 193 “a” de la LRJS, considera que se han infringido los artículos 48 de la LRJCA al igual que el 143 de la LRJS, en sus apartados del 1º al 4º, así como el artículo 144.4 de dicho texto legal, todo ello puesto en relación con el artículo 24 de la CE.

Argumenta en síntesis que debe declararse la nulidad de la sentencia por haberse admitido como expediente administrativo lo aportado en un procedimiento anterior instado ante juzgado distinto por el propio recurrente, lo que a juicio de este último constituye una desviación procesal.

Pero el motivo debe decaer, pues la circunstancia antedicha no ha supuesto ningún género de indefensión a dicha parte, pues como señala la propia sentencia objeto de recurso, el aludido expediente, aunque iniciado a raíz de formularse demanda ante el Juzgado de lo Social nº 12 contra la denegación de capitalización de pago único de la prestación de desempleo, fue consultado por el hoy recurrente el 23 de noviembre de 2015, y en él figuran los antecedentes que la postre desembocaron en las resoluciones impugnadas en la instancia, de modo que no se puede considerar de una manera razonable conculcado el derecho de defensa.

SEGUNDO.- El segundo motivo, que se ampara en el artículo 193 “b” de la LRJS, señala que en la redacción de los hechos probados existen algunas incorrecciones que son más propias de ser rectificadas por la propia Sala, y que por su naturaleza de errores materiales manifiestos, pueden ser alterados en cualquier momento, reseñando dos de ellos, tanto en el primero como en el segundo hecho probado. No se accede a esta petición, pues en cualquier caso el error lo habrá cometido el órgano de

instancia, y es en este último donde se debería plantear la oportuna petición de rectificación de errores a guisa de aclaración de sentencia.

Entrando de lleno en lo que compete a la Sala, se proponen diversas modificaciones del relato histórico de la sentencia, en primer lugar la ampliación de su primer hecho probado, a fin de que se complete el inciso de este que expresa que la resolución de 17 de enero de 2014, por la que se reconocía al demandante la prestación contributiva de desempleo, cuando fue solicitada el 10 de enero de 2014 se indicaron también, junto con el domicilio, un correo electrónico y dos teléfonos de contacto; respecto el segundo hecho probado se solicita una nueva redacción que añada al citado ordinal cuestiones relacionadas con los cambios de domicilio del actor a efectos de notificaciones, del modo que se plasma en el recurso y con la redacción que se da por reproducida; sigue el recurrente solicitando que al primer párrafo del tercer hecho probado se añada que la Jefatura de la Inspección de Trabajo de Valencia contestó el 1 de julio de 2014 desestimando las alegaciones del parte actora, no constando acuse de recibo de esta resolución, ello en relación al acta de infracción levantada por dicha autoridad, y finalmente, se propone que en el cuarto hecho probado se agregue al primer párrafo de dicho pasaje de la sentencia que cuando se solicitó en 14 de enero de 2014 la capitalización de la prestación por desempleo en la modalidad de pago único se comunicaba el inicio previsible de la actividad correspondiente para el día 15 de enero del citado año.

Aunque los aditamentos expresados se fundan en su mayor parte en documentos obrantes en autos, no se accede a dichas ampliaciones por cuanto no añaden nada relevante para la suerte que debe seguir el recurso, máxime en algún caso, como es lo que se pide respecto al tercer hecho probado, en este apartado consta que se realizó la notificación del acta de infracción a la propia madre del recurrente, que se hallaba en el domicilio que se había fijado para tal, mientras que el inicio de la actividad profesional se refiere a un proceso distinto, con fines distintos de los que ahora se dilucida.

TERCERO.- El extremo del recurso que cuestiona la aplicación del derecho efectuada en la sentencia recurrida, y que se ampara en el artículo 193 “c” de la LRJS, se estructura en tres apartados, el primero en relación con los requisitos relativos a la forma y práctica de las notificaciones administrativas, que a su juicio, conculcan la doctrina jurisprudencial que menciona a continuación y extracta en lo fundamental, indicando acerca del supuesto debatido en autos que el domicilio radicado en la calle del pintor Genaro Lahuerta se puso para recibir notificaciones en relación con la petición de la prestación por desempleo, pero para el expediente sancionador se indicó otro distinto, el profesional, situado en la calle de Cirilo Amorós también de Valencia y más adelante otro distinto en la Gran Vía Marqués del Turia de esta misma ciudad, de modo que la resolución de 24 de julio de 2015 que impuso la sanción de extinción de la prestación mencionada debió ser notificada en este último domicilio y no a través de edictos.

Dichas alegaciones no pueden merecer éxito, puesto que la administración demandada notifica la resolución aludida conforme lo dispuesto en el artículo 59.5 de la Ley 30/92, redactado en este caso por la Ley 15/4, de 16 de septiembre, aplicable en este caso concreto, que prescribe de manera preceptiva que en el supuesto de que no se pueda notificar la resolución en el domicilio que se fijó para dicha actuación, aquel acto se hará por medio de anuncio en el BOE. El hecho de que todas las actuaciones precedentes se hubieran notificado en el primero de los domicilio mencionados, es decir, la vivienda del recurrente, que era la que figuraba en la base de datos de la entidad demandada, invita a considerar que no se retiró el aviso en correos de manera consciente para escudarse en un domicilio distinto, que si bien se había hecho saber con mucha posterioridad, no era el que se había fijado con precedencia, cambiándolo después, y ello de una manera verbal a la inspectora actuante en el procedimiento abierto al efecto.

El motivo sigue exponiendo cuestiones vinculadas al propio procedimiento sancionador, y se citan como infringidos los artículos 18, 18 bs y 21.2 del RD 928/98, de 14 de mayo, el artículo 3.4 del RD 1398/93, de 4 de agosto, y la Ley 30/92, de 26 de noviembre, vigente el momento de la incoación del expediente sancionador que dio lugar a la extinción de la prestación de desempleo, argumentando en síntesis que el expediente aludido no estaba conformado de manera sistemática y ordenada, denunciando ausencia del acuerdo de incoación, y finalmente considera que aquél expediente debe entenderse caducado si se parte de la nulidad de la notificación por edictos de la resolución de sanción.

La circunstancia de que, como líneas arriba se expuso, no se pueda considerar mal notificada, y a través de ese medio supletorio, la resolución de 24 de julio de 2015, supone que no quepa entender caducado el expediente abierto al efecto, en cuanto consta que el acta se levantó el 27 de abril de 2015 y no trascurrieron seis meses, sin que tampoco concurra la prescripción alegada en tanto las infracciones en materia de Empleo y Seguridad Social prescriben a los cuatro años desde la fecha de la infracción, lo que aquí no ha ocurrido tampoco. Y las alegaciones que se realizan respecto supuestas deficiencias en la conformación material del expediente administrativo, si partimos de lo que ya se dijo al comienzo de nuestra resolución, cuando se resolvió lo concerniente a la nulidad de la sentencia recurrida, no se puede considerar que se hubieran omitido las formalidades que prescribe el RD 928/98, sin que se pueda considerar la existencia de indefensión, asumiendo la Sala las conclusiones y razonamientos que plasma la sentencia recurrida al hilo de esta concreta cuestión, de modo que este pasaje del presente motivo tampoco puede prosperar.

CUARTO.- Finalmente, se realizan en este apartado del recurso consideraciones de orden material, esto es, respecto el hecho concreto de la falta imputada, apelándose a la graduación y proporcionalidad atendida la gravedad de aquella y la de la propia sanción impuesta por el SPEE de extinción de la prestación de desempleo.

Los hechos que se describen en la sentencia de instancia, en relación con esta cuestión, se reducen a que la prestación de desempleo inicialmente reconocida por resolución de 17 de enero de 2014 se dejó sin efecto, así como las cantidades efectivamente percibidas en los meses de enero y febrero de dicho año, por un total de 2.065,68 euros, a raíz de comprobarse que el actor y hoy recurrente, letrado en ejercicio, el 15 de enero de 2014 prestó asistencia de dicha naturaleza en un juicio laboral celebrado en el Juzgado de lo Social nº1 de Valencia, tras haber sido despedido el 27 de diciembre de 2013 de una gestoría, y que posteriormente el actor se da de alta en el RETA el 1 de marzo de 2014.

Se alega a esto que sí que se comunicó temporáneamente el hecho de que en esa fecha se iba a actuar en un juicio y que no se pudo dejar de lado la obligación profesional con el cliente pues tal actuación judicial estaba ya prevista con bastante antelación a extinguirse su contrato de trabajo.

Y partiendo de tal conjunción de datos, donde la actuación que se considera incompatible con la prestación de desempleo posteriormente extinguida lo constituye una actuación profesional llevada a cabo por el recurrente el 15 de enero de 2014, que se puede entender muy razonablemente como ineludible, al tratarse de un juicio oral ya señalado con anterioridad al cese del mismo en el trabajo por cuenta ajena que dio lugar al reconocimiento de la prestación de desempleo, que aunque reglada se le reconoció en resolución posterior a dicho juicio, y que la comunicación de inicio de actividad para la fecha antes expresada, aunque es cierto se hizo al parecer con la finalidad de solicitar el abono de la prestación en su modalidad de pago único, también podría ser entendida como dirigida a poner de manifiesto dicha asistencia letrada concreta, lo cual aboga por entender que la decisión del SPEE extinguir la prestación de desempleo, si bien correcta desde un punto de vista material, dada la

incompatibilidad de su percibo con el trabajo por cuenta propia o ajena que prescribe el artículo 26 de la LISOS, en este caso concreto no se ajustaría a unos criterios de proporcionalidad, dado que dicha actuación profesional fue aislada y de corta duración horaria (lo que tarda la celebración de un juicio en un juzgado de lo social), al constatarse que no es hasta el 1 de marzo de 2014 cuando se da de alta en el RETA, de modo que en este momento ya no tendría derecho a seguir percibiendo la prestación citada al incurrir en una clara incompatibilidad, dejando al margen el hecho de que la manifestación de que aquella no fue remunerada carece de respaldo, siendo más bien una manifestación puramente exculpatoria.

En definitiva, deberá estimarse el recurso y revocarse la sentencia, dejando sin efecto las resoluciones combatidas en la demanda, pero manteniendo tan solo el derecho a percibir la prestación de desempleo en el periodo correspondiente a los meses de enero y febrero de 2014.

FALLO

Estimamos el recurso de suplicación formulado por don B.C.M. frente la sentencia del Juzgado de lo Social nº6 de Valencia de 11 de octubre de 2016, recaída en autos sobre desempleo frente al SPEE, y con revocación de la citada resolución declaramos dejar sin efecto las resoluciones impugnadas en el escrito de demanda, y por tanto el derecho de percibir el recurrente la prestación por desempleo en el periodo contraído a enero y febrero de 2014, con los efectos inherentes a dicha declaración.

2325

Sentencia núm. 307, de 31 de enero de 2018

Materia: Minusvalía. Reconocimiento grado. Limitaciones físicas y funcionales. Tras sucesivas valoraciones médicas que da constatado que la actora viene desarrollando afecciones osteodegenerativas. Como reacción a la patología física se ha desarrollado una sintomatología ansioso-depresiva. Revisión grado. Aplicación tablas porcentajes discapacidad. Vulneración RD 1971/1999.

Juzgado: Desestima la demanda, absolviendo a la parte demandada de los pedimentos formulados de contrario. No procede la revisión del grado solicitado.

Sala: Estima parcialmente el recurso reconociendo el derecho de la actora a una declaración de minusvalía con un grado de discapacidad global del 33%, del cual un 30% corresponde a limitaciones de la actividad y un 3% a factores sociales complementarios.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En cuatro motivos se articula el recurso de suplicación entablado por la representación letrada de la parte actora frente a la sentencia de instancia y auto de aclaración de la misma que desestima la demanda sobre reconocimiento del grado de discapacidad, no habiendo sido el recurso impugnado de contrario, conforme se expuso en los antecedentes de hecho.

El primero de los motivos se introduce por el apartado b del art. 193 de la Ley de la Jurisdicción Social (LJS) y pretende la revisión de los hechos declarados probados, mientras que los tres restantes se incardinan en el apartado c del indicado precepto y contienen la censura jurídica de la resolución recurrida.

SEGUNDO.- En el primero de los motivos insta la recurrente la adición de un nuevo hecho probado al final de los que reseña la sentencia que sería el duodécimo y que de prosperar tendría el siguiente tenor: "12.- La tabla 30 del R.D. 1971/99 como normativa aplicable determina directamente la deficiencia de extremidad inferior por alteración de la marcha tal y como determina su título "EXPRESADAS EN PORCENTAJE DE DISCAPACIDAD". Por tanto, la tabla 30 no se combina con la tabla 28. Con la tabla 28 se combina la 29, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 44, 45, 46 y 47 que expresan la DEFICIENCIA únicamente y combinándolas con la tabla 28 da lugar a la discapacidad".

La redacción solicitada que se deduce del capítulo 2 del Anexo IA del RD 1971/1999, no puede ser acogida por cuanto que con la misma se plasma una argumentación jurídica y no un hecho, debiéndose hacer valer a través del cauce del apartado c del art. 193 de la LJS, tal y como por lo demás efectúa la recurrente en el siguiente motivo de recurso.

TERCERO.- En el segundo motivo se denuncia la vulneración del RD 1971/1999 por cuanto que la discapacidad que presenta la demandante por la dolencia de la cadera y que le obliga a llevar bastón para andar se ha de cuantificar conforme a la tabla 30 del capítulo 2 del Anexo IA y no conforme a la tabla 28 que se ha de utilizar solo cuando las deficiencias de la extremidad inferior no expresan directamente el

porcentaje de discapacidad. La censura jurídica expuesta ha de prosperar por cuanto que la dolencia de cadera que padece la demandante y que le obliga a llevar bastón para andar, se encuentra contemplada en la tabla 30 que se refiere a “Deficiencias de la extremidad inferior por alteración de la marcha (expresadas en porcentaje de discapacidad)” y en concreto en las de gravedad moderada, a la que asigna un porcentaje de discapacidad del 20% que es el que solicita la demandante y el que se ha de tener en cuenta, sin acudir a lo establecido en la tabla 28 que por error utiliza la Magistrada “a quo” y que le lleva a reducir el porcentaje de discapacidad al 8% que es incluso inferior al que le asigna la Administración demandada.

CUARTO .- En el tercer motivo del recurso se denuncia la vulneración del RD 1971/1999 por mala aplicación del capítulo 5 de cardiopatías ya que entiende la demandante que debió de reconocérsele por la insuficiencia mitral ligera por prolapso de la válvula anterior de la mitral que le ocasiona palpitaciones ocasionales y estando en tratamiento con enconcor, metformina, alipza y dieta para dislipemia e hiperglucemia en la clase II ya que pese a no ser severa cumple todos los criterios de dicha clase que establece un porcentaje entre el 1 y el 24%.

Del relato fáctico de la sentencia de instancia se evidencia que la actora padece insuficiencia mitral y tricuspidea ligeras, sin ningún dato más, lo que impide que se encuadre la indicada dolencia en la clase 2 dentro de las cardiopatías valvulares ya que para ello se tendría que haber acreditado que la actora mantiene la clase funcional 2 de la N.Y.H.A.(New York Heart Association), a pesar del tratamiento con restricción salina y medicación para impedir el desarrollo de síntomas, pero como no se recoge en el relato fáctico ningún dato sobre las limitación física al ejercicio que presenta la demandante por su insuficiencia cardíaca, resulta inviable el éxito de la censura jurídica deducida por la misma.

QUINTO.- En el último motivo se denuncia la combinación que efectúa la sentencia de instancia en cuanto a los porcentajes de discapacidad de acuerdo con la tabla de valores combinados del RD 1971/1999 ya que entiende la defensa de la recurrente que conforme a los porcentajes de discapacidad que corresponde a las dolencias de la misma (20% por limitación funcional en miembro inferior por osteoartrosis de cadera y 5% por insuficiencia mitral) se llega a la conclusión que la discapacidad de la actora es del 36% que junto con los tres puntos sociales complementarios dan un porcentaje del 39% que es el que se reclama, en lugar del reconocido en sentencia.

En primer lugar se ha de señalar cuáles son los porcentajes de discapacidad reconocidos a la actora y que son los siguientes: 20% por la prótesis de cadera al ser dicho porcentaje el que le corresponde según lo manifestado en el fundamento de derecho segundo, 7% por la limitación funcional de la columna por trastorno del disco intervertebral que es el que le reconoce la Administración demandada (hecho probado séptimo de la sentencia aclarado por Auto) y 5% por la artropatía que también le reconoce la Administración demandada (hecho probado séptimo de la sentencia aclarado por Auto).

Si acudimos a la tabla de valores combinados del RD 1971/1999 tenemos que combinando el porcentaje del 20% con el del 7% obtenemos un porcentaje del 26% y combinando este último con el porcentaje del 5% obtenemos un porcentaje del 30% que sumados a los tres puntos por factores sociales complementarios, arroja un porcentaje de discapacidad del 33%, en lugar del 28% que le reconoce la Conselleria demandada y confirma la sentencia.

Las consideraciones jurídicas expuestas determinan la estimación parcial del recurso de suplicación y la revocación de la sentencia de instancia para estimar

parcialmente la demanda y reconocer a la demandante un porcentaje de discapacidad global del 33%.

FALLO

Estimamos parcialmente el Recurso de Suplicación interpuesto en nombre de D.^a N.J.O.M., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social n.º. Diecisiete de los de Valencia y su provincia, de fecha 21 de enero de 2016, en virtud de demanda presentada a su instancia contra la CONSELLERÍA DE BIENESTAR SOCIAL DE LA GENERALIDAD VALENCIANA y revocamos la sentencia indicada, estimando parcialmente la demanda y reconociendo a la demandante un grado de discapacidad del 33% del que el porcentaje del 30% corresponde a limitaciones de la actividad y 3 puntos por factores sociales complementarios, condenando a la demandada a estar y pasar por dicha declaración.

2326

Sentencia núm. 325, de 1 de febrero de 2018

Materia: Prestación por desempleo. Trabajadora que viene percibiendo prestación renta activa de inserción y a la que se le ofrece un puesto de trabajo de empresa dedicada al sector de la hostelería. La empresa recibe una inspección levantándose acta de infracción. Infracción grave: Sanción a la trabajadora. Extinción de la prestación o subsidio de desempleo. Devolución cantidades y pérdida de ayudas y bonificaciones. Presunción de certeza actas de infracción de la Inspección de Trabajo

Juzgado: Desestima la demanda, procediendo la extinción de la prestación concedida y el reintegro de las cantidades indebidamente percibidas.

Sala: Desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia. La trabajadora debería haber comunicado su incorporación al puesto de trabajo. Procede la sanción impuesta y la pérdida de las bonificaciones y ayudas de la prestación.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Frente a la sentencia de instancia que partiendo de la Presunción de veracidad de las Actas levantadas por la Inspección de Trabajo, y de la contradicción evidente entre lo que en dicha Acta consta y el documento privado aportado por la propia trabajadora de encontrarse en ese momento en otra empresa, desestima su demanda, recurre la actora en suplicación al amparo de los establecido en los apartados b) y c) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

En el primero de los motivos, por el que pretende revisar los hechos probados de la sentencia de instancia, se señala que la sentencia de instancia se limita a aceptar la versión ofrecida por la Inspección de Trabajo sin valorar lo documentos números 1 y 2 de los apartados por la misma que acreditan que el Sr F. rechazó la contratación de la actora, y que la empresa X. ha señalado que a la misma hora en que los funcionarios actuantes señalan que se encontraba en el bar del Sr F. en C., en realidad estaba en san Vicente del Raspeig haciendo una entrevista de trabajo, documental que no fue impugnada, por ello solicita que se señale que no se ha acreditado que en la inspección llevada a cabo el día 31 de mayo del 2014 estuviera la actora trabajando en el local del Sr F.

Sin embargo, no procede aceptar dicha revisión fáctica, pues aunque la misma se apoya en un medio de prueba documental, resulta absolutamente contradictoria con otros medios de prueba practicados y valorados en el juicio oral. Por ello es de plena aplicación la doctrina judicial que señala que “la denuncia del error de hecho no puede ser atendida, sin la concurrencia de los siguientes requisitos: a) Que se concrete con claridad y precisión el hecho que haya sido negado u omitido en el relato fáctico (no basta mostrar la disconformidad con el conjunto de ellos). b) Que tal hecho resulte de forma clara, patente y directa de la prueba documental o pericial obrante en autos, sin necesidad de argumentaciones o conjeturas (no es suficiente una genérica remisión a la prueba documental practicada). c) Que se ofrezca el texto concreto a figurar en la narración que se tilda de equivocada, bien sustituyendo o suprimiendo alguno de sus puntos, bien complementándolos. d) Que tal hecho tenga trascendencia para modificar el fallo de instancia (SSTS 02/06/92 -rec. 1959/91 -... 17/01/11 -rco 75/10 -; 18/01/11 -rco 98/09 -; y 20/01/11 -rco 93/10 -, 17/05/11 -rco.147/10- o 13/2/2013 -rcol170/11)“.Y que para apreciarlo, tiene dicho la jurisprudencia, es imprescindible que se desprenda objetivamente de documentos obrantes en autos o pericias efectuadas en la instancia,

sin conjeturas, hipótesis o razonamientos subjetivos, todo esto sin perjuicio de ciertos supuestos excepcionales. Esos requisitos conducen a una línea jurisprudencial según la cual el error debe derivarse inequívocamente de pruebas singulares y tasadas, no concurriendo otras que puedan ponerlas en contradicción". Y eso es precisamente lo que ocurre en el presente supuesto en el que tal documento se contradice con las declaraciones de personas que estaban en el momento de la visita de la Inspección, como el propio empresario, concurriendo dos funcionarios de la Inspección, cuyas declaraciones, tienen un valor excepcional, como luego se dirá.

SEGUNDO.- Como infracciones sustantivas se señala la de los arts 47.1 c) y 47.3 del RD Legislativo 572000, pues considera la parte recurrente que no se ha cometido infracción alguna, o, en otro caso, debió valorarse como leve.

Pues bien, lo señalado por la parte recurrente se contradice de forma directa con el contenido del Acta levantada por la Inspección de Trabajo, en la que consta lo que los actuantes inspectora y subinspector de trabajo identificados en la citada Acta manifiestan que el día de la vista encuentran a la ahora recurrente secando la vajilla en el local señalado, la cual les manifiesta que acaba de empezar a trabajar y que esta de prueba.

Tales manifestaciones, constituyen claramente hechos observados de forma directa por los funcionarios presentes. Y aunque se acepta comúnmente la razonabilidad de la presunción legal de certeza establecida en favor de las actas emitidas por la Inspección de Trabajo en los términos fijados por el art. 53.2 del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, tampoco se cuestiona que esa presunción tiene impuestos unos límites que condicionan tanto su eficacia como su alcance. La doctrina establecida a este respecto aparece expuesta con claridad en la jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, en relación a los límites que abarca la repetida presunción; las sentencias de 25 de octubre de 1988 (RJ 1988, 7867), 25 de mayo de 1990 (RJ 1990, 3762) y 18 de marzo de 1991 (RJ 1991, 3183) declaran que aquélla sólo comprende los hechos, sin alcanzar a las simples apreciaciones globales, juicios de valor o calificaciones jurídicas del inspector actuante. Y en cuanto a los presupuestos que deben concurrir para que la referida presunción despliegue su eficacia, las sentencias de 24 de junio de 1991 (RJ 1991, 7578), 15 de septiembre de 1992 (RJ 1992, 7512), 30 de septiembre de 1992 (RJ 1992, 7282), 8 de febrero de 1994 y 6 de mayo de 1996 (RJ 1996, 4107) indican que tales hechos son aquellos que por su objetividad son susceptibles de percepción directa por el inspector, los inmediatamente deducibles de aquéllos o los acreditados por medios de prueba consignados en la propia acta. Por el contrario, no es posible aplicar la presunción de certeza si ha faltado auténtica base de comprobación de datos o los ofrecidos han sido insuficientemente acreditados; en tal caso, decae el presupuesto adecuado para la traslación de la carga probatoria al sujeto sancionado, quedando éste eximido de acreditar la inexactitud del acta, salvo que existan contra él otros medios probatorios de cargo o haya admitido explícita o implícitamente los hechos en función de los cuales se sanciona. Por tanto, tal presunción no excluye su control judicial.

Pero en el caso analizado no hay base alguna para rechazar la citada presunción, pues, como se ha dicho se trata de datos observados de manera directa y personal por dichos funcionarios, sobre los que no cabe duda alguna, y que están apoyados por las manifestaciones del propio empresario, presente en la visita de inspección.

Y en cuanto a la valoración de la infracción imputada a la trabajadora, habiendo quedado acreditado que la misma estaba cobrando el RAI a la fecha en que trabajaba en la empresa de A.F., enviada por el propio Servef, no había comunicado su incorporación al trabajo, habiendo sido enviada únicamente para presentarse al

indicado señor, a fin de que este decidiera emplearla o no, lo que tenía que haber comunicado caso de ser afirmativa la respuesta empresarial. Y dado que la infracción se encuentra correctamente tipificada, no procede más que aceptar las consecuencias ligadas a la misma, sin que quepa modificar su gravedad.

Por todo lo cual procede desestimar el recurso confirmando la sentencia de la instancia.

TERCERO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 235.1 LRJS, en relación con el artículo 2.d) de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita, no procede la imposición de costas al gozar el recurrente del beneficio de justicia gratuita, a la vista del ámbito de aplicación personal de dicha ley que establece: “En los términos y con el alcance previstos en esta Ley y en los tratados y convenios internacionales sobre la materia en los que España sea parte, tendrán derecho a la asistencia jurídica gratuita:...d) En el orden jurisdiccional social, además, los trabajadores y beneficiarios del sistema de Seguridad Social(...)

FALLO

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de DOÑA M.A.G.C., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº. CINCO de los de ALICANTE, de fecha 3 de diciembre del 2015; y, en consecuencia, confirmamos la resolución recurrida.

Sin costas.

2327

Sentencia núm. 338, de 1 de febrero de 2018

Materia: Prestación por cese de actividad. Trabajador afiliado al RETA que tiene concertada prestaciones en mutua codemandada. El actor solicita prestación por cese de actividad alegando motivos económicos, técnicos, o productivos organizativos. Pérdidas económicas derivadas del ejercicio de su actividad superiores a las legalmente previstas. El actor se ha dado de baja en el RETA. Desestimación de la prestación al no adjuntar en la declaración jurada unos ingresos como consecuencia de un periodo de incapacidad temporal por contingencias comunes. Consideración del subsidio por IT como ingreso computable a efectos de determinar las pérdidas en relación a la renta por desempleo. Normativa jurisprudencial.

Juzgado: Desestima la demanda absolviendo a los demandados de todos los pedimentos deducidos en la demanda contra ellos. El trabajador no tiene derecho a la prestación solicitada puesto que debería haber computado los ingresos por IT, minorando las pérdidas que dan derecho a la prestación.

Sala: Estima el recurso y revoca la sentencia de instancia. El actor tiene derecho a la prestación por cese de autónomos ya que sus pérdidas superan el límite legal establecido que da derecho a la prestación, no debiéndose computar los ingresos derivados del periodo de IT a la hora de conceder la prestación.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. El presente recurso se estructura en tres motivos formulados respectivamente con amparo procesal en los apartados a, b y c del artículo 193 de la LRJS. En el primer y segundo motivo la parte recurrente denuncia la infracción de normas y garantías procesales y solicita la revisión de hechos probados, pero lo hace a los solos efectos formales pues ninguno de los dos motivos se ajusta a las formalidades y previsiones de las normas procesales en las que pretende ampararse. En ambos motivos viene a reproducir el debate jurídico que se produce en la instancia, sin que exista controversia alguna sobre el relato fáctico de la sentencia y sin que se cite norma o garantía procesal infringida. En el motivo tercero el actor plantea por el cauce procesal adecuado la cuestión jurídica que debe centrar la resolución de este recurso de suplicación. Así desestimados los dos primeros motivos del recurso por cuestiones formales evidentes procedemos a resolver el último de los motivos formulado y en el que se denuncia la infracción de lo dispuesto en la Ley 32/2010 de 5 de agosto, así como la interpretación que de la citada norma hace la STSJ de Castilla y León de 9 de marzo de 2016 en el recurso 97/2016. (Sala de Valladolid).

2. La cuestión se concreta en determinar si para tener derecho a la prestación por cese de actividad de trabajadores autónomos en caso de pérdidas superiores a las legalmente previstas, ha de computarse o no como ingreso el subsidio de incapacidad temporal, percibido durante el periodo en el que se producen las pérdidas alegadas. La muta considera que este ingreso debió computarse al estar incluido en el artículo 17 de la LIRPF como rendimiento del trabajo, y en base a este argumento rechaza el reconocimiento del derecho a la prestación solicitada. Frente a esta resolución la parte actora considera que a tenor de la norma aplicada (artículo 5 de la Ley 32/2010) las pérdidas computables a la hora de definir la situación legal de cese de actividad deben calcularse sobre las bases de la legislación contable y de rendimiento empresarial. La sentencia de la Sala de Valladolid aportada por la recurrente hace un estudio pormenorizado de la norma aplicada, cuyo contenido damos por reproducido a

efectos de la presente. Entendemos que en la línea argumental mantenida por la misma y seguida por esta misma Sala en nuestra sentencia de 22 de junio de 2017, recurso 2267/2016, la prestación o subsidio de IT no puede considerarse un ingreso computable a efectos de determinar las pérdidas en relación a la renta por desempleo.

3. En el caso que nos ocupa se acreditan unas pérdidas superiores al 30% correspondientes al año 2011 (hecho probado segundo) sin que el actor tuviera obligación tal y como alegó la entidad colaboradora de incluir para su cálculo lo percibido por la prestación de Incapacidad temporal durante el citado ejercicio, en consecuencia, el actor se encontraba en situación legal y tenía derecho a percibir la prestación por cese y por lo tanto el recurso debe ser estimado.

SEGUNDO.- De acuerdo con lo establecido en el artículo 235 de la LRJS no procede la condena en costas.

Por todo lo expuesto,

FALLAMOS

Estimamos el recurso formulado por la representación procesal de DON J.E.M.G. contra la sentencia dictada el 27 de junio de 2016 por el Juzgado de lo Social número 1 de los de Alicante y en consecuencia revocamos la resolución recurrida y con estimación de la demanda incitadora de las presentes actuaciones reconocemos el derecho del actor a percibir la prestación por cese de actividad para autónomos, con base reguladora de 909'73 € y porcentaje y fecha de efectos reglamentarios.

2328

Sentencia núm. 373, de 6 de febrero de 2018

Materia: Reconocimiento de derecho: Cuidadores no profesionales. Régimen jurídico aplicable a la prestación de servicios. La actora suscribe un convenio especial con la seguridad social como cuidadora no profesional por cuidado de persona dependiente con un grado de discapacidad reconocido del 79%. La actora queda en situación asimilada al alta en el RGSS, a efectos de prestación de jubilación, incapacidad, muerte y supervivencia. La actora solicita fraude en la contratación del convenio especial y que se declare su relación como laboral.

Juzgado: Desestima la demanda declarando inexistente la relación laboral de la actora. El objeto del contrato de la prestación de servicios es el cuidado de persona dependiente quedando excluido del ámbito de la relación laboral especial de empleados del hogar la de los cuidadores no profesionales.

Sala: Desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia. La sentencia de instancia ha aplicado correctamente la normativa citada como infringida.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia de instancia, no obstante apreciar la falta de acción al considerar que la entablada carece de interés directo, actual y concreto, sino que viene referido a eventuales proyecciones de futuro, entra a conocer del fondo de la pretensión declarativa, y concluye que no habiendo existido fraude en la suscripción del convenio especial para cuidadores no profesionales suscrito por la actora, y estimando inexistente la pretendida relación laboral de empleada de hogar, desestima la demanda.

Y contra ese pronunciamiento recurre la actora en suplicación, al amparo del apartado c) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS), a través de los siguientes tres motivos:

1.- Por infracción de la doctrina contenida en la STC 71/1991 por vulneración de la tutela judicial efectiva, pues entiende que sí existe interés en la acción declarativa ejercitada, pues además de dicho reconocimiento se pretendía la obligación de los herederos del Sr P. a cotizar conforme al régimen aplicable, por lo que aun habiéndose desacomulado tal pretensión, el resultado de la acción declarativa puede tener influencia decisiva sobre otras actuaciones judiciales pendientes.

2.- Por vulneración del art 1 del RD 615/2007 que regula la Seguridad Social de los cuidadores no profesionales de personas dependientes, e infracción por inaplicación del art 12 del RD/717/2007 que establece los requisitos para la realización de las funciones de cuidador.

3.- Por infracción de lo previsto en el RD 1424/1985 que regula la relación laboral especial del personal al servicio del Hogar familiar, que era la norma vigente al tiempo de los servicios prestados por la actora.

Por todo lo cual solicita se declare la naturaleza laboral de la prestación de servicios, y que sus circunstancias eran las de jornada completa e indefinida.

SEGUNDO.- Sin embargo estima la Sala, atendiendo a la normativa citada por la propia sentencia de instancia, en su resolución de fondo, que el objeto del contrato de prestación de servicios de la relación existente entre las partes era el cuidado de la persona dependiente, Sr J., que tenía un grado de dependencia del 79% y cuyo régimen jurídico encuentra amparo en la Ley de dependencia y no en el Estatuto de los Trabajadores, por lo que no existe relación laboral. Y ello porque, a diferencia de lo indica la parte recurrente el actual Real Decreto 36/2011 de 10 de octubre en su artículo 2.d excluye del ámbito de la relación laboral especial de empleados del hogar la de los cuidadores no profesionales, al igual que se entendía excluido con la normativa anterior, consistente en la atención prestada a personas en situación de dependencia en su domicilio, por personas de la familia o de su entorno, no vinculadas a un servicio de atención profesionalizada, de acuerdo con la Ley 39/2006, 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia.

La relación que las partes articulan a partir del inicio de la prestación de servicios, en fecha 26 de Junio del 2009, es un relación de cuidadora no profesional de persona dependiente, y lo es porque en ella concurren las notas que la definen y porque así lo constata y declara la autoridad administrativa correspondiente, en este caso a través de la resolución del Secretario Autonómico de Autonomía Personal y Dependencia, que aprueba una ayuda al Sr P. para el año 2009 y reconoce a la actora la condición de cuidadora no profesional. Esta declaración despliega sus efectos, fundamentalmente a nivel asistencial. La relación que las partes constituyen a partir de la declaración administrativa y la suscripción del correspondiente convenio especial, no queda desvirtuada por la inexistencia de vínculo parental o consanguíneo en la persona designada, ya que en lo misma solicitud se hace constar que pertenece al entorno del dependiente, no que sea pariente del mismo, requisito que está previsto alternativamente al parentesco, por lo cual se le reconoció la condición de cuidadora y los derechos derivados de la misma, que efectivamente cesan en el momento que esta deja de prestar el cuidado efectivo, de acuerdo con la cláusula 3. E del convenio especial de cuidadores no profesionales.

Por ello, en el presente caso y a tenor de los hechos declarados probados que resultan vinculantes para esta Sala, al no haber sido objeto de controversia, la relación que las partes mantuvieron entre el 26 de junio del 2009 hasta el 18 de Julio del 2012 en que las partes firman un documento dando por finalizada la relación, al pasar la hija del dependiente a cuidar de su padre, era una relación especial de cuidados no profesionales de la persona dependiente. En su acreditación consta, no solo un acuerdo expreso entre las partes para que la actora asumiera dentro del entorno familiar, la condición de cuidadora no profesional de persona dependiente, sino que dicho acuerdo fue aprobado mediante resolución administrativa que corrobora la concurrencia de los requisitos e idoneidad de la persona designada. Y en base a lo anterior se cursó el alta en el convenio especial se cuidadores no profesionales.

Además, consta acreditado, y no se ha suscitado tampoco controversia respecto de las funciones desempeñadas por la actora, el que ésta se dedicó a prestar asistencia a la persona dependiente y que esta asistencia era su ocupación desde la declaración administrativa que así la designaba como tal.

Por ello, no existiendo base alguna para determinar que la naturaleza de los servicios que prestaba eran distintos a los de una cuidadora no profesional, la conclusión que procede es la de estimar que la sentencia de instancia ha aplicado correctamente la normativa citada como infringida, por lo que procede el rechazo del recurso y la íntegra confirmación de la sentencia de la instancia.

TERCERO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 235.1 LRJS, en relación con el artículo 2.d) de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita, no procede la imposición de costas al gozar el recurrente del beneficio de justicia gratuita, a la vista del ámbito de aplicación personal de dicha ley que establece: “En los términos y con el alcance previstos en esta Ley y en los tratados y convenios internacionales sobre la materia en los que España sea parte, tendrán derecho a la asistencia jurídica gratuita:...d) En el orden jurisdiccional social, además, los trabajadores y beneficiarios del sistema de Seguridad Social(...).

FALLO

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de DOÑA D.M.G., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº. SIETE de los de ALICANTE, de fecha 19 de septiembre del 2016; y, en consecuencia, confirmamos la resolución recurrida.

Sin costas.

2329

Sentencia núm. 405, de 6 de febrero de 2018

Materia: Recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad. Trabajador con contrato de trabajo temporal. El actor tiene reconocida una discapacidad del 34%. El demandante sufre un accidente de trabajo al manipular la carga por rotura de uno de los flejes de sujeción. El actor solicita recargo a la empresa por falta de medidas de seguridad. Se alega falta de formación teórica y práctica suficiente en materia preventiva. La empresa cuenta con evaluación de riesgos y planificación preventiva.

Juzgado: Desestima la demanda, absolviendo a los demandados de las pretensiones formuladas en su contra. No procede sancionar a la empresa con el recargo.

Sala: Desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia. No han quedado acreditadas deficiencias preventivas que guarden relación directa con el accidente sufrido por el trabajador. Además, el actor recolocó la carga por sí mismo, sin tener obligación de ello, pudiéndose haber servido de medios mecánicos.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Frente a la sentencia de instancia que desestimó la demanda y absolvió a las partes demandadas de las pretensiones formuladas en su contra, interpone recurso de suplicación la parte actora, siendo impugnado el recurso por la parte demandada, 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 la adición de un nuevo hecho probado con el ordinal decimocuarto reproduciendo en su texto parte del acta de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social de Valencia, obrante a los folios 158 a 160 de los autos, si bien se adiciona una conclusión en la que se indica “por lo que no existe una formación teórica y práctica suficiente y adecuada en materia preventiva”, y esta párrafo no puede figurar en los hechos probados al tratarse de una valoración jurídica efectuada por la parte recurrente y predeterminante del fallo. Pero el resto del texto que se pretende introducir como hecho nuevo tampoco puede alcanzar éxito ya que se ampara en el Informe de la Inspección de Trabajo y ese mismo documento ya ha sido valorado por el Juzgador de instancia que lo reproduce en parte en su fundamentación jurídica, de lo que resulta que se basa la revisión fáctica en el mismo documento que ha servido de base a la sentencia que se recurre, y es doctrina reiterada que no pueden ser combatidos los hechos declarados probados si han sido obtenidos por el Magistrado del mismo documento en que la parte pretende amparar el recurso. Sin olvidar que incumbe al Juzgador “a quo” la misión de fijar los hechos declarados probados con libertad de convicción, según todo lo actuado y el conjunto de pruebas practicadas.

SEGUNDO.- Con adecuado amparo procesal se solicita la adición de un nuevo hecho probado con el ordinal decimoquinto en el sentido que se indica en el texto que transcribe en su escrito de recurso, pero dado que se basa tal adición en la confesión del legal representante de la empresa, y el artículo 193 b) de la LRJS tan solo permite la revisión fáctica en el recurso de suplicación al amparo de la prueba documental o pericial y no la propuesta por la parte recurrente, la adición no puede ser aceptada.

TERCERO.- 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 artículo 164.1 de la nueva Ley

General de la Seguridad Social, alegando que el deber de protección del empresario es incondicionado y prácticamente ilimitado en materia de recargo de prestaciones por accidente de trabajo, alegando, en síntesis, que no existía implantación de la actividad preventiva en la empresa, ni se había formado ni informado al trabajador en materia de prevención de riesgos laborales, sin que la empresa suministrara al trabajador maquinaria para resolver eventos durante el viaje con la mercancía, incumpliendo el articulado de la LPRL. Y solicita recargo de las prestaciones por falta de medidas de seguridad en un grado del 30% atendidas las graves faltas de medidas de seguridad.

La parte recurrente alude al artículo 164.1 de la nueva Ley General de la Seguridad Social en su escrito de recurso, precepto no vigente al tiempo del accidente, que lo era el art. 123 de la LGSS, que es el que rige en este supuesto la controversia. Sin que atendido el contenido de ambos preceptos resulte trascendente como pretende la parte impugnante del recurso la cita del nuevo artículo de la LGSS. Con independencia de lo anterior, para la adecuada resolución de la presente controversia debe estarse a los hechos declarados probados tanto los debidamente asentados en la premisa histórica como a los establecidos en la fundamentación jurídica de la sentencia de instancia con valor factico. El trabajador demandante prestaba sus servicios para la empresa demandada dedicada a la actividad de transporte de mercancías por carretera y servicios de mudanza y tenía la categoría profesional de conductor de camión, y venía trabajando para la empresa desde el 15 de mayo de 2007. El accidente de trabajo se produjo el día 14 de septiembre de 2009, por la rotura de uno de los flejes de sujeción de la carga durante su manipulación dentro del camión. El trabajador accidentado una vez finalizada la descarga se dispuso a reubicar los palets restantes en el camión, para lo cual procedió a tirar de los flejes que los sujetaban con el objeto de recolocar la carga. Al tirar de uno de los flejes, este se rompió, lo que provocó la caída al suelo del trabajador. La carga del camión se efectuó el 11 de septiembre en la localidad de Agullent. Una de las descargas se hizo en la empresa T.G. S.L., en las instalaciones de Montcada i Reixac. La carga de la mercancía en el remolque del camión se lleva a cabo habitualmente en la empresa de origen, por el personal de dicha empresa, y se descarga en la empresa de destino, por el personal de la empresa de destino. Los flejes para sujetar la carga se colocan en origen. La distribución y organización de la carga ha de supervisarse por el conductor y repartirse en función del destino, distribuyéndose de forma equilibrada en el interior del camión. Los palets que se transportan oscilan entre 500 y 1000 kg. La descarga de la mercancía puede hacerse por la parte lateral o la trasera. Si hay muelle de descarga, se baja la mercancía con un torito. Si no lo hay, se hace lateralmente, se abre el toldo, se abre la puerta, se quita la madera y se saca la mercancía con el torito. La empresa T.G. S.L., donde el trabajador demandante tenía que hacer la descarga de mercancías, sita en Montcada i Reixac contaba en la fecha del accidente con carretilla elevadora (torito) como transpaleta. La empresa demandada cuenta con evaluación de riesgos laborales y planificación preventiva de fecha 23 de marzo de 2005 por el servicio de prevención P.S.P.R. S.L. En la evaluación de riesgos se recoge el riesgo de quedar atrapado bajo material, señala el revisar los elementos de sujeción de la carga, debiendo revisar eslingas, cables y ganchos utilizados en el transporte de la carga, debiendo sustituir aquellos que no ofrezcan garantías, al no ser de uso infinito.

En el dictamen propuesta del EVI de 20 de mayo de 2014 se determinó que no ha quedado debidamente acreditada la falta de adopción de medidas de seguridad e higiene como causa del accidente de trabajo sufrido por el trabajador, sin efectuar propuesta de recargo alguno. El Consorcio de Trabajo y Seguridad Social emitió informe sobre accidente en el que indica que no se observan deficiencias en materia preventiva, además de las ya sancionadas anteriormente por la inspección de trabajo, por lo que no procede levantar acta de infracción ni recargo de prestaciones al considerar la inspectora actuante, que no se han podido constatar que fuese debido a deficiencias en la gestión de la prevención de riesgos laborales imputables a la empresa.

Como es conocido el recargo de prestaciones económicas por falta de medidas de seguridad que recoge el art. 123 de la LGSS no es de tipo objetivo, ni puede imputarse a la empresa en todo caso de accidente, incluso en todo caso de omisión de medidas de seguridad, sino que es una responsabilidad subjetiva que ha de ser imputada a la empresa por la vía de la culpabilidad. Y atendido su aspecto sancionador el recargo se interpreta de modo restrictivo, aunque no sea una propia sanción, pero, además, aunque exista infracción, no hay recargo si la infracción no es la causa directa del accidente, relación de causalidad que ha de probarse y ser examinada en cada caso concreto y según sus propias circunstancias.

En el presente supuesto debe tenerse en cuenta las circunstancias que concurren, así la empresa contaba con evaluación de riesgos laborales y planificación preventiva por el servicio de la empresa P.S.P.R. S.L., el trabajador contaba con cierta antigüedad en la empresa (más de dos años de antigüedad) y experiencia en la realización de su trabajo, existían medios mecánicos para movilizar la carga dentro del camión, lo cual se llevaba a cabo habitualmente en la empresa de origen, por el personal de dicha empresa y se descargaba en la empresa de destino por el personal de la empresa de destino. Los flejes para sujetar la carga se colocaban en origen. La distribución y organización de la carga debía supervisarse por el conductor y repartirse en función del destino, distribuyéndose de forma equilibrada en el interior del camión, siendo este cometido laboral establecido en el Convenio Colectivo de Transporte de Mercancías por Carretera de la provincia de Valencia, en relación con las tareas propias de la categoría profesional de conductor mecánico. La empresa T.G. S.L., donde el trabajador demandante tenía que hacer la descarga de mercancías, estaba sita en Montcada i Reixac y contaba en la fecha del accidente con carretilla elevadora (torito) como transpaleta. Existían medios mecánicos para movilizar la carga dentro del camión, pero tal y como se establece en la sentencia impugnada la movilización de la carga dentro del camión no debe realizarse sino que ha de organizarse la carga desde su origen de forma equilibrada dentro del camión, lo que ha de ser supervisado por el conductor y no consta que el actor tuviera obligación por sí mismo de recolocar la carga en el interior del camión, pudiendo haberse auxiliado de los medios mecánicos de la empresa en que se hizo la descarga, medios que además son manejados por personal de la empresa de destino de la mercancía.

La empresa demandada cuenta con evaluación de riesgos laborales y planificación preventiva de fecha 23 de marzo de 2005 por el servicio de prevención P.S.P.R. S.L. En la evaluación de riesgos se recoge el riesgo de quedar atrapado bajo material, señala el revisar los elementos de sujeción de la carga, debiendo revisar eslingas, cables y ganchos utilizados en el transporte de la carga, debiendo sustituir aquellos que no ofrezcan garantías, al no ser de uso infinito.

En el presente supuesto el trabajador accidentado tenía experiencia en la realización de su trabajo, conocía su cometido y la empresa demandada disponía de medidas de seguridad y prevención de riesgos, y no se acredita que se haya infringido medida alguna de seguridad por parte empresarial, el hecho de que por la Inspección de Trabajo se indica de que estudiada la documentación de planificación preventiva, se compruebe que la empresa no ha cumplido la obligación de planificación de la actividad preventiva de acuerdo con la evaluación de los riesgos laborales existentes en la misma, debiendo identificar las medidas preventivas a adoptar con un orden de prioridad, planificando su desarrollo con unos plazos determinados, no acreditando además la ejecución de dichas medidas y el control de eficacia una vez adoptadas, ya que la planificación está incompleta, no significa que exista ausencia de medidas de seguridad o ausencia de prevención de riesgos, sino falta de adecuación de la planificación de la actividad preventiva a la evaluación de riesgos, como establece la sentencia impugnada, que recoge que ni el Equipo de Valoración de Incapacidades del INSS, ni el INVASSAT aprecian deficiencias en materia preventiva que guarden relación directa con el accidente y tampoco se acredita que se haya infringido norma

alguna, ni que tal obligación de planificación de la actividad preventiva tenga incidencia en la causación del accidente laboral producido, faltando la imprescindible relación de causalidad entre la infracción inexistente y la ausencia de planificación respecto del accidente, porque éste se produce sobre todo como primera causa eficiente por la conducta del trabajador, que no consta tuviera obligación, por sí mismo, de recolocar la carga en el interior del camión, e intento movilizar la carga dentro del camión sin acudir a los medios mecánicos de la empresa en la que se llevó a cabo la descarga, medios que además eran manejados por el personal de la empresa de destino de la mercancía. Por todo ello el recurso de la parte actora debe ser desestimado y confirmada la sentencia impugnada.

FALLO

Que debemos desestimar y desestimamos el Recurso de Suplicación interpuesto en nombre de J-P-B. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 17 de Valencia en fecha 14 de septiembre de 2016 en el procedimiento ordinario 1021/14, y en consecuencia debemos confirmar y confirmamos la sentencia recurrida.

2330

Sentencia núm. 424, de 6 de febrero de 2018

Materia: Despido. Extinción de la relación laboral por causas objetivas: Razones técnicas y productivas. Subrogación de empresas. Amortización de puesto de trabajo. El actor solicita la improcedencia del despido alegando su posible reubicación en la nueva empresa. Compañeras reubicadas. Asimismo, solicita la nulidad del despido por discriminación retributiva indirecta.

Juzgado: Desestima la demanda, absolviendo a la entidad empleadora demandada de todos los pedimentos accionados en su contra, confirmando la procedencia de la extinción contractual. Se encuentra justificada la amortización del puesto de trabajo del demandante.

Sala: Desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia. Procede la amortización del puesto de trabajo y no existe discriminación remunerativa, al serle aplicable al trabajador en la nueva entidad el mismo convenio colectivo que regía en la anterior empresa.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Al amparo del apartado c del art. 193 de la Ley de la Jurisdicción Social (LJS) se formula el único motivo del recurso de suplicación entablado por la representación letrada de la parte actora frente a la sentencia del Juzgado de lo Social nº Diecisiete de los de Valencia que desestima la demanda sobre impugnación de despido objetivo por causas organizativas y productivas y sobre reclamación de diferencias salariales, no habiendo sido impugnado el recurso de contrario, conforme se refirió en los antecedentes de hecho.

El indicado motivo consta de dos apartados. En el primero de ellos se denuncia la infracción de los artículos 52.1.c), 53.1), 53.4.b) del ET y 122.2.d) LJS por tratarse el despido de actor de un despido sin causa. También se alega la inaplicación de la Disposición Adicional decimosexta ET sobre aplicación del despido por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción en el sector público.

Razona la defensa de la parte actora que del inalterado relato fáctico de la sentencia de instancia se desprende que desde que el demandante fue trasladado a la sede de V., con efectos de 1-7-2015 y hasta la fecha de su despido (4-11-16), compatibilizó las tareas de Jefe de Ventas de las plantas de residuos procedentes de la extinta R. (Alicante, Náquera y Chiva) con las propias del Departamento de Residuos de V., por lo que no es cierto que el puesto de trabajo desempeñado por el actor careciera de contenido, aduciendo además que las otras dos compañeras de trabajo del actor que procedentes de R. pasaron también a prestar servicios en la sede de V., han seguido con su relación laboral, sin acreditarse que las mismas tuvieran un mejor derecho.

Como señala correctamente la defensa letrada de la parte actora para dilucidar si existen o no las causas organizativas y productivas alegadas en la carta de despido objetivo del demandante se ha de estar al inalterado relato fáctico de la sentencia de instancia, así como a las afirmaciones de hechos que se contienen en la fundamentación jurídica de aquella. De los mismos se constata que:

-El demandante Sr. J.J.R.C. ha venido prestando servicios por cuenta y orden de la entidad empleadora V., dedicada al aprovechamiento energético de residuos; con

antigüedad desde 8 septiembre 2011; con contrato indefinido concertado a tiempo completo; con categoría profesional de Jefe de Ventas. La entidad V. se subrogó en todos los derechos y obligaciones de la relación laboral existente hasta la fecha entre la empresa R. y el demandante ex art 44 ET con efectos 10 diciembre 2012.

-En fecha 8 de mayo 2012 se firma la propuesta de acuerdo del Consell constituido como Junta General de Accionistas con el carácter universal de la mercantil V. que autoriza la disolución de la sociedad de Residuos Industriales de la Madera y Afines SAU (R.)

-Mediante Acuerdo de fecha 22 noviembre 2012 R. y V. conviene resolver el contrato suscrito entre las partes en fecha 16 de mayo 2011 de prestación de servicios necesarios para operar en la Planta de Tratamiento de Frigoríficos sita en T.M. de Alicante, PI Agua Amarga, Avenida Elche nº 21, siendo prestado por R. en tal planta hasta 1 diciembre 2012; con acuerdo de subrogación por parte de V. de los trabajadores que actualmente prestan servicios en la Planta de Tratamiento de Alicante.

-En fecha 28 de noviembre 2012 R. y V. se remite al Acuerdo precitado de fecha 22 noviembre 2012 y acuerda que la efectiva subrogación del personal de R. SAU que se encuentra prestando servicios en la Planta de Tratamiento de Alicante a V. se realizara entre los días 10 y 20 diciembre de 2012

-Mediante Acuerdo de fecha 22 noviembre 2012 R. y V. convienen resolver el contrato suscrito entre las partes en fecha 24 de junio 1988 y modificado en fecha 2 abril 2001 de arrendamientos de industria con opción de compra del Centro Logístico de subproductos del mueble, la madera y afines propiedad de V. en el T.M. de Chiva Polígono "La Pahilla" sito en calle Els Conills nº 89 y 90; siendo prestado por R. en tal planta hasta 1 diciembre 2012; con acuerdo de subrogación por parte de V. de los trabajadores que actualmente prestan servicios en el Centro Logístico de subproductos del mueble, la madera y afines de Chiva.

-En fecha 28 de noviembre 2012 R. y V. se remiten al Acuerdo precitado de fecha 22 noviembre 2012 y acuerdan que la efectiva subrogación del personal de R. SAU que se encuentra prestando servicios en el Centro Logístico de subproductos de mueble, la madera y afines del T.M. de Chiva a V. se realizara entre los días 10 y 20 diciembre de 2012.

-Mediante Acuerdo de fecha 22 noviembre 2012 R. y V. convienen resolver el contrato suscrito entre las partes en fecha 16 de mayo de 2011 y modificado en fecha 30 abril de 2012 de prestación de servicios necesarios para operar en la Planta de Tratamiento de Residuos de ordenadores y otros equipos electrónicos sita en el T.M. de Náquera PI Los Vientos Sector Llama Larga calle Xaloc nº 9; siendo prestado por R. en tal planta hasta 1 diciembre 2012; con acuerdo de subrogación por parte de V. de los trabajadores que actualmente prestan servicios en la Planta de Tratamiento de Residuos de ordenadores y otros equipos electrónicos sita en el T.M. de Náquera.

-En fecha 28 de noviembre 2012 R. y V. se remiten al Acuerdo precitado de fecha 22 noviembre 2012 y acuerda que la efectiva subrogación del personal de R. SAU que se encuentra prestando servicios en la Planta de Tratamiento de Náquera a V. se realizara entre los días 10 y 20 diciembre de 2012.

-En fecha 4 de noviembre de 2016 la Dirección de la Empresa comunica al actor con efectos en la citada fecha decisión de despido objetivo por razones organizativas y productivas ex art 52 c ET, que se dan por reproducidas, y que someramente vienen a indicar: que ha existido una causa productiva que motiva la reorganización de los recursos actuales dada el descenso en la demanda de los servicios en los que estaba adscrito el trabajador; indica con reflejo de magnitudes económicas (libro mayor sin costes indirectos ni gastos comerciales) que la gestión de residuos en las plantas de

Náquera y Alicante y en menor medida en Chiva ha sido deficitaria; indica en los casos de las plantas de Náquera y Alicante en valoración de la situación de inversión y actividad desarrollada durante en especial de enero a agosto del 2016 y con la inviabilidad de abordar las adecuaciones y adaptaciones exigidas por el RD 110/15 (no se puede llevar a cabo una inversión de 600.000 euros en la planta de Alicante por las referidas adaptaciones técnicas y comprobaciones), se procede al cierre de la plantas de ambas localidades; indica que en el caso de la planta de Chiva se implantó originariamente para gestionar los residuos de un sector concreto, la madera y el mueble, para lo cual no existía en la Comunidad Valenciana ningún otro gestor autorizado y en la fecha de la carta de despido, esta situación ha cambiado y la entidad V. ya no es el único gestor posible; a ello debe añadirse la crisis en el sector de mueble durante los últimos años que ha provocado el cierre de múltiples empresas del sector y por lo tanto de los principales generadores de residuos de la planta indicada; indica que las entradas son insuficientes para el mantenimiento de la planta de Chiva y su falta de viabilidad, siendo en comparación entre el año 2015 y año 2016, reducida de forma indicada en la carta (año 2015 entradas de 1724,40 toneladas y en el año 2016 de 623,312 toneladas); continua indicando la carta que la actividad de la planta de Chiva es insuficiente y determina el cierre definitivo de la Planta de Chiva con indicación de los resultados negativos de los últimos ejercicios en especial indicación de enero a agosto del 2016 y siendo desde el año 2012 el margen bruto obtenido del libro mayor sin contemplar costes indirectos ni gastos generales de -499.954,65 euros; expresamente indica la carta de despido, que no se ha conseguido ningún nuevo proveedor ni cliente para la referidas plantas, y no teniendo el actor prácticamente ninguna actividad que desempeñar, se le encargó residualmente alguna diferente y puntual actividad esporádica en la empresa como colaboraciones en los finalizados proyectos de obtención del biocombustible a partir del residuo urbano o en la actualización de las campañas de comunicación de los proyectos de gestión, alguna traducción al valenciano, pero careciendo de actividad concreta que desempeñar y con desaparición por las razones organizativas y productivas expuestas de la continuidad de sus servicios de jefe de ventas y razonable medida que mejora la situación empresarial.

- V. ha procedido a la reorganización de los recursos actuales dado el descenso en la demanda de los servicios en los que estaba adscrito el trabajador demandante que evidencia con reflejo de magnitudes económicas (libro mayor sin costes indirectos ni gastos comerciales) que la gestión de residuos en las plantas de Náquera y Alicante y en menor medida en Chiva ha sido deficitaria.

-En los casos de las plantas de Náquera y Alicante en valoración de la situación de inversión y actividad desarrollada durante en especial de enero a agosto del 2016 y con la inviabilidad de abordar las adecuaciones y adaptaciones exigidas por el RD 110/15 (no se puede llevar a cabo una inversión de 600.000 euros en la planta de Alicante por las referidas adaptaciones técnicas y comprobaciones), se procede al cierre de las plantas de ambas localidades. Posteriormente se acredita que en el caso de la planta de Chiva se implantó originariamente para gestionar los residuos de un sector concreto, la madera y el mueble, para lo cual no existía en la Comunidad Valenciana ningún otro gestor autorizado y en la fecha de la carta de despido, esta situación ha cambiado y la entidad V. ya no es el único gestor posible y a ello debe añadirse la crisis en el sector de mueble durante los últimos años que ha provocado el cierre de múltiples empresas del sector y por lo tanto de los principales generadores de residuos de la planta indicada. Tal situación de entradas son insuficientes para el mantenimiento de la planta de Chiva y su falta de viabilidad, siendo en comparación entre el año 2015 y año 2016, reducida de forma indicada en la carta (año 2015 entradas de 1724,40 toneladas y en el año 2016 de 623,312 toneladas). Finalmente la actividad de la planta de Chiva es insuficiente y determina el cierre definitivo de la Planta de Chiva con indicación de los resultados negativos de los últimos ejercicios en especial indicación de enero a agosto del 2016 y siendo desde el año 2012 el margen bruto obtenido del libro mayor sin contemplar costes indirectos ni gastos generales de -

499.954,65 euros y expresamente indica la carta de despido, que no se ha conseguido ningún nuevo proveedor ni cliente para la referidas plantas.

-Al actor se le encargó residualmente alguna diferente y puntual actividad esporádica en la empresa como colaboraciones en los finalizados proyectos de obtención del biocombustible a partir del residuo urbano o en la actualización de las campañas de comunicación de los proyectos de gestión, alguna traducción al valenciano, pero careciendo de actividad concreta que desempeñar.

-Con fecha 18 de octubre 2016 consta comunicación interna de V. a los efectos de coordinación de departamentos y áreas implicando las instrucciones y documentación necesarias para la clausura definitiva de dichas instalaciones. Se puede inferir, que las infraestructuras de las Plantas de Frigos de Alicante RAEE's de Náquera y R.I. de Chiva están en disposición de cierre definitivo ya que las plantas de Alicante y Náquera han acabado su actividad y la planta de Chiva se estima a finales de octubre que acabara con los trabajos de vaciado e inventario. A finales de octubre consta totalmente finalizada la actividad de las plantas de infraestructuras de la extinta R. en la cual desarrollaba las esenciales funciones el actor cuyo puesto de trabajo es amortizado.

-Los tres trabajadores Sra. M.C.M., Sr. J.J.R.C. y Sra. C.M.S. que prestan sus servicios a partir del 1 de julio de 2015 en la sede de V. sita en la avenida de las Cortes Valencianas nº 20, continuaron realizando sus funciones en relación con gestión de las plantas de residuos de R. de Alicante, Náquera y Chiva con paulatino descenso de las actividades en el transcurso temporal por descenso de la facturación y falta de clientes de las tres plantas.

-En periodo desde el 1 de julio 2015, el actor ha realizado funciones de jefe de ventas en el departamento de residuos de V. y con el resto del departamento ha realizado funciones de complemento de manera proporcional al descenso de las funciones propias de la gestión de las plantas inicialmente de R. y bajo indicación de encomiendas concretas de proyectos o requerimientos de menesteres de la dirección de V., especialmente, el proyecto de biomasa.

Establecidos los anteriores datos conviene recordar la doctrina recogida por nuestro Alto Tribunal, entre otras, en su sentencia de 8 de Julio del 2011 (ROJ: STS 5672/2011), Recurso: 3159/2010 al interpretar el art. 52.c del Estatuto de los Trabajadores en relación con el art. 51.1 del mismo texto. Dicha sentencia se hace eco de los criterios establecidos en la sentencia del Pleno de la Sala, de 29 de noviembre de 2010 (rec. 3876/09) que a su vez fueron reproducidos por la de 16 de mayo de 2011 (rec. 2727/10), del siguiente modo:

"a).- De acuerdo con la dicción del art. 52.c) ET , las causas empresariales que pueden ser alegadas en el despido objetivo o bien " causas económicas " o bien "causas técnicas, organizativas o de producción", y se valora de distinta manera los hechos constitutivos de las mismas, sin perjuicio de que en determinadas situaciones puedan concurrir varias de ellas a un tiempo (por ejemplo, SSTS 14/06/96 -rcud 3099/95 -; 06/04/00 -rcud 1270/99 -; 12/02/02 -rcud 1436/01 -; y 21/07/03 -rcud 4454/02).

b).- Conforme al mismo precepto, para que las causas económicas se consideren justificadas el empresario ha de acreditar que la decisión extintiva contribuye a la superación de "situaciones económicas negativas"; mientras que la justificación de las "causas técnicas, organizativas o de producción" requiere la acreditación de que el despido contribuye a "superar las dificultades que impiden el buen funcionamiento de la empresa ... a través de una mejor organización de los recursos (así, SSTS 13/02/02 -rcud 1436/01 -; 19/03/02 -rcud 1979/01 -; 21/07/03 -rcud 4454/02 -; 31/01/08 -rcud 1719/07 -; 12/12/08 -rcud 4555/07 -; y 16/09/09 -rcud 2027/08 -).

c).- El término genérico "dificultades", que el art. 52.c. ET utiliza para describir la coyuntura de la empresa afectada por las "causas técnicas, organizativas o de producción" justificativas del despido, es sinónimo de problemas de gestión o pérdidas de eficiencia en una u otra de las áreas en que se despliega su actividad, y que en el momento del despido tales problemas han de ser objetivables y no meramente hipotéticos (entre otras, las SSTS 17/05/05 -rec. 2363/04 -; 10/05/06 -rec. 705/05 -; 31/05/06 -rcud 49/05 -; 11/10/06 -rcud 3148/04 -; y 23/01/08 -rcud 1575/07 -; y 02/03/09 -rcud 1605/08 -).

d).- En todo caso es al empresario a quien corresponde probar la realidad de las causas o factores desencadenantes de los problemas de rentabilidad o eficiencia de la empresa, lo que supone -de un lado- la identificación precisa de dichos factores, y - de otro- la concreción de su incidencia en las esferas o ámbitos de afectación señalados por el legislador (en este sentido, la STS 14/06/96 -rcud 3099/95 -).

e).- El control judicial previsto en la ley para determinar si las medidas adoptadas por la empresa para «superar» las dificultades que impidan su buen funcionamiento se ha de limitar en este punto a comprobar si tales medidas son plausibles o razonables en términos de gestión empresarial, es decir, si se ajustan o no al estándar de conducta del «buen comerciante» (véanse las SSTS 10/05/06 -rcud 725/05 -; 31/05/06 -rcud 49/05 -; y 02/03/09 -rcud 1605/08 -).

Añadíamos en aquella resolución - STS 20/11/10 - que "el alegato de «dificultades que impidan el buen funcionamiento de la empresa», que legalmente representa la «necesidad objetivamente acreditada de amortizar» ex art. 52.c ET , únicamente puede invocarse con eficacia extintiva cuando tales dificultades no se presentan aceptablemente superables por la empresa; y en tal sentido ha de recordarse nuestro criterio respecto de que la decisión extintiva ha de constituir una «medida racional en términos de eficacia de la organización productiva y no un simple medio para lograr un incremento del beneficio empresarial» [SSTS 21/03/97 -rcud 3755/96 -; y 30/09/98 -rec. 4489/97 -], de forma que «en el primer caso la extinción del contrato por causas objetivas ... sería procedente, mientras que en el segundo sería improcedente» (SSTS 04/10/00 -rcud 4098/99 -; y 03/10/00 -rcud 651/00 -).

A su vez, la también citada sentencia de 16/9/09 (rec. 2027/08), había señalado: "La solución de justificar en estos casos la amortización de los puestos de trabajo sobrantes se funda en que: "Las causas empresariales que pueden ser alegadas en el despido objetivo por necesidades económicas son, de acuerdo con la dicción del art. 52 c) ET o bien "causas económicas" o bien " causas técnicas, organizativas o de producción ". Para que las causas económicas se consideren justificadas el empresario ha de acreditar que la decisión extintiva contribuye a la superación de "situaciones económicas negativas", mientras que la justificación de las "causas técnicas, organizativas o de producción" requiere la acreditación de que el despido contribuye a "superar las dificultades que impiden el buen funcionamiento de la empresa ... a través de una mejor organización de los recursos". Es doctrina jurisprudencial reiterada de esta Sala del Tribunal Supremo que el ámbito de apreciación de las causas económicas es la empresa o unidad económica de producción, mientras que el ámbito de apreciación de las causas técnicas, organizativas o de producción es el espacio o sector concreto de la actividad empresarial en que ha surgido la dificultad que impide su buen funcionamiento (STS 13-2-2002, rec. 1436/2001; STS 19-3-2002, rec. 1979/2001; STS 21-7-2003, rec. 4454/2002). Es también doctrina jurisprudencial reiterada que, respecto de las empresas de servicios, la pérdida o disminución de encargos de actividad ha de ser considerada por su origen una causa productiva, en cuanto que significa una reducción del volumen de producción contratada, y por el ámbito en que se manifiesta una causa organizativa, en cuanto que afecta a los métodos de trabajo y a la distribución de la carga de trabajo entre los trabajadores (STS 14-6-1996, rec. 3099/1995; STS 7-6-2007, citada)".

La proyección de la doctrina expuesta al presente caso lleva a concluir que la amortización del puesto de trabajo del actor se encuentra justificada habida cuenta que como se recoge en los datos fácticos de la resolución recurrida, la actividad de tratamiento de residuos en la que el actor prestaba servicios como Jefe de ventas y que llevaba a cabo R. y que posteriormente fue asumida por V. ha desaparecido en la práctica, por lo que el puesto de trabajo del actor se ha vaciado de contenido y, en contra de lo manifestado por la defensa del demandante, no se ha rellenado con funciones propias del Departamento de Residuos de V., ya que las funciones que se han ido asignado al actor para complementar su jornada laboral eran residuales y de carácter marginal, lo que justifica la amortización de su puesto de trabajo, sin que el mantenimiento de las relaciones laborales de las otras dos trabajadoras de R. que pasaron a prestar servicios como el demandante en la sede central de V. obste a la indicada conclusión ya que se desconoce que funciones realizan en la actualidad dichas trabajadores y en qué circunstancias profesionales. Por último, se ha de traer a colación lo manifestado por nuestro Alto Tribunal en su sentencia de 7 de junio de 2007 (Rec. 191/06) según la cual "esta Sala ha sentado la doctrina de que el art. 52-c) del ET no impone al empresario la obligación de "agotar todas las posibilidades de acomodo del trabajador" en la empresa, ni viene aquél obligado, antes de hacer efectivo el despido objetivo, a destinar al empleado "otro puesto vacante de la misma". Así lo han establecido las sentencias de este Tribunal de 21 de julio del 2003, rec. 4454/2002; 19 de marzo del 2002, rec. nº 1979/2001; y 13 de febrero del 2002, rec. nº 1496/2001, entre otras." Por consiguiente, de conformidad con la doctrina jurisprudencial que se acaba de citar, lo lógico es deducir que la amortización de plazas por causas ajenas a la voluntad del empleador constituye causa objetiva justificativa del despido, sin que el hecho de que puedan existir en la empresa otros puestos vacantes determine normalmente la declaración de improcedencia de tal despido".

Las consideraciones jurídicas expuestas conducen a desestimar las infracciones jurídicas denunciadas al haberse acreditado las causas organizativas y productivas que justifican el despido objetivo del demandante.

SEGUNDO.- En el segundo apartado del motivo destinado a la censura jurídica se denuncia la infracción del art. 14 del CE, en relación con el art. 23.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, Convenio sobre igualdad de remuneración, 1951 (C100) de la Organización Internacional del trabajo (OIT), artículo 141 del Tratado de Roma y doctrina judicial concordante. Inaplicación de las Tablas retributivas del II Convenio de Personal Laboral de la Generalitat.

Aduce la defensa del recurrente que habiéndose acreditado que el demandante se integró en el Departamento de Residuos de V. y que como miembro del mismo realizó tareas propias de técnico de ese departamento, no obstante, percibe un salario inferior que el percibido por los compañeros técnicos del departamento lo que conlleva una discriminación retributiva indirecta. Como quiera que el salario que debió tenerse en cuenta para cuantificar la indemnización por despido devengada por el actor es inferior al que le correspondía, que es el postulado por el recurrente y que resulta de la aplicación de las Tablas retributivas del II Convenio de Personal Laboral de la Generalitat, ello constituye un error inexcusable que debió determinar la calificación como nulo del despido del actor habida cuenta que el mismo tenía jornada reducida por guarda legal de un menor de ocho años.

Como indica la STS de 29 de octubre de 2013, Recurso: 3246/2012, que se hace eco de la doctrina establecida en la sentencia de esta Sala de 8 de noviembre de 2010 (rcud. nº 4032/09): "2.- *La jurisprudencia constitucional ha proclamado que las Administraciones públicas en cuanto empleadoras están plenamente sujetas al principio de igualdad. En sentencias resolutorias de cuestiones de inconstitucionalidad (STC 330/2005 - Pleno de 15-diciembre , al igual que la STC 110/2004 Pleno de 30-junio), se ha afirmado que "el art. 14 CE se proyecta sobre las*

condiciones de trabajo en general y sobre las económicas en particular, tanto en el ámbito laboral como en el funcional (STC 57/1990 ...)"; que "el principio de igualdad, que vincula al legislador, no impide que éste establezca diferencias de trato, siempre que encuentren una justificación objetiva y razonable, valorada en atención a las finalidades que se persiguen por la Ley y a la adecuación de medios afines entre aquéllas y éstas (STC 22/1981)"; así como que "Las Administraciones públicas disfrutan ... de un amplio margen de actuación a la hora de consolidar, modificar o completar sus estructuras y de configurar o concretar organizativamente el status del personal a su servicio (STC 57/1990) (STC 293/1993 ...)" y que la "discriminación entre estas estructuras que son creación del Derecho y pueden quedar definidas por la presencia de muy diversos factores, de existir, únicamente derivará de la aplicación por la Administración de criterios de diferenciación que no resulten objetivos ni generales (SSTC 7/1984 , 68/1989 , 77/1990 y 48/1992) (STC 293/1993 ...)". Igualmente, el Tribunal Constitucional ya se había pronunciado en la misma línea al resolver recursos de amparo (entre otras, STC 34/2004 de 8-marzo), afirmando que "Cuando la empleadora es la Administración pública, ésta no se rige en sus relaciones jurídicas por el principio de la autonomía de la voluntad, sino que debe actuar con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho (art. 103.1 CE), con interdicción expresa de la arbitrariedad (art. 9.3 CE)" y que " Como poder público que es, está sujeta al principio de igualdad ante la Ley que concede a las personas el derecho subjetivo de alcanzar de los poderes públicos un trato igual para supuestos iguales (SSTC 161/1991 ..., y 2/1998 ...)"

3.- La jurisprudencia social, en el mismo sentido interpretativo, ha destacado (entre otras, STS/IV 26-octubre-2009 -rcv 26/2008) que "... es preciso distinguir entre el principio de igualdad y la prohibición de trato discriminatorio ... " y que " Esta distinción tiene ... especial relevancia cuando se trata de diferencias de trato que se producen en el ámbito de las relaciones privadas, pues en éstas, como señala la STC 34/1984 , la igualdad de trato ha de derivar de un principio jurídico que imponga su aplicación, lo que no ocurre cuando la desigualdad se establece por una norma del ordenamiento o por la actuación de una Administración Pública (SSTC 161/1991 y 2/1998)."

En el presente caso y según se desprende del inalterado relato fáctico de la sentencia de instancia los trabajadores provenientes de R. estaban sujetos al CC del Sector de la Recuperación y Reciclado de Residuos y Materias Primas Secundarias y el personal laboral de V. está sujeto al II CC para el personal laboral al servicio de la administración de la Generalitat Valenciana. En fecha 29 noviembre 2012 la Dirección General de V. emitió nota interna dirigida al Comité de Empresa de Alicante y Valencia en las cuales se ponía en conocimiento que las relaciones laborales de los trabajadores subrogados seguirán rigiéndose por el CC de recuperación y reciclado de residuos y materias primas secundarias suscrito con fecha 16 mayo 2012. En fecha 20 de enero 2015 la parte social y la parte empresarial se celebra reunión con puntos del orden del día tales como paga extra diciembre/12, otros asuntos y cambios de convenio en Plantas de Alicante y Náquera; a petición de Comité de Empresa de Valencia y Alicante y respuesta de la empresa que se está se calculando la equivalencia de las clasificaciones salariales y profesionales de las tablas de la GVA para que el sueldo sea el mismo que viene percibiendo y no se vean perjudicados sus derechos y una vez realizado este trámite se comunicara a la RLT y hay que solicitar a la Conselleria de hacienda informe para que apruebe el cambio de convenio. En fecha 10 junio 2015 se celebra la reunión de la comisión negociadora compuesta por la parte social y por la empresa a resultas de la comunicación email de fecha 2 junio 2015 y se indica: "la empresa comunica que con la adhesión al convenio de los trabajadores de Náquera y Alicante, los trabajadores que tiene la categoría de peón tendrían un incremento de salario, sin embargo hay otros trabajadores que tendrán una merma de salario y en todo caso disminución de jornada (...) tras la alegaciones de la parte social, la empresa indica "que el art 44 del ET regula la sucesión empresarial estableciendo que puede aplicarse el CC de la empresa sucesora a los trabajadores subrogados con acuerdo con la representación de los trabajadores y habiendo solicitado la RLT la aplicación del II CC al personal de la GV, se acepta dicha petición. Si bien se manifiesta que algunos

trabajadores sufrirán una merma retributiva, por la aplicación del actual Convenio al igual que hay merma de jornada en beneficio de trabajadores; se indican las alegaciones de la parte social con adhesión de CCOO, CPAT y USO (la aplicación del Convenio ha de hacerse de la misma manera que se hizo la subrogación del convenio del 2008; reducción de jornada; clasificación mediante los niveles que se habrán de negociar; si existen excesos retributivos deberán añadirse un complemento personal de garantía tal y como recoge el propio convenio); finalmente la empresa indica “acepta lo que ha propuesto la comisión negociadora previa autorización de la Conselleria competente en materia de Hacienda que no se produzcan mermas retributivas y se aplique el II CC del personal al servicio de la GVA, por lo que la empresa presentara a la comisión negociadora una tabla de adecuación profesional de cada trabajador y su salario y si se aprueba por la comisión negociadora esta se remitirá a la Conselleria competente en materia de hacienda para su aprobación o al organismo que legalmente corresponda.

Se acredita en nota interna de la empresa, con fecha 25 de junio 2015 y comunicación de cambio de centro de trabajo al actor con fecha 26 de junio 2015; que se procede al cambio de puesto de trabajo de los siguientes trabajadores: Sra. M.C.M., Sr. J.J.R.C. y Sra. C.M.S. para que presenten sus servicios en la actualidad a partir del 1 de julio de 2015 en la sede de V. sita en la avenida de las Cortes Valencianas nº 20 por necesidades organizativas de la empresa y con mantenimiento de las mismas condiciones de trabajo que disfrutaban en la actualidad y en la anterior prestación de servicios en la planta de Náquera.

De los datos reseñados se evidencia que el demandante no presta los mismos servicios que el personal técnico del Departamento de Residuos de V. sino que sus funciones al ser subrogado por V. son las que venía realizando como Jefe de Ventas de R. en la planta de Náquera, aun cuando fuera trasladado a la sede de V. en Valencia con efectos de 1 de julio de 2015, por lo que no cabe apreciar la igualdad de funciones de las que parte la defensa de la recurrente para reclamar el abono de una misma retribución, pero es que además el demandante fue subrogado por V. desde R. y esta empresa aplicaba a su personal, entre el que estaba el actor, el Convenio Colectivo de Recuperación y Reciclado de Residuos y Materias Primas Secundarias, siendo este Convenio el que ha seguido aplicándole V. de acuerdo con lo establecido en el art. 44.4 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, según el cual “Salvo pacto en contrario, establecido mediante acuerdo de empresa entre el cesionario y los representantes de los trabajadores una vez consumada la sucesión, las relaciones laborales de los trabajadores afectados por la sucesión seguirán rigiéndose por el convenio colectivo que en el momento de la transmisión fuere de aplicación en la empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma transferida.

Esta aplicación se mantendrá hasta la fecha de expiración del convenio colectivo de origen o hasta la entrada en vigor de otro convenio colectivo nuevo que resulte aplicable a la entidad económica transmitida.”

Luego si no existe pacto en contrario sobre la aplicación del Convenio Colectivo que se venía aplicando en R. ya que no consta que la petición realizada por el Comité de empresa se llevara finalmente a la práctica ya que no se evidencia que fuera autorizado el cambio de convenio por la hacienda autonómica, ni ha expirado el referido Convenio ni ha entrado en vigor otro Convenio que pudiera resultar aplicable a la referida empresa, la aplicación al actor del Convenio Colectivo del Sector de la Recuperación y Reciclado de Residuos y Materias Primas Secundarias se ajusta plenamente, como ya se ha dicho, a lo establecido en el indicado art. 44.4 lo que lleva a rechazar las infracciones jurídicas denunciadas y a considerar correcta la indemnización por despido objetivo puesta a disposición del actor y, por lo tanto, a desestimar la calificación de nulidad que postula la defensa de la recurrente, tal y como ha efectuado la sentencia de instancia que se ha de confirmar, previa desestimación del recurso.

FALLO

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de D. J.J.R.C., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social n.º Diecisiete de los de Valencia y su provincia, de fecha 31 de julio de 2017, en virtud de demanda presentada a su instancia contra la empresa V. S.A. y, en consecuencia, confirmamos la sentencia recurrida.

2331

Sentencia núm. 428, de 6 de febrero de 2018

Materia. Reconocimiento de derecho: Trabajador fijo discontinuo. Trabajador que presta servicios en instituto como formador, con sucesivos contratos por obra o servicio determinado. El actor solicita que se declara su relación laboral como fija discontinua. El actor presenta la papeleta de conciliación con posteridad al plazo establecido por ley. Infracción art. 59.1 ET. Excepción de prescripción.

Juzgado: Desestima la excepción de prescripción de la parte demandada y estima la demanda declarando el derecho del actor a que se declare su relación laboral como fija discontinua.

Sala: Estima el recurso y revoca la sentencia de instancia. Desde la fecha de la finalización de la relación laboral del actor en junio del 2015 hasta noviembre del 2016 ha transcurrido el plazo de un año previsto en el artículo 59 ET para poder ejercitar la acción de reconocimiento de derechos. Debe entenderse prescrita la acción ejercitada.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- D. J.A.C.S. interpone su día demanda contra la empresa IFES en ejercicio de acción de reconocimiento de derechos, solicitando que se declare que ostenta la condición de fijo discontinuo con la demandada.

La sentencia de instancia desestima la excepción de prescripción alegada por la demandada y estima la demanda reconociendo al actor la condición de trabajador fijo discontinuo de la demandada, pronunciándose frente al que se alza la parte demandada interponiendo recurso de suplicación y solicitando, previa estimación del mismo el dictado de una nueva sentencia por la que, revocando la recurrida se acuerde desestimar la demanda. El trabajador por su parte impugnó el recurso.

SEGUNDO.- A tal efecto la parte recurrente formula un primer motivo al amparo del apartado c) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción social alegando la infracción del artículo 59-1 ET y de la Jurisprudencia que cita, al desestimar la Sentencia recurrida la excepción de prescripción planteada por la demandada, alegando al efecto que entre la finalización del último contrato suscrito y la presentación de la papeleta de conciliación que da inicio a este procedimiento ha transcurrido un periodo superior al año previsto en el artículo 59 ET citado.

En el supuesto analizado por la Sentencia recurrida, el actor ha estado vinculado por la demandada en virtud de distintos contratos temporales suscritos en distintos periodos y con diferentes duraciones desde el año 2007, habiendo suscrito el último de ellos en diciembre del 2014 y con duración hasta junio del 2015. Desde esta fecha de junio del 2015 el actor no ha vuelto a ser contratado por la demandada y en fecha noviembre del 2016, transcurrido más de un año desde la fecha de la terminación del último contrato suscrito, presenta papeleta de conciliación ante el SMAC solicitando se le reconozca la condición de trabajador fijo discontinuo.

El artículo 59 ET señala en su apartado 1 que “Las acciones derivadas del contrato de trabajo que no tengan señalado plazo especial prescribirán al año de su terminación. A estos efectos, se considerará terminado el contrato: a) El día en que expire el tiempo de duración convenido o fijado por disposición legal o convenio colectivo. b) El día en que termine la prestación de servicios continuados, cuando se

haya dado esta continuidad por virtud de prórroga expresa o tácita. 2. Si la acción se ejercita para exigir percepciones económicas o para el cumplimiento de obligaciones de tracto único, que no puedan tener lugar después de extinguido el contrato, el plazo de un año se computará desde el día en que la acción pudiera ejercitarse”.

En este caso el actor no tenía reconocida la condición de trabajador fijo discontinuo y precisamente por ello plantea su reclamación. Su relación con la demandada se había articulado a través de contratos temporales para impartir determinados cursos de formación durante un número de horas concretas que se reflejan en cada uno de los contratos, y transcurrido el tiempo concreto de prestación de servicios previsto en cada contrato se daba por finalizado el mismo. De este modo entendemos con la parte recurrente que como todas las acciones, la de reconocimiento de la condición de su carácter de fijo discontinuo, también estaba sometida al plazo prescriptivo de un año previsto en el artículo 59 ET que debe computarse desde la fecha de terminación del contrato de trabajo, en concreto desde Junio del 2015 y como desde esa fecha y hasta la fecha de presentación de la papeleta de conciliación en noviembre del 2016, ha transcurrido un plazo superior al del año prevenido en el referido artículo 59 ET, debemos entender prescrita la acción ejercitada por el actor, lo que conlleva la estimación de este primer motivo de recurso con la consiguiente desestimación de la demanda formulada sin necesidad ya de entrar a conocer de los demás motivos de recurso formulado. Para resolver la excepción planteada por la empresa el Juzgador a quo parte del hecho de que lo que se reclama es la condición de fijo discontinuo y que los contratos temporales suscritos lo han sido en fraude de ley y derivado de ello como si de un trabajador fijo discontinuo se tratara ya, desestima la excepción de prescripción con el argumento de que como desde junio del 2015 y durante el periodo 2015-2016 no consta la contratación de docentes formadores para las funciones realizadas por el actor, éste mantenía la esperanza de su contratación habitual formal y temporal y que sólo cuando ha podido entender de forma cabal y certera que ya no iba a ser contratado, sin aclarar porqué ya en noviembre había entendido de forma cabal y certera que ya no iba a ser contratado porque nada se aclara en la Sentencia, es cuando plantea la demanda de reconocimiento de la relación como fijo discontinua. Argumenta además que como el último contrato lo suscribe el actor en diciembre del 2014 era esperable que pudiera ser contratado en diciembre del 2015 y que por tanto el plazo de un año debe computar desde dicha fecha. De este modo resuelve ya el Juzgador que el actor en realidad ostenta la condición de fijo discontinuo y es por ello por lo que considera que no concurre en el presente caso la excepción de prescripción. Olvida así la Sentencia recurrida que el actor siempre ha mantenido una vinculación temporal con la demandada suscribiendo siempre contratos de obra o servicio con un objeto concreto y determinado para impartir determinados cursos de formación y que nunca le ha sido reconocida la condición de trabajador indefinido fijo discontinuo, siendo precisamente ésa la pretensión de la demanda, y si ello es así, y el actor ha suscrito los contratos temporales en fechas y periodos diferentes en función de los cursos de formación a que los mismos se refieren, no hay ningún criterio para pensar que en el mes de diciembre del 2015 iba a ser contratado nuevamente por la empresa. En todo caso aun cuando así lo pudiera pensar el actor, en esa fecha no había transcurrido aún el plazo del año previsto en el artículo 59 ET desde la fecha de terminación del anterior contrato de junio del 2015 y en consecuencia tenía casi cinco meses más para poder formular su reclamación de derechos que sin embargo no ejercita hasta el mes de noviembre del 2016, sin que conste dato alguno que revelara que en esa fecha ya conocía que no iba nuevamente a ser contratado, pues según la Sentencia recurrida desde Junio del 2015 y hasta la fecha de presentación de la demanda no se ha contratado por la demandada a docentes formadores para la prestación de servicios similares a los que venía realizando el actor, por lo que podía seguir pensando en esa fecha que todavía podía ser contratado. Carecen así de todo sustento legal las argumentaciones de la Sentencia recurrida pues es claro que desde la fecha de terminación del último contrato temporal suscrito, y así desde la fecha de finalización de la relación laboral del actor en junio del 2015 y hasta noviembre del 2016

ha transcurrido el plazo de un año previsto en el artículo 59 ET para poder ejercitar la acción de reconocimiento de derechos y debe entenderse prescrita la acción ejercitada. No cabe tampoco aplicar la doctrina que en relación al despido de los trabajadores fijos discontinuos viene estableciendo la Jurisprudencia considerando que el cómputo del plazo de los veinte días hábiles para ejercitar la acción de despido debe iniciarse en la fecha en la que el trabajador debía ser llamado dada su condición de fijo discontinuo, y como en este caso ni el trabajador tenía reconocida la condición de fijo discontinuo ni ejercitaba acción de despido alguna sometida no a plazo prescriptivo sino de caducidad que está sujeto a otros criterios y requisitos diferentes a los plazos de prescripción, no podemos aplicar dicha doctrina al presente caso para así considerar que la acción ejercitada no está prescrita.

Debemos por ello revocar la Sentencia de instancia acordando en su lugar la íntegra desestimación de la demanda.

TERCERO.- En aplicación de lo dispuesto en el Art. 235.1 LRJS (L 36/11) (RCL 2011, 1845), no procede condena en costas, toda vez que la estimación, total o parcial, del recurso de suplicación implica que no haya parte vencida en el mismo, a efectos de imponer el pago de las costas generadas en el mismo a alguno de los litigantes (STS 14/02/07 (RJ 2007, 2177) ; 29/01/09 (RJ 2009, 1051)).

Por ello;

VISTOS los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

FALLAMOS

Que estimando el recurso de suplicación interpuesto por la empresa IFESS contra la sentencia de fecha 14 de febrero de 2017 dictada por el Juzgado de lo Social 5 de Valencia en autos 948/2016 seguidos a instancias de D. J.A.C.S. frente a la empresa recurrente sobre reconocimiento de derechos debemos de revocar dicha Sentencia y en su lugar desestimar la demanda formulada absolviendo a la empresa demandada de los pedimentos contenidos en el suplico de la misma.

Sin costas.

2332

Sentencia núm. 440, de 6 de febrero de 2018

Materia: Reclamación de cantidad. Trabajadores docentes en colegio de enseñanza concertada ejerciendo cargos directivos. Complemento de antigüedad. Abono de trienios. Remuneración de los trienios en función del tiempo de prestación de servicios ejerciendo cargo directivo o incrementándose los trienios devengados como profesor desde el inicio de la relación laboral. Aplicación convenio colectivo de empresas de enseñanza privada sostenidas total o parcialmente con fondos públicos.

Juzgado: Estima la demanda declarando el derecho de los actores a que se les aplique el complemento de antigüedad desde el inicio de la prestación de servicios como docentes.

Sala: Estima el recurso y revoca la sentencia de instancia. Para el cálculo de los trienios, solamente ha de computarse el tiempo en que los actores han ejercido funciones de dirección o jefatura de estudios.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. 1. El recurso interpuesto, que ha sido impugnado de contrario, se estructura en un solo motivo que se formula al amparo del artículo 193.c) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LJS), denunciando vulneración de la doctrina sentada por las Sala 4ª del Tribunal Supremo en sentencia de 12 de mayo de 2014 (R.211/2013), según la cual "los trienios deben reconocerse en la calidad de director o jefe de estudios, cuando tales cargos se hayan desempeñado durante un trienio, no incrementando los trienios devengados como profesor desde el inicio de la relación laboral", y transcribiendo a continuación parte de la fundamentación jurídica de dicha sentencia.

2. La alegación contenida en el escrito de impugnación del recurso, acerca de que no se haya formulado adecuadamente "dado que no se alega norma alguna que se infrinja, ni procesal ni sustantiva", debe decaer ante la evidencia de que de acuerdo con el propio precepto procesal en que el motivo se ampara también asume el examen de la "jurisprudencia" en orden a subrayar su eventual infracción que es lo que en rigor aquí acaece.

3. El motivo debe prosperar de la mano de lo que ya decidimos en el auto de 24 de enero de 2017, donde estimamos el recurso de queja interpuesto sobre la base de lo ya decidido por el Tribunal Supremo en la sentencia invocada en el motivo de 12 de mayo de 2014 (recurso: 211/2013), que desestimó las demandas acumuladas de conflicto colectivo formuladas por FSIE y USO en reclamación de que se reconociera el derecho de los directores y jefes de estudios de centros de enseñanza privados concertados a percibir los trienios de acuerdo con tal categoría y computándose la antigüedad correspondiente al tiempo de prestación de servicios completo, aunque no hayan realizado durante todo el tiempo tales funciones, habiéndose aplicado lo establecido en el V Convenio colectivo de empresas de enseñanza privada sostenidas total o parcialmente con fondos públicos (BOE 17-1-2007). Y es que determinado en la sentencia del Tribunal Supremo de referencia que " Los trabajadores a los que se les encomiende algunas de las categorías funcionales directivas descritas en el artículo 10, apartado 1.11, percibirán, mientras ejerzan su cometido, las gratificaciones temporales señaladas al efecto para cada nivel educativo en las Tablas Salariales... " (art. 65); y lo que cabe entender reflejado en la propia estructura de las tablas salariales relativas a

las denominadas " categorías funcionales-directivas-temporales del personal docente", puesto que, como se ha indicado, se especifica para el distinto personal de código 1.11 (director, subdirector, jefe de estudios y jefe de departamento) el importe del salario y del trienio, a modo de cantidad a adicionar a que les corresponde a todos ellos como personal del código 1.3.1 (profesor); así, a título de ejemplo, en el año 2009, en Educación Primaria, figura " Código 1.3.1.- Categoría Director a) - Salario 1.565,39 - Trienio 37,45 " y en columna aparte a continuación " Código 1.11.1.- Categoría Director b) - Salario 345,10 - Trienio 12,88 " (Anexo II).....Por tanto, debe entenderse jurídicamente correcta la forma de actuar de la parte demandada, puesto que el abono de trienios al referido personal docente, ahora cuestionado, que desempeña funciones directivas temporales se efectúa partiendo del trienio vencido del director o jefe de estudios en su primer puesto de trabajo como profesor y "para el cálculo de los trienios de dirección y de jefatura de estudios solo se computa el tiempo en que se ejercen dichas funciones". Es decir, que los trienios deberán reconocerse, en su calidad de Director o Jefe de Estudios, cuando tales cargos se hayan desempeñado durante un trienio "no incrementando los trienios devengados como profesor desde el inicio de la relación laboral y que, en tanto esto no se produzca, los trienios de ese personal se devengarán conforme a las tablas salariales correspondientes a los trienios efectivamente cumplidos, tomando como fecha inicial del cómputo de antigüedad la del ingreso del trabajador en la empresa, como dispone el art.58 del Convenio o..., que para quienes ejercen los cargos de Directores y Jefes de estudios en los centros educativos concertados " solo corresponde percibir por trienios devengados ejerciendo dichos cargos y mientras lo ejerza ".

4. Debe decaer, por ello, la tesis sostenida por la sentencia de instancia interpretativa del artículo 66 del Convenio Colectivo de aplicación, acerca de que "el complemento de antigüedad, desde que desempeña el cargo, se ha de computar desde el inicio de la prestación de servicios y en la cuantía establecida en la tabla salarial, si bien de tal forma que no perciba un doble complemento de antigüedad. En definitiva, el art. 66 establece un complemento de antigüedad que sustituye al que viniera percibiendo con anterioridad a la asunción del cargo directivo y ello por el importe establecido en la tabla salarial y durante el tiempo de desempeño de tal cargo. Una vez finalizado el desempeño de dicha función, dejará de percibir el importe y se habrá de calcular nuevamente el importe del complemento de antigüedad en función del salario de profesor y teniendo en cuenta, igualmente, el inicio de la prestación de servicios y computando igualmente el tiempo de desempeño del cargo directivo. Y es que el mentado art. 66 no establece que se perciba un complemento específico de antigüedad en el cargo, distinto del de antigüedad en la empresa, en contra de la previsión contenida en cuanto a complemento de función que si es exclusivo del personal directivo. Cuestión distinta es que el importe así calculado se haya de recalcular una vez finalizado el desempeño de la actividad directiva, sino que en acatamiento de la doctrina establecida por el Tribunal Supremo en la sentencia antes mencionada los trienios deberán reconocerse, en su calidad de Director o Jefe de Estudios, cuando tales cargos se hayan desempeñado durante un trienio "no incrementando los trienios devengados como profesor desde el inicio de la relación laboral "... y que, en tanto esto no se produzca, los trienios de ese personal se devengarán conforme a las tablas salariales correspondientes a los trienios efectivamente cumplidos, tomando como fecha inicial del cómputo de antigüedad la del ingreso del trabajador en la empresa, como dispone el art.58 del Convenio o..., que para quienes ejercen los cargos de Directores y Jefes de estudios en los centros educativos concertados " solo corresponde percibir por trienios devengados ejerciendo dichos cargos y mientras lo ejerza ".

SEGUNDO. Corolario de todo lo razonado será la desestimación del recurso interpuesto, y consiguiente revocación de la sentencia impugnada para desestimar la pretensión ejercitada. Sin costas, ante el signo revocatorio del fallo (artículo 235.1 de la LJS).

FALLO

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto por la ABOGADA DE LA GENERALITAT contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 2 de los de ELX el día nueve de septiembre de dos mil dieciséis en proceso sobre cantidad seguido a instancia de doña M.A.C.D. y don A.C.A. contra la ADMINISTRACIÓN DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA VALENCIANA (CONSELLERIA D'EDUCACIÓ, CULTURA I SPORT DE LA G.V.) y ACADEMIA S.J. S.L., y con revocación de la expresada sentencia debemos declarar como declaramos no haber lugar a la pretensión ejercitada absolviendo de la misma a los demandados, declarando que para el cálculo de los trienios sólo ha de computarse el tiempo en que los actores han ejercido la dirección o la jefatura de estudios.

2333

Sentencia núm. 459, de 13 de febrero de 2018

Materia: Extinción de la relación laboral: Despido disciplinario. Falta laboral muy grave. Trabajador al servicio de empresa dedicada a manipulado y transformación de vidrio plano. El actor recoge unos perfiles para cargarlos en su vehículo y llevárselos. Cámaras de vigilancia. Se envía al trabajador una carta por burofax imputándole la infracción para que presente alegaciones. Ante la falta de respuesta, se le notifica sanción de despido en virtud del art. 55.2 del ET. Proporcionalidad de la sanción.

Juzgado: Estima la demanda y declara improcedente el despido, obligando a la readmisión del trabajador o a la indemnización correspondientes más los salarios dejados de percibir desde que se adoptó el despido. La categoría que ostenta el trabajador y teniendo en cuenta que lo supuestamente hurtado eran materiales para reciclar, dado que no existe ninguna otra infracción del trabajador, procede aplicar la teoría gradualista de infracciones y sanciones laborales y rebajar la sanción impuesta.

Sala: Desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia. La categoría del trabajador en la empresa, antigüedad, responsabilidad y falta de consumación de la infracción permiten atenuar la sanción impuesta por la empresa. No obstante, la Sala señala que la comunicación del despido cumplió con las formalidades legales exigibles.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia de la instancia, que no entra a analizar la gravedad de los hechos imputados al trabajador, declara la improcedencia del despido considerando que el despido efectuado el día 31 de mayo del 2016 no era válido por incumplir las previsiones convencionales de tramitar previa expediente disciplinario, y en cuanto al intento de subsanación que motivó un segundo despido en fecha 20 de junio siguiente, tras haberse remitido burofax con los cargos que se le imputaban a efectos de formular alegaciones, entiende el juzgado de la instancia que respecto a esta segunda decisión rescisoria, remitida también por burofax, no hay, dice literalmente *“constancia de la fecha en que el actor pudo haber recibido esta segunda carta de despido. En estas condiciones no cabe reconocer eficacia al despido adoptado por la empresa el 20-6-2016 al no constar que el mismo fuera notificado o al menos se hubiera intentado notificar, en el plazo de 20 días naturales, siguientes al primero”*.

Frente a este pronunciamiento recurre la empresa en suplicación al amparo de lo dispuesto en el art 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS) con cita del apartado c). Señala la empresa, en primer lugar, y respecto al cumplimiento de las formalidades de la primera decisión de despido adoptada por la empresa el 31 de mayo, que la misma cumplió con los requisitos del art 92 del Convenio, que solo exige la tramitación del correspondiente expediente contradictorio, con el fin de oír al trabajador afectado, y que si bien no se siguió formalmente dicho trámite se oyó a dicho trabajador, el cual admitió la infracción según consta firmado por el en el Acta levantada el día 30 de mayo. No obstante, no cabe aceptar la argumentación, pues el sentido que se atribuye al expediente contradictorio, no es el de simplemente oír al trabajador sino que dicha situación se produzca, no de forma inesperada, sino dentro de un procedimiento concreto que otorgue a dicho trabajador las garantías precisas.

SEGUNDO.- Señala también la empresa, respecto al segundo despido que la empresa, cumplió con los requisitos legalmente exigidos para la subsanación de la ausencia del trámite antedicho, procediendo a tramitar el correspondiente procedimiento sancionador, cuya incoación notificó al trabajador mediante burofax de 16 de junio, concediéndole 48 horas para formular alegaciones, y que transcurrido dicho plazo se le notificó, por el mismo medio, el despido en fecha de 20 de junio. Por ello entiende que se comete la infracción del art 55.2 del Estatuto de los Trabajadores, al señalar la sentencia de instancia que no constan efectuadas tales notificaciones.

Respecto a éste extremo, entiende la sala que la sentencia de instancia ha interpretado incorrectamente las exigencias del citado precepto, pues una cosa es que no conste la fecha de recepción de las comunicaciones, por ejemplo, a efectos de apreciar o no la caducidad de la acción de despido, y otra muy distinta es que, no negada por el trabajador dicha recepción (nada se dice al respecto en la demanda, ni se alega en juicio), pueda el juzgador apreciar que a su juicio no consta ni siquiera intentada dichas notificaciones, cuando están aportadas a las actuaciones las correspondientes copias certificadas de imposición de los burofax expedidas por correos y remitidas al domicilio del trabajador, en las fechas señaladas por la empresa, el cual no niega haberlos recibido, por lo que no existe motivo alguno para considerar que no se han cumplido los plazos que señala el art 55.2 del ET, máxime cuando el trabajador percibió la cantidad de 750,94 euros por la parte proporcional de la nómina de junio que le correspondía. Señala la sentencia de instancia que ni siquiera se ha intentado dicha notificación, lo que no resulta cierto a la vista de los documentos citados que se encuentran a los folios 226 y 229 de las actuaciones.

Desde esta perspectiva encontramos apoyo en precedentes sentencias de esta sala, basadas en jurisprudencia del Tribunal Supremo, como las resolutorias de los Recursos de suplicación nº 3868/2005, y 1301/2009, y precedentes como la dictada el 17 de noviembre del 2004, rec. 3425, en la que se señala que: “como ha manifestado esta Sala en anteriores ocasiones (rec.2787/00), la jurisprudencia ha entendido que la carta de despido surte plenos efectos si el trabajador tuvo o debió tener conocimiento de la misma y obstaculizó su recepción (STS 17.04. 1985), o bien se negó a recibirla (STS 12.03.1986), o, en general, no usó de la diligencia apropiada para conocer dicha carta o actuó con total pasividad para beneficiarse de no conocerla (STS 13.04.1987). En el presente supuesto la empresa carecía de la menor duda sobre el lugar donde encontrar al trabajador, por lo que remitió la carta al lugar de su domicilio, sin que el mismo haya señalado obstáculo alguno a su recepción pues no la ha negado. Por ello estimamos que la conclusión de la sentencia ha impedido a la empresa poder acreditar, en su caso, que desplegó toda la diligencia que le era exigible, pues no solo intentó la notificación, sino que el trabajador la aceptó como correctamente producida

TERCERO.- Queda por resolver la cuestión relativa a si la imputación empresarial reviste la gravedad suficiente como para ser merecedora, proporcionalmente, de la sanción de despido. La inexistencia de valoración alguna sobre dicho tema en la instancia, nos hubiera llevado a declarar la nulidad de dicha resolución si la parte recurrente así lo hubiera solicitada, planteando un previo motivo de recurso con el acaparo del apartado a) del art 193 citado. Al no hacerlo, debe la sala entrar a conocer de tal cuestión, al constar en el procedimiento suficientes datos para ello.

Tales hechos se concretan, resumidamente expuesto en lo esencial, en un supuesto intento del trabajador, el día 28.5.2016 sobre las 10 horas, de llevarse distintos perfiles propiedad de la empresa, momento en el que fue sorprendido por el responsable de producción Sr C., al que dice estar efectuando un encargo del Sr G. lo que resulta negado por éste, y tras ser convocados los afectados, se levanta un acta en el que el trabajador menciona que los quería para su casa.

Contempla el art 90 del Convenio de aplicación como faltas muy graves, entre otras las de: *“los actos contra la propiedad, tanto de los demás trabajadores, como de la empresa o a cualquier persona dentro de los locales de la empresa o fuera de la misma durante actos de servicio”*, siendo las sanciones a aplicar las de: a) perdida temporal del grupo o Nivel profesional, b) Suspensión de empleo y sueldo de once días a dos meses, y c) Despido disciplinario según el art 54 del ET. Señala el precepto a continuación que: *“Para la aplicación de las sanciones que anteceden se tendrá en cuenta el mayor o menor grado de responsabilidad del que comete la falta, grupo o nivel profesional del mismo, y la repercusión del hecho en los demás trabajadores y en la empresa”*.

Pues bien, a la vista de cómo se encuentran regulados tales hechos, y teniendo en cuenta que el trabajador tiene una categoría profesional entre las más bajas de la empresa, que el mismo ha venido prestando sus servicios desde hace casi diez años, sin que conste le hayan impuesto sanciones precedentes, y que el supuesto hurto lo era sobre materiales destinados al reciclaje, que quedó en un simple intento sin que haya podido conocerse con precisión la intención de tal trabajador, estimamos que procede aplicar al presente supuesto la Teoría Gradualista de las Infracciones y Sanciones Laborales, recogida, entre otras, en la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de julio de 2010 (rec. 2643/2009) que señala: sobre la determinación de los presupuestos del "incumplimiento grave y culpable del trabajador" fundado en la " La transgresión de la buena fe contractual, así como el abuso de confianza en el desempeño del trabajo ", como motivo de despido disciplinario, que:

A) El principio general de la buena fe forma parte esencial del contrato de trabajo, ...B) La transgresión de la buena fe contractual constituye un incumplimiento que admite distintas graduaciones en orden singularmente a su objetiva gravedad, pero que, cuando sea grave y culpable y se efectúe por el trabajador, es causa que justifica el despido...C) La inexistencia de perjuicios para la empresa o la escasa importancia de los derivados de la conducta reprochable del trabajador, por una parte, o, por otra parte, la no acreditación de la existencia de un lucro personal para el trabajador, no tiene trascendencia para justificar por sí solos o aisladamente la actuación no ética de quien comete la infracción, ...D) Igualmente carece de trascendencia y con el mismo alcance valorativo, la inexistencia de una voluntad específica del trabajador de comportarse deslealmente, ...E) Los referidos deberes de buena fe, fidelidad y lealtad, han de ser más rigurosamente observados por quienes desempeñan puestos de confianza y jefatura en la empresa, basados en la mayor confianza y responsabilidad en el desempeño de las facultades conferidas; F) Con carácter general un despido disciplinario, al ser dicha sanción la más grave en el Derecho laboral, debe efectuarse una interpretación restrictiva, pudiendo acordarse judicialmente que el empresario resulte facultado para imponer otras sanciones distintas de la de despido, si del examen de las circunstancias concurrentes resulta que los hechos imputados, si bien son merecedores de sanción, no lo son de la más grave, como es el despido, por no presentar los hechos acreditados, en relación con las circunstancias concurrentes, una gravedad tan intensa ni revestir una importancia tan acusada como para poder justificar el despido efectuado. “; añadiendo que “....también cuando se trata de supuestos de " La transgresión de la buena fe contractual, así como el abuso de confianza en el desempeño del trabajo " articulados como motivo de despido disciplinario no basta con la mera existencia de la transgresión o del abuso para declarar la procedencia del despido, sino que, como en los demás supuestos de incumplimientos contractuales, es igualmente necesario que pueda calificarse como un "incumplimiento grave y culpable del trabajador", por lo que, como regla, pueden ponderarse las circunstancias concurrentes para agravar o para atenuar la conducta del trabajador, las que tendrán mayor o menor incidencia en la referida calificación atendida la gravedad objetiva de la conducta constitutiva del incumplimiento. “

Y estimando que, en el caso concreto, las circunstancias del trabajador relativas a su categoría, antigüedad en la empresa, responsabilidad y falta de consumación de

la infracción, que, como hemos dicho, no consta valorada en la instancia, obran como elementos de atenuación de su conducta, degradando su responsabilidad, procede la desestimación del recurso, manteniendo el pronunciamiento de la instancia, si bien con las correcciones efectuadas en orden a estimar que la comunicación del despido cumplió con las formalidades legales exigibles.

CUARTO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 204.1 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 objeto del depósito constituido para recurrir. Asimismo, y de acuerdo con lo ordenado en el artículo 235.1 de la misma norma, procede la imposición de costas a la parte vencida en el recurso.

FALLO

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de "C. SL", contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº DOS de los de VALENCIA, de fecha 18 de agosto del 2017, en virtud de demanda presentada a instancia de DON J.B.M.; y, en consecuencia, confirmamos la sentencia recurrida.

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

Se condena a la parte recurrente a que abone al Letrado impugnante la cantidad de 200 euros.

2334

Sentencia núm. 507, de 13 de febrero de 2018

Materia: Reclamación de cantidad. Rescisión de contrato laboral e indemnización a favor de la actora por despido procedente. Declaración de insolvencia de la empresa. La actora solicita prestaciones Al FOGASA como consecuencia del despido objetivo que le son denegadas. Denegación por prescripción. Silencio.

Juzgado: Estima parcialmente la demanda, condenando al organismo demandado a abonar a la actora determinada cantidad, en virtud del despido de la trabajadora.

Sala: Estima en parte el recurso del organismo demandado declarando la condena al mismo en concepto de responsabilidad subsidiaria, con los topes legales establecidos en concepto de despido improcedente.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Frente a la sentencia de instancia que estimó parcialmente la demanda y condeno al Fondo de Garantía Salarial a abonar al actor la cantidad de 3.080,00 euros en concepto de principal, interpone recurso de suplicación la parte demandada Fogasa, 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 tercero se le dé la siguiente nueva redacción: "TERCERO: El 13 de agosto de 2013, la actora promovió solicitud de prestaciones de garantía salarial, nº de expediente 46/2013/13429. La solicitud son prestaciones (salarios e indemnización) como consecuencia del despido improcedente, en virtud de acta de conciliación judicial y declaración de insolvencia del empresario V.J.S., que le son denegadas por Resolución de 2 de diciembre de 2014, por prescripción al haber transcurrido más de un año desde la firmeza del Decreto de insolvencia hasta la presentación de la solicitud. El 13 de febrero de 2015 se presenta demanda en el Registro único de Entrada que fue turnada a este Juzgado", a lo que debe accederse por cuanto así resulta de los concretos documentos en que se basa.

SEGUNDO.- Respecto del derecho, denuncia el recurso, con amparo procesal en el apartado c) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, que en la sentencia impugnada se ha producido infracción de los artículos 33.2 y 4 del Estatuto de los Trabajadores y los artículos 13 a 19 y 25 del RD 505/1985, de organización y funcionamiento del Fondo de Garantía Salarial, alegando, en síntesis, que no se trata de una solicitud del 40% de indemnización por extinción por causas objetivas y por lo tanto no se puede condenar por silencio positivo al pago del 40% de indemnización previsto en el art. 33.8 del E.T. ya derogado (responsabilidad directa), y sostiene que se trata de una indemnización reconocida como despido improcedente en virtud de un acto de conciliación judicial con declaración de insolvencia, siendo la causa de pedir la insolvencia del empresario, y añade si se estima el presente recurso y se declara por la Sala que el pago de 3.080 euros es en concepto de indemnización por despido improcedente el FOGASA una vez acredite el pago se subroga en el crédito de la trabajadora, permitiendo el inicio de actuaciones recuperatorias del crédito, pero la declaración de la sentencia de que se trata del 40% de indemnización del art. 33.8 del E.T. impide el derecho de subrogación produciendo un perjuicio al organismo que no está previsto legalmente para un supuesto de despido improcedente. También sostiene el Organismo recurrente, que con independencia de que se alegara en el acto del juicio que se reclama un 40% de indemnización por importe de 5.759,81 euros, de

la prueba practicada se contradice dicha manifestación, que queda rebatida por los documentos obrantes en el expediente administrativo.

Para resolver la presente controversia debe tenerse en cuenta lo establecido por esta Sala al resolver los recursos de suplicación 2689/2014 y 2925/2014 e indicar que, "conforme dispone el RD 505/1985, de 6 de marzo, regulador de la organización y funcionamiento del Fondo de Garantía Salarial, art. 28. 6 y 7, las resoluciones dictadas en procedimientos de solicitud de prestaciones al Fondo de Garantía Salarial serán notificadas a los interesados, mediante traslado del texto íntegro de aquélla y sus anexos, limitándose el plazo máximo para la resolución en primera instancia a tres meses, contados a partir de la presentación en forma de la solicitud.

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

Pues bien, el plazo máximo para dictar la Resolución por el Fogasa es de tres meses desde la fecha de la solicitud, y en nuestro caso tal plazo no se ha cumplido ya que, según el hecho probado 3º de la sentencia de instancia: "La actora se dirigió en Junio de 2013 al FOGASA, reclamando la cantidad de 9.236,52 euros que quedaban pendientes en concepto de indemnización por despido más 5.230,81 en concepto de salarios. Por resolución del FOGASA de 7-4-2014 se reconoció a la actora la cantidad de 9.280,32, de los que 4.090,80 corresponden a salarios y 5.189,52 euros a indemnización, cantidades que fueron abonadas por el FOGASA en 11-4-2014".

Llegados a este punto debemos indicar que la argumentación por la que el FOGASA considera que debe inaplicarse el silencio positivo se basa en evitar el reconocimiento de derechos contra ley. Es evidente que a la fecha en que por el FOGASA se dictó la resolución en la que le reconocían a la actora determinadas cantidades ya había transcurrido el plazo que la norma establece para resolver, ya que la resolución expresa posterior, en caso de haberse producido el silencio positivo, solo puede dictarse de ser confirmatoria del mismo.

Junto a lo anterior debe citarse lo resuelto por la Sala de lo Social del TJS Castilla-León (Burgos), en sentencia de 25-2-2015 y en otras anteriores como la dictada en el Rec nº 992/14, en la que expresamente se señala: "Dicha interpretación no es compartida por esta Sala. De conformidad con doctrina sentada por la Sala Tercera del Tribunal Supremo, "el silencio positivo se continúa configurando como un verdadero acto administrativo, como un acto declarativo de derechos para el interesado, según resulta sin ninguna duda del art. 43.3 párrafo primero que dice. De ahí que el apartado 4.º del mismo precepto señale, en lógica coherencia con lo postulado, que «en los casos de estimación por silencio administrativo, la resolución expresa posterior a la producción del acto sólo podrá dictarse de ser confirmatoria del mismo» [letra a)]" y que "el carácter positivo que el silencio administrativo tiene establecido con carácter general se ha reforzado más aún si cabe (Ley 25/2009, de 22 de diciembre), porque, para privar de dicho carácter al silencio, no sólo se requiere ya la existencia de una norma de rango legal (o disposición comunitaria) que venga a otorgar al silencio carácter negativo, sino que además dicha norma ha de estar fundada en "imperiosas

razones de interés general (...). La LRJAP- PAC impone a falta de previsión legal expresa en sentido contrario el carácter positivo del silencio administrativo". (STS, Sala 3ª 16 de enero de 2015, Rec. 691/2013).

En cuanto a los efectos del silencio administrativo positivo, ha declarado la Sala Tercera del TS, en Sentencia de 17 de julio de 2012 (Rec. 5627/2010) por remisión a la dictada el 15 de marzo de 2011 que: «El silencio administrativo positivo, según el artículo 43.3 de la Ley 30/1992, tiene todos los efectos propios o característicos que tendría un acto finalizador del expediente, salvo el de dejar formalmente cumplido el deber de resolver; de ahí, que el apartado 4.a) de ese precepto en la redacción actual, disponga que "en los casos de estimación por silencio administrativo, la resolución expresa posterior a la producción del acto sólo podrá dictarse de ser confirmatoria del mismo" (...). Ahora bien, una vez operado el silencio positivo, no es dable efectuar como realiza el Tribunal de instancia, un examen sobre la legalidad intrínseca del acto presunto, pues, si bien es cierto, que según el artículo 62.1.f) de la Ley 30/1992 son nulos de pleno derecho los actos presuntos "contrarios" al Ordenamiento Jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición, no es menos cierto, según declaramos, entre otras, en nuestra sentencia de uno de abril de dos mil cuatro, recaída en el recurso de casación 1602/2000, que para revisar y dejar sin efecto un acto presunto (nulo) o anulable la Administración debe seguir los procedimientos de revisión establecido por el artículo 102, o instar la declaración de lesividad". Dicho criterio ha sido confirmado en Sentencia también de la Sala Tercera, de 25 de septiembre de 2012, Rec. 4332/2011, con cita de las anteriores."

Partiendo de tal criterio el motivo del recurso no puede ser estimado ya que no cabe tomar en consideración la Resolución dictada por el Fogasa extemporáneamente. Lo decisivo es que una vez operado el silencio positivo no es viable un examen de legalidad, esto es, si son títulos hábiles y suficientes los documentos aportados por la parte, para exigir la responsabilidad pretendida al FGS. Esta misma conclusión se alcanza en resoluciones dictadas por diferentes Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia, pudiendo citarse a título de ejemplo, las citadas por las Salas de Castilla y León, sede Valladolid de 16 de septiembre de 2014 (Rec. 1051/2014); Madrid, 7 de julio de 2014, (Rec. 2106/2013) y 2 de junio de 2014 (Rec. 1968/2013); Asturias, 16 de mayo de 2014 (Rec. 918/2014) y 27 de junio de 2014 (Rec. 1308/2014); Valencia 1 de abril de 2014 (Rec. 2399/2013) y 11 de abril de 2014 (Rec. 2596/2013); y Murcia, 26 de enero de 2015 (Rec. 348/2014).

En definitiva, como establece la sentencia de la Sala de lo Social del TSJ Asturias de 20-3-2015, "una vez operado el silencio positivo no es dable efectuar un examen sobre la legalidad intrínseca del acto estimatorio, pues, si bien es cierto que según el art. 62-1 f) de la Ley 30/1992 son nulos de pleno derecho los actos presuntos contrarios al Ordenamiento Jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición, no es menos cierto que las garantías de seguridad y permanencia de que, al igual que los actos expresos, gozan los actos producidos por silencio positivo, como es el caso, conducen a que para revisar y dejar sin efecto un acto presunto nulo o anulable la Administración debe seguir, como si de un acto expreso se tratase, los procedimientos de revisión establecidos por el artículo 102, o instar la declaración de lesividad, (SSTS de 15 de Marzo de 2011 , 25 de septiembre de 2012 , 24 de octubre de 2014 y las que en ellas se citan).

No obstante, la sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 16 de marzo de 2015 (rcud. 802/2014) recoge la doctrina del Alto Tribunal sobre los efectos que el silencio positivo produce sobre la resolución tardía y denegatoria, por parte de la Administración, de la reclamación de un trabajador en la que se solicita el abono de ciertas cantidades derivadas de la responsabilidad subsidiaria del Fondo de Garantía Salarial. En dicha sentencia, el Tribunal concreta que la falta de respuesta de la Administración en plazo comporta la aplicación de los efectos positivos del silencio, y por aplicación de la sentencia de la Sala Tercera de 17-7-2012, "una vez operado el

silencio positivo, no es dable efectuar un examen sobre la legalidad intrínseca del acto presunto, pues, si bien es cierto, que según 62.1 f) de la Ley 30/92 son nulos de pleno derecho los actos presuntos “contrarios” al Ordenamiento Jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición, no es menos cierto que para revisar y dejar sin efecto un acto presunto (nulo) o anulable la Administración debe seguir los procedimientos de revisión establecidos por el art. 102, o instar la declaración de lesividad”. Ahora bien, también sostiene la Sala que “el silencio administrativo, positivo o negativo, no debe ser un instituto jurídico formal, sino la garantía que impida que los derechos de particulares se vacíen de contenido cuando la Administración no atiende eficazmente y con la celeridad debida las funciones para las que se ha organizado. Esta garantía, exponente de una Administración en la que debe primar la eficacia sobre el formalismo, solo cederá cuando exista un interés general prevalente o, cuando realmente, el derecho cuyo reconocimiento se postula no exista. Así, la sentencia de la Sala tercera de 2-2-2012 precisa que el silencio administrativo puede tener lugar ante cualquier clase de solicitud, siempre que su contenido sea real y posible desde el punto de vista material y jurídico”. En la misma línea se expresa la sentencia de esta Sala al resolver el recurso 3589/2015. Y sostiene que el silencio positivo no puede operar sobre cualquier cantidad reclamada por el trabajador, sin sujetarse a los conceptos y límites previstos por la normativa legal.

En el presente supuesto nos encontramos con que el FOGASA no resolvió dentro del plazo de tres meses y en este sentido debería desestimarse el recurso de suplicación formulado, pero en el caso que nos ocupa debe tenerse en cuenta que atendida la precedente doctrina, la responsabilidad del FOGASA está tasada, es de máximos y responde subsidiariamente dentro de los topes legales y los hechos declarados probados no permiten establecer que nos encontremos ante un despido objetivo cómo valora el Juzgador de instancia y acoge la reclamación del 40% por tener la empresa menos de veinticinco trabajadores, sino ante un despido que se ha declarado improcedente en virtud de acta de conciliación judicial y declaración de insolvencia del empresario y así debe quedar establecido y no existiendo reparo por el Fogasa sobre la cantidad establecida en el fallo de la sentencia, debe ser confirmada estableciendo la responsabilidad de abonarla por este Organismo de modo subsidiaria de acuerdo con la normativa aplicable, y en este sentido se declara la responsabilidad del FOGASA.

FALLO

Que estimando el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada del Fondo de Garantía Salarial frente a la sentencia del Juzgado de lo Social número 17 de los de Valencia, de fecha 19 de enero de 2.017, a que se contrae el presente rollo, la revocamos en parte y en su lugar se declara que la condena al pago de 3.080 euros es en concepto de responsabilidad subsidiaria del FONDO DE GARANTIA SALARIAL con aplicación de los topes legales del art. 33.2 del Estatuto de los Trabajadores, en concepto de indemnización por despido improcedente. Manteniendo el resto de los pronunciamientos de la sentencia de instancia en lo que no se opongan a la presente resolución.

2335

Sentencia núm. 609, de 21 de febrero de 2018

Materia: Pensión de jubilación. Cálculo porcentaje base reguladora. Diferencias entre lo reconocido por el INSS y lo solicitado por la actora. Incongruencia "Extra petita".

Juzgado: Estima la demanda declarando el derecho de la actora a percibir la pensión de jubilación en cuantía del 82% sobre determinada base reguladora.

Sala: Estima el recurso al apreciarse incongruencia entre lo pedido y lo que se ha estimado en el fallo. Anula el procedimiento del fallo de la resolución recurrida en cuanto a la base reguladora y cuantía de la pensión, manteniendo el resto de la meritada resolución.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- Contra la sentencia de instancia interpone recurso de suplicación la Letrada de la Administración de la Seguridad Social a través de tres motivos que se articulan respectivamente por los apartados a, b y c del art. 193 de la Ley de la Jurisdicción Social (LJS), habiéndose opuesto la demandante a la admisión del recurso por no exceder de 3.000 € las diferencias en cómputo anual que resultan de la mayor base reguladora y del mayor porcentaje de la pensión de jubilación cuyo reconocimiento se solicita en la demanda origen de autos.

Aun siendo cierto lo manifestado por la representación técnica de la recurrente al impugnar el recurso, no puede desconocerse que el primer motivo del recurso se introduce, como ya se ha dicho, por el apartado a) del art. 193 de la LJS cuyo objeto es "a) Reponer los autos al estado en el que se encontraban en el momento de cometerse una infracción de normas o garantías del procedimiento que haya producido indefensión." Y de acuerdo con el art. 191.3.d) de la LJS: "3. Procederá en todo caso la suplicación: ...d) Cuando el recurso tenga por objeto subsanar una falta esencial del procedimiento o la omisión del intento de conciliación o de mediación obligatoria previa, siempre que se haya formulado la protesta en tiempo y forma y hayan producido indefensión. Si el fondo del asunto no estuviera comprendido dentro de los límites de la suplicación, la sentencia resolverá sólo sobre el defecto procesal invocado."

Luego sí que procede entrar a examinar el primero de los motivos del recurso en el que se imputa a la resolución recurrida la infracción del art. 24 de la Constitución Española en relación con el art. 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por entender que la sentencia de instancia ha incurrido en incongruencia entre lo pedido en la demanda y lo que se ha estimado en el fallo. Dicha incongruencia se produce al haber desistido la parte actora en el acto del juicio del punto a del antecedente fáctico cuarto de la demanda, por lo que la única discrepancia entre las partes era el porcentaje de la pensión de jubilación reconocida a la actora al haber desistido la misma de la mayor base de cotización que propugnaba respecto al mes de septiembre de 2002 y haber estimado el INSS el resto de su reclamación en lo que atañía a las bases de cotización, no obstante lo cual la sentencia reconoce a la actora como base reguladora de su prestación de jubilación la reclamada en la demanda.

Como indica nuestro Alto Tribunal en sentencia de 19 de octubre de 2015, Recurso: 99/2015, "Sobre esta materia merece recordarse la doctrina de nuestro Tribunal Constitucional que en su sentencia 41/2007, de 26 de febrero, dice: "la

incongruencia por exceso o extra petitum es aquella por la que "el órgano judicial concede algo no pedido o se pronuncia sobre una pretensión que no fue oportunamente deducida por los litigantes e implica un desajuste o inadecuación entre el fallo o la parte dispositiva de la resolución judicial y los términos en los que las partes formularon sus pretensiones. La incongruencia extra petitum constituye siempre una infracción del principio dispositivo y de aportación de las partes que impide al órgano judicial, en los procesos presididos por estos principios, pronunciarse sobre aquellas pretensiones que no fueron ejercitadas por las partes, al ser éstas las que, en su calidad de verdaderos domini litis, conforman el objeto del debate o thema decidendi y el alcance del pronunciamiento judicial. Este deberá adecuarse a lo que fue objeto del proceso, delimitado, a tales efectos, por los sujetos del mismo (partes), por lo pedido (petitum) y por los hechos o realidad histórica que le sirve como razón o causa de pedir (causa petendi). Todo lo cual no comporta que el Juez deba quedar vinculado rígidamente al tenor de los concretos pedimentos articulados por las partes en sus respectivos escritos forenses o a los razonamientos o alegaciones jurídicas esgrimidas en su apoyo. Por un lado el principio iura novit curia permite al Juez fundar el fallo en los preceptos legales o normas jurídicas que sean de pertinente aplicación al caso, aunque no hayan sido invocadas por los litigantes; y, por otro lado, el órgano judicial sólo está vinculado por la esencia de lo pedido y discutido en el pleito, y no por la literalidad de las concretas pretensiones ejercitadas, tal y como hayan sido formalmente solicitadas por los litigantes, de forma que no existirá la incongruencia extra petitum cuando el Juez o Tribunal decida o se pronuncie sobre una pretensión que, aun cuando no fue formal o expresamente ejercitada, estaba implícita o era consecuencia inescindible o necesaria de los pedimentos articulados o de la cuestión principal debatida en el proceso (por todas, SSTC 9/1998, de 13 de enero, FJ 2 ; 15/1999, de 22 de febrero, FJ 2 ; 134/1999, de 15 de julio, FJ 9 ; 172/2001, de 19 de julio, FJ 2 ; 130/2004, de 19 de julio , FJ 3)" (STC 250/2004, de 20 de diciembre , FJ 3)".

En el presente caso se constata la incongruencia denunciada por la Letrada de la Administración de la Seguridad Social por cuanto que al haber desistido la parte actora en el acto del juicio, como se recoge en los antecedentes de hecho de la sentencia de instancia, de la diferencia de la base reguladora de la pensión de jubilación que resultaba de aplicar una mayor base de cotización respecto del mes de septiembre de 2002, habiéndosele reconocido por la Entidad Gestora el resto de las bases de cotización propugnadas por la demandante para el cálculo de su pensión, no cabía estimar la base reguladora que la actora solicitaba en su demanda antes del indicado desistimiento, sino la base reguladora que le había reconocido la Entidad Gestora.

Al apreciarse la incongruencia extra petita, procede estimar el motivo ahora examinado y, por consiguiente, procede anular el pronunciamiento de la sentencia recurrida respecto a la base reguladora de la pensión de jubilación de la actora y a la cuantía de la misma, manteniendo el resto de la resolución recurrida. No cabe entrar a resolver el resto de los motivos habida cuenta que, por razón de la cuantía de las diferencias reclamadas respecto a la pensión de jubilación reconocida, la sentencia de instancia no tiene acceso a la suplicación más que por el apartado a) del art. 193 de la LJS que es el que se ha resuelto.

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. Cinco de los de Alicante y su provincia, de fecha 1 de julio de 2016, en virtud de demanda presentada a instancia de D.ª F.R.R. contra la TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y C.B.S., S.L., y anulamos el pronunciamiento del fallo de la resolución recurrida relativo a la

base reguladora y a la cuantía de la pensión, manteniendo el resto de la meritada resolución.

2336

Sentencia núm. 625, de 27 de febrero de 2018

Materia: Prestación por desempleo. Reintegro de prestaciones indebidamente percibidas. Cálculo. Trabajadora que presta servicios en empresa dedicada a la actividad de peluquería. ERE. Extinción de la relación laboral. La actora está de baja en el momento de la extinción. Cuando es dada de alta solicita prestación por desempleo. Declaración de despido improcedente. Insolvencia de la empresa. Percepción salarios de tramitación por parte del FOGASA. Incompatibilidad percepciones. Devolución prestaciones.

Juzgado: Desestima la demanda considerando ajustado a derecho el importe de las prestaciones que ha de devolver la trabajadora por incompatibilidad de los salarios de tramitación reconocidos desde la fecha del despido hasta el auto de extinción de la relación laboral con la prestación por desempleo recibida.

Sala: Estima el recurso y revoca parcialmente la resolución del organismo demandado, condenando a la actora a devolver las cuantías correspondientes por los días en que ha habido una incompatibilidad y que son las correspondientes a las percibidas del FOGASA ante la insolvencia de la empresa.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se recurre por la demandante D^a M.T.C.M. la sentencia del Juzgado de lo Social de procedencia que, desestimó su demanda. En dicha demanda se impugna Resolución del SERVICIO PUBLICO DE EMPLEO ESTATAL (SPEE) de 20-2-15 (y la desestimatoria de la reclamación previa contra ella) que, en regularización de prestación y subsidio de desempleo por salarios de tramitación, fija la cantidad a devolver por la actora, entendiendo la demandante que hay errores en esa regularización y le corresponde devolver una menor.

Articula el recurso, que no ha sido impugnado, a través de dos motivos: el primero, al amparo del apartado b) del artículo 193 de la LJS, para revisión de hechos probados y, el segundo, al amparo del c), para el examen de las infracciones de normas sustantivas y doctrina jurisprudencial que indica y termina suplicando Sentencia que, con revocación de la recurrida, se declare el cobro indebido de la prestación por desempleo por incompatibilidad con los salarios de tramitación tan sólo en la cantidad de 3.402 euros, frente a los 8.442'28 que había fijado el SPEE.

SEGUNDO.- En revisión de hechos probados se solicita:

A) Adición de un segundo párrafo al hecho probado Quinto que diga "Tal solicitud de prestación de desempleo fue presentada por la trabajadora ante la Oficina de Empleo el día 8 de abril de 2011, acompañando la documentación requerida". Se acepta porque así claramente resulta de los folios 150 y 86 a 98 en que se apoya y es relevante.

B) Adición al Hecho Probado Sexto in fine de un párrafo que diga "Tras la prestación por desempleo contributivo le fue reconocido por Resolución de 21 de enero de 2013 subsidio de desempleo con 720 días de derecho sobre una base reguladora diaria de 17,75 euros, siendo el periodo inicial reconocido de 06/01/2013 a 05/07/2013". También se acepta por resultar del folio 141 y ser relevante.

C) Sustitución del Hecho Probado Undécimo que debe quedar con los siguientes términos "Las cantidades totales a percibir por la actora a la finalización de los salarios de trámite reconocidos, es decir, tras la extinción de su relación laboral por

auto de 23 de marzo de 2011 por los conceptos de prestación de desempleo y subsidio, teniendo en cuenta el nuevo periodo de ocupación cotizada de 793 días correspondiente a dichos salarios de trámite, son las reconocidas por el SPEE en resoluciones de 24 de mayo de 2011 y 21 de enero de 2013, respectivamente, es decir:

- Prestación de desempleo:

*Días cotizados: 1.922

*Días de derecho: 600

*Periodo reconocido: del 06/04/2011 al 15/12/2012 ¿

*Base reguladora diaria: 28,35

*Porcentaje sobre la base reguladora: 70%

*cuantía diaria inicial: 22,15 brutas

637,64 euros netos mensuales /30 = 21,254

22,15x 600 = 13.290 euros brutos

21,25 x 600 = 12.750 euros netos

- Subsidio de desempleo

*Días de derecho: 720

*Periodo reconocido: Del 06/01/2013 al 05/07/2013

*Base reguladora diaria: 17,75

*Cuantía diaria: 14,20

Se le deja de pagar prestaciones a la actora el día 31/05/2013, por lo que el subsidio percibido hasta dicha fecha asciende a 2.485 euros (14,20 x 175 días).

TOTAL PRESTACIONES = 15.235,00 EUROS netos"

Se acepta igualmente por resultar los errores patentes que se denuncian en el texto judicial y resultar el que se propone de los folios 148 y 141 en que se basa, siendo relevante.

D) Añadir un Hecho Probado Undécimo BIS con la siguiente redacción:
"Todo ello sin perjuicio de la regularización de las prestaciones obtenidas tras el despido de 17/01/2009 durante el tiempo de superposición con los salarios de tramitación:

Dado que los salarios de trámite resultan incompatibles con las prestaciones de desempleo resulta, que la actora debería devolver por indebidas las prestaciones percibidas desde la fecha del despido (17/01/2009) hasta el Auto de extinción de la relación laboral de 23/03/2011, siendo éstas las siguientes:

Prestación de desempleo:

*Días cotizados (hasta la fecha del despido 17/01/09): 1.114

*Días de derecho: 360

*Días consumidos por la IT (desde el despido 17/01/09 hasta el alta médica de 16/11/09): 303 días

*Periodo reconocido: Desde el alta médica (17/11/09 hasta el 13/01/2010) = 57 días

*Base reguladora diaria: 26,98

*Cuantía diaria inicial: 21,93

Total prestación por desempleo: 21,93 x 57 días = 1.250 euros LIQUIDO = 1.203,76

1 Prestación de subsidio:

*Días de derecho: 720

*Cuantía diaria: 14,20

*Periodo: Desde 14/01/2010 hasta el 23/03/2011 = 430 días

Total prestación subsidio: 14,20 x 430 días = 6.106 euros

TOTAL PRESTACIONES SUPERPUESTAS CON EL PERIODO RECONOCIDO DE SALARIOS DE TRAMITACIÓN = 7.309,76 EUROS

De nuevo se acepta por derivarse directamente de los documentos de los folios 166 y 154 a 156 que se invocan, siendo relevante para sentar cuales fueron las prestaciones percibidas coincidentes con el periodo correspondiente a salarios de tramitación.

E) Adición de un Hecho Probado Undécimo TER que diga: “No obstante lo acreditado en el HECHO PROBADO ANTERIOR, la cantidad de 7.309,76 euros netos sería la prestación que la actora hubiera percibido indebidamente por el periodo comprendido entre la fecha del despido y el auto de extinción, si hubiera cobrado efectivamente la totalidad de los 793 días de salarios de tramitación devengados y reconocidos en ese periodo, es decir, los 22.481,55 euros. Pero lo bien cierto es que la actora tan sólo cobró salarios de tramitación en la cuantía tope de 120 días de salario del FOGASA, por importe de 3.402 euros”. También se acepta porque, con independencia de la redacción más o menos correcta para hecho probado, de la Resolución del FOGASA obrante al folio 75 resulta que las prestaciones de garantía salarial que percibió fueron las que indica por 120 días de salarios de tramitación, lo que también es relevante para el fondo y sentido del fallo. Y

F) Supresión del Hecho Probado Décimo Tercero in fine donde dice “Diferencia entre percibido (22.378,80 euros) y lo debido percibir (13.963,58 euros) 8.442 euros” y se acepta por resultar incompatible con el hecho probado undécimo anterior en los términos en que ha quedado fijado.

TERCERO.- En el examen del derecho, se alega vulneración del artículo 209.5 de la LGSS al haberse aplicado indebidamente su apartado a) en lugar del apartado c) que considera el aplicable y de la doctrina jurisprudencial derivada de las SSTS de 1-2 y 21-3-11 que la propia sentencia recurrida indica pero que, según la recurrente, aplica erróneamente.

En efecto, esas infracciones se han producido porque el apartado a) del artículo 209.5 de la LGSS se refiere a los casos en que, como consecuencia de la impugnación del despido, éste sea declarado improcedente y se opte por la indemnización, distinguiendo si el trabajador tiene o no derecho a salarios de tramitación, pero éste no es nuestro caso, sino que no hubo opción de la empresa y se dictó Auto declarando extinguida la relación con los correspondientes salarios de tramitación hasta la fecha del Auto, por lo que era de aplicación el apartado c), que se remite a lo establecido en el apartado a), conforme al cual, si el actor estuviera percibiendo prestaciones dejará de percibir las, considerándose indebidas y podrá volver a percibir las con efectos desde la fecha en que finaliza la obligación del abono de dichos salarios, pero, en nuestro caso, esa finalización y, por tanto, el inicio de la prestación por desempleo, se produjo, no en la fecha del despido (tras el alta médica), sino en la fecha del Auto de extinción de la relación laboral, que era el 23-3-11, por lo que la resolución correcta de desempleo era la que se aprueba tras el Auto de extinción por periodo de 600 días, más el subsidio de desempleo hasta que deja de percibirlo el 30-5-13 (Resolución de 10-2-10), sin perjuicio de la regularización.

Por otro lado, en cuanto a la regularización, el Fundamento Cuarto de la STS de 1-3-11 dice que “Se trata de un regulación legal compleja que puede comportar muchos elementos de hecho variables derivados, entre otras situaciones posibles, por ejemplo del momento en que se cobran esos salarios de tramitación -en ocasiones después de terminar las prestaciones por desempleo- si se abonan en todo o en parte o si lo hace la empresa o el Fondo de Garantía Salarial” y, en nuestro caso, la demandante no llega a percibir los salarios de tramitación que le han sido reconocidos desde la fecha del despido (17-1-09) hasta el Auto de extinción (23-3-11, 793 días, sino que sólo cobra en parte, concretamente 120 días del FOGASA ante la insolvencia de la empresa y por

importe de 3.082 euros, por lo que la solución de devolver toda la prestación correspondiente al periodo anterior al Auto de extinción produce un desproporcionado perjuicio al trabajador y sólo debe reintegrar las prestaciones correspondientes a esa parte. Así lo apareció también la sentencia de 15-3-11 (recurso de suplicación 2838/10) de este TSJCV, diciendo que sólo existe la incompatibilidad sobrevenida en relación a los días de prestación efectivamente percibidos.

La sentencia aceptó e incorporó a sus hechos probados los cálculos del SPEE, pero sin tener en cuenta esos errores que los mismos contenían, siendo los correctos los ofrecidos en la revisión fáctica por la recurrente y que, por cierto, el SPEE no ha cuestionado al no haber impugnado el recurso.

En consecuencia, procede la estimación del recurso con revocación de la sentencia y de la Resolución administrativa impugnada.

CUARTO.- De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 235.1 de la LJS, no procede imposición de costas a la parte recurrente vencida en el recurso, dado el sentido estimatorio de éste.

FALLAMOS

Estimando el recurso de suplicación formulado por la demandante D^a M.T.C.M. contra la Sentencia de fecha 10 de octubre de 2016, dictada por el Juzgado de lo Social núm. 8 de Valencia, en autos 653/15 sobre DESEMPLEO, siendo parte recurrida el SERVICIO DE EMPLEO PUBLICO ESTATAL, revocamos la referida Sentencia y, estimando la demanda en los términos fijados en el recurso, revocamos parcialmente la Resolución del SPEE de 20-2-15 (y la desestimatoria de la reclamación previa contra ella), en el sentido de no ser 8.442'28 euros la cuantía pendiente de devolución por la demandante sino sólo la de 3.402 euros, condenando al SPEE a estar y pasar por las consecuencias de lo anterior. Sin costas.

2337

Sentencia núm. 649, de 27 de febrero de 2018

Materia: Prestación por desempleo. Subsidio de desempleo para mayores de 52 años. Suspensión de la prestación por percepción de rentas en cómputo mensual superiores al 75% del SMI, en base a una aceptación de herencia. El actor presenta reclamación solicitando reanudación de la prestación, la cual le es denegada. Derecho a la prestación. Aplicación doctrina Tribunal Supremo.

Juzgado: Desestima la demanda, absolviendo al demandado de los pedimentos deducidos en su contra.

Sala: Estima el recurso declarando el derecho del actor a cobrar el subsidio de desempleo, quedando este en suspenso únicamente durante el mes en que se adjudicó la herencia y se rebasó el tope mensual establecido por ley.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Recurre la parte actora en suplicación la sentencia de instancia que desestimó la demanda sobre subsidio por desempleo, lo que efectúa al amparo de los apartados b) y c) del art. 193 de la LRJS.

Comenzando por el primero del ellos la parte recurrente propone la modificación el hecho probado 1º para que se amplíe en el siguiente sentido: "El actor es beneficiario del subsidio para mayores de 52 años desde el 03-08-2006 y por resolución de fecha 25-09-2006.", con supresión de la palabra "inicialmente" en más adelante figura en el texto.

Aceptamos la modificación interesada ya que la misma se desprende de modo patente de la prueba documental citada, y resulta importante y aclaratoria de las vicisitudes acaecidas en cuanto al subsidio.

SEGUNDO.- Al amparo del apartado c) del art. 193 de la LRJS se denuncia la infracción del art. 215.3 apartado 2 que considera rentas o ganancias patrimoniales aplicando a su valor el 50% del tipo interés legal del dinero vigente (lo que pasó al 100% respecto de solicitudes de nacimiento de derecho al subsidio presentadas a partir del 15-7-2012 -RD Ley 20/2012 de 13 de julio-). Alega el recurrente que el factor a tener en cuenta para el mantenimiento de este tipo de subsidio es únicamente el de las rentas, con independencia de su naturaleza, y que la aceptación de la herencia no equivale a un rendimiento patrimonial inmediato (TSJ Cataluña 3958/2012 de 24 de marzo), sí la realización de los bienes adquiridos o los rendimientos económicos que se deriven de la venta de los elementos patrimoniales que constituyen la herencia aceptada y adjudicada. Además, con la Ley 45/2002 de 12 de diciembre dicha aceptación podría dar lugar a "rentas presuntas" cuyo cálculo se realizaría a través de la aplicación del 50% del tipo del interés legal del dinero vigente, al montante económico del patrimonio del beneficiario, lo que en el presente caso, que la aceptación y adjudicación de herencia se produce en noviembre de 2014, implican unos ingresos presuntos de 3.495,38 €, que sí rebasa el tope mensual del 75% del SMI que establece el 215.1.1 y, en consecuencia, la suspensión del subsidio debiera haberse limitado al mes de noviembre de 2014, debiendo haberse reanudado al mes siguiente.

Pues bien, de conformidad con la doctrina del Tribunal Supremo (entre otras, sentencia de 8-2-2006) y la mostrada por esta Sala en su sentencia de 22-11-16 (Rec. 3616/15), debe revocarse la sentencia de instancia y parcialmente la resolución del SPEE

que suspendió el subsidio por desempleo desde la adjudicación de la herencia (21-11-2014) hasta la solicitud de reanudación (que aconteció según el propio SPEE el 17-9-2015), por haber superado sus rentas el 75% del salario mínimo interprofesional, al haberse aceptado y adjudicado una herencia en 21-11-2014, habiéndole correspondido al Sr. S. unos 174.769,49 € (hecho tercero). Ello determina que debe acordarse la suspensión del indicado subsidio solo durante el mes en que se efectuó la aceptación y adjudicación de la herencia, siendo de destacar que el actor cumplió con sus obligaciones al comunicar al SPEE dicho acontecimiento (art. 219.2 de la LGSS) y que hemos de estar a la normativa legal y a su interpretación por la Sala 4ª del Tribunal Supremo.

Así las cosas, siendo que la ley establece un sistema de rentas presuntas y que en este subsidio debemos atender al nivel de rentas y no al patrimonio genéricamente considerado, es por lo que debe declararse la suspensión del subsidio por desempleo únicamente por el mes de noviembre de 2014, en que se adjudicó la herencia y en que se superaron los límites, condenando al SPEE a estar y pasar por esta declaración y por todas sus consecuencias legales.

FALLO

Que estimando el recurso de suplicación interpuesto por D. J.S.R. contra la sentencia de 29 de noviembre de 2016 del Juzgado de lo Social nº 5 de los de Alicante, y con revocación de la misma, declaramos que la suspensión del subsidio por desempleo se contrae únicamente al mes de noviembre de 2014, condenando al SPEE a estar y pasar por esta declaración y por todas sus consecuencias legales. Sin costas.

2338

Sentencia núm. 709, de 28 de febrero de 2018

Materia: Personal sanitario. Reconocimiento derecho: Prestación por riesgo de embarazo. Se ha intentado adaptar las condiciones del puesto de trabajo de la actora a las circunstancias personales. La mutua deniega la prestación solicitada. La actora inicia proceso de incapacidad temporal. Evaluación de riesgos. Situación protegida.

Juzgado: Estima la demanda declarando el derecho de la trabajadora a percibir la prestación por riesgo de embarazo.

Sala: Desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia. Las condiciones en que presta su trabajo la demandante constituyen peligros potenciales para el estado de gestación, a pesar de haberse producido una adaptación del puesto de trabajo.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se recurre por el letrado designado por la mutua X., la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 6 de Valencia -aclarada por auto de 21 de octubre de 2016- que estimó la demanda presentada por el sindicato de enfermería SATSE en nombre e interés de la trabajadora doña M.C.R.G., en el sentido de reconocerle el derecho a percibir la prestación de riesgo durante el embarazo desde el 5 de febrero de 2016 hasta el 3 de julio de 2016 con una base reguladora de 73,23 euros.

SEGUNDO.- 1. El recurso se sustenta en 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 187.2 de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS), texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, y de los artículos 35 y 37 del Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo.

Se argumenta por la mutua que la trabajadora “nunca inició un periodo de suspensión o permiso por riesgo durante el embarazo, pues estuvo prestando servicios de forma efectiva para la empresa hasta el 5 de febrero de 2016, fecha en la que causó baja por Incapacidad Temporal, permaneciendo en dicha situación hasta la fecha del parto, 3 de julio de 2016. Por tanto, a sensu contrario, si no inicia periodo de suspensión del contrato o permiso alguno, a causa de la situación a proteger, no nacerá el derecho al subsidio”.

2. Dispone el artículo 186 de la LGSS/2015 -que se corresponde con el artículo 134 LGSS/1994- lo siguiente:

A los efectos de la prestación económica por riesgo durante el embarazo, se considera situación protegida el periodo de suspensión del contrato de trabajo en los supuestos en que, debiendo la mujer trabajadora cambiar de puesto de trabajo por otro compatible con su estado, en los términos previstos en el artículo 26, apartado 3, de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, dicho cambio de puesto no resulte técnica u objetivamente posible, o no pueda razonablemente exigirse por motivos justificados.

La prestación correspondiente a la situación de riesgo durante el embarazo tendrá la naturaleza de prestación derivada de contingencias profesionales”.

Por su parte, el artículo 31 del Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad y riesgo durante el embarazo, dispone lo siguiente:

“1. A los efectos de la prestación económica por riesgo durante el embarazo, se considera situación protegida aquella en que se encuentra la trabajadora embarazada durante el periodo de suspensión del contrato de trabajo en los supuestos en que, debiendo ésta cambiar de puesto de trabajo por otro compatible con su estado, en los términos previstos en el art. 26.2 y 3 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, dicho cambio de puesto no resulte técnica u objetivamente posible o no pueda razonablemente exigirse por motivos justificados (...) 2. De conformidad con lo establecido en el apartado anterior, no se considerará situación protegida la derivada de riesgos o patologías que puedan influir negativamente en la salud de la trabajadora o del feto, cuando no esté relacionada con agentes, procedimientos o condiciones de trabajo del puesto desempeñado”.

3. De la lectura de ambos preceptos podemos concluir que nos encontramos ante una prestación de carácter profesional, de modo que si el riesgo no guarda relación con agentes, procedimientos o condiciones de trabajo del puesto o actividad desempeñados por la mujer embarazada, no ha lugar a la situación protegida. Todo ello sin perjuicio de que otras situaciones de riesgo, como las derivadas de patologías propias que se pueden presentar en cualquier embarazo y que son ajenas a la etiología profesional, puedan quedar cubiertas por la prestación de incapacidad temporal regulada en los artículos 169 y siguientes de la LGSS. Y esto es así, porque la contingencia estudiada tiene su causa en la normativa reguladora de las medidas de prevención de riesgos laborales y más concretamente en el artículo 26 de la Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales que exige la presencia de dicho riesgo y no una patología ya diagnosticada.

De ahí que en sentencias anteriores hayamos señalado que si cuando se solicita la prestación la trabajadora no se encuentra en la situación protegida de riesgo por embarazo, bien porque le ha sido asignado otro puesto de trabajo en la empresa compatible con su estado de gravidez; o bien, porque concurre una causa de suspensión del contrato de trabajo como es la incapacidad temporal (artículo 451.c) del ET durante la que no existe la obligación de trabajar (artículo 45.2 ET), la prestación no puede ser reconocida, sin perjuicio de que se pueda solicitar cuando el riesgo se actualice en el caso de que la trabajadora tuviera que reincorporarse al puesto que genera el riesgo. Este es, además, el sentido del artículo 37 del Real Decreto 295/2009, cuya infracción se denuncia por la mutua. Lo que se dice en él es que no procede el reconocimiento de la prestación “cuando la trabajadora se encuentre en situación de incapacidad temporal y durante la misma, solicite la prestación”.

4. Ahora bien, en el supuesto que ahora se examina ocurre justamente lo contrario pues cuando la demandante solicitó la prestación de riesgo por embarazo se encontraba en activo. En efecto, según consta en los hechos probados de la sentencia recurrida, la Sra. R. presta servicios en el Banco de Sangre del hospital X. de Valencia como enfermera. El 28 de diciembre de 2015 la Dra. V., médico de trabajo, emitió un informe de adaptación del puesto de trabajo en el que se describían los peligros potenciales para el estado de gestión. El 1 de febrero de 2016 se informó por la empresa de las condiciones de trabajo del puesto de trabajo de la demandante y de las actividades que debía desarrollar, en el que se hacía constar la imposibilidad de adaptar tales condiciones para hacerlas compatibles con la situación de embarazo. El 11 de enero de 2016 la trabajadora presentó ante la mutua la solicitud de la prestación, que fue rechazada por resolución de 20 de enero. Y el 5 de febrero la Sra. R. inició un proceso de incapacidad temporal.

Como se puede ver de la secuencia de actos que se han expuesto, cuando el 11 de enero de 2016 la Sra. R. solicitó la prestación se encontraba en activo; y no es hasta

un mes más tarde, una vez que la mutua ha desestimado su solicitud, cuando inició una baja por incapacidad temporal. Así pues, no podemos compartir la argumentación de la mutua, pues contrariamente a lo que se afirma por ella, se puede concluir que la situación de incapacidad temporal se produjo, precisamente, ante la situación de riesgo para el embarazo que supondría seguir en su puesto de trabajo.

En definitiva, lo que hay que valorar es si cuanto se presentó la solicitud la Sra. R. se encontraba en la situación protegida prevista en el artículo 187.2 LGSS/2015, lo que pasamos a examinar a continuación por ser objeto del segundo motivo del recurso.

TERCERO- 1. En el segundo y último motivo del recurso se denuncia la infracción del artículo 186 LGSS en relación con el artículo 26, apartados 1 y 3 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (en adelante LPRL), pues a juicio de la mutua “los riesgos del puesto de trabajo de la actora son los propios de la actividad sanitaria, sin que la guía SEGO recoja impedimento alguno para la realización de las tareas habituales del puesto de trabajo de la trabajadora demandante”.

2. La cuestión a dilucidar es si en el presente caso existe o no la situación de riesgo durante el embarazo que da lugar al reconocimiento del derecho al subsidio reclamado. La exigencia de la evaluación de los riesgos a efectos de su prevención se contiene en los artículos 14 y siguientes de la LPRL, especialmente en el artículo 16. Esa evaluación ha de tener una especial proyección en supuestos de situación de maternidad o lactancia natural de la trabajadora, a los que se refiere el artículo el 26 de la citada Ley. En concreto, el número 1 de este artículo establece lo siguiente:

"La evaluación de los riesgos a que se refiere el art. 16 de la presente Ley deberá comprender la determinación de la naturaleza, el grado y la duración de la exposición de las trabajadoras en situación de embarazo o parto reciente [el número 4 del precepto lo extiende a la lactancia natural] a agentes, procedimientos o condiciones de trabajo que puedan influir negativamente en la salud de las trabajadoras o del feto, en cualquier actividad susceptible de presentar un riesgo específico. Si los resultados de la evaluación revelasen un riesgo para la seguridad y la salud o una posible repercusión sobre el embarazo o la lactancia de las citadas trabajadoras, el empresario adoptará las medidas necesarias para evitar la exposición a dicho riesgo, a través de una adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo de la trabajadora afectada. Dichas medidas incluirán, cuando resulte necesario, la no realización de trabajo nocturno o de trabajo a turnos."

Del examen de la norma se desprende que la evaluación de los riesgos en caso de embarazo en relación con el puesto de trabajo ha de ser específica, debiendo alcanzar la determinación de la naturaleza, grado y duración de la exposición.

3. En el presente caso, más allá de las alegaciones que hace la mutua en su escrito de recurso que no cuentan con el necesario respaldo fáctico en el relato de hechos probados de la sentencia recurrida, consta que las condiciones en que se desarrolla el trabajo de la demandante implican prolongación de la jornada de trabajo, exposición a contaminantes biológicos del grupo 3 y 4, bipedestación prolongada, posturas forzadas, movimiento manual de cargas y guardias que aun siendo localizadas se realizan en horario nocturno. Si se añade a ello que según el informe médico todos ellos son peligros potenciales para el estado de gestación y que la empleadora certifica que no es posible la adaptación del puesto de trabajo, debemos concluir que concurren las condiciones para el acceso a la prestación solicitada, tal y como así lo entendió la sentencia recurrida que, en consecuencia, debe ser confirmada.

CUARTO.- 1. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 204 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 del depósito constituido para recurrir.

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

FALLO

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de la mutua X. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 6 de Valencia de fecha 30 de septiembre de 2016 (autos núm. 335/2016) en virtud de demanda presentada a instancia de DOÑA M.C.R.G.; y, en consecuencia, confirmamos la sentencia recurrida.

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

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

2339

Sentencia núm. 725, de 28 de febrero de 2018

Materia: Prestación de invalidez. Trabajadora afiliada al RGSS que presta servicios como personal de limpieza en corporación local. Revisión grado de invalidez. Solicitud declaración invalidez absoluta frente a invalidez permanente total para el ejercicio de su profesión habitual. Cambio estado invalidante profesional.

Juzgado: Estima la demanda declarando a la demandante en situación de incapacidad absoluta para el ejercicio de su profesión habitual derivada de enfermedad común.

Sala: Estima el recurso y revoca la sentencia de instancia. Las lesiones que padece la trabajadora no la hacen merecedora de un grado de incapacidad permanente absoluta que le permitan desempeñar cualquier actividad retribuida. La sala mantiene el grado de incapacidad permanente total que le fue reconocido a la actora.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Frente a la sentencia dictada el 14 de diciembre de 2016 por el Juzgado de lo Social número 10 de Valencia, se alza en suplicación la representación letrada del INSS, impugnando el pronunciamiento por el que se reconoce un grado de incapacidad permanente absoluta a la demandante Doña M.J.N.R..

SEGUNDO.- El recurso se articula a través de un único motivo, redactado al amparo del apartado c) del art. 193 LRJS, y en él se denuncia la infracción del art. 137.5 LGSS, por entender que las dolencias que padece la demandante no le hacen tributaria de una incapacidad permanente absoluta.

Se argumenta que las recomendaciones del servicio de reumatología para la demandante, derivadas de su fibromialgia se reducen a tomar medicación si tiene dolor, y realizar ejercicio suave; la patología de ansiedad y depresión no ostenta clínica psicótica y no presenta tampoco ideación autolítica; se le ha reconocido un porcentaje de discapacidad no elevado, tan sólo del 35% y el resto de patologías solo le limita para la realización de esfuerzos físicos moderados.

Por tanto, no concurre una agravación de la situación de la demandante, que provocó el reconocimiento de un grado de incapacidad permanente total para su profesión habitual de personal de limpieza del ayuntamiento.

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

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

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

La aquí demandante goza del reconocimiento de un grado de incapacidad total desde el año 2014, estado que ha sido revisado hasta en dos ocasiones en 2015 y 2016, desestimándose la agravación de su estado y por ende el reconocimiento de un grado de incapacidad mayor.

La revisión por agravación no comporta únicamente que el estado del trabajador haya empeorado, sino que las dolencias que padece merezcan por su entidad, ser encuadradas dentro del nuevo grado incapacitante que se postula.

En el supuesto ahora enjuiciado las dolencias que afectan a la aquí demandante siguen siendo sustancialmente idénticas a las ya tomadas en consideración en los expedientes de revisión previos, en los que la fibromialgia y el trastorno depresivo ya se habían diagnosticado, además de la patología cervical.

Además de lo anterior, se ha de indicar que las dolencias que padece la actora no le hacen tributaria del grado de incapacidad permanente absoluta que le ha sido reconocido. Es cierto que padece una fibromialgia, sin que conste el grado de la misma y el consiguiente dolor crónico que dicha enfermedad provoca, pero no se constata que la entidad de la misma impida desempeñar cualquier actividad retribuida.

La limitación de la movilidad del miembro inferior izquierdo, y de pinza en la mano no consta que no pueda ser suplida con el otro miembro, ni que la actora sea zurda como para impedir la posibilidad de utilizar aquél; la sintomatología psíquica no se revela de gravedad, pues tan solo consta que se presenta ánimo depresivo y sentimientos de minusvalía, sin clínica psicótica ni ideas autolíticas; y la patología cervical, si bien puede limitar la movilidad en dicha zona, no se presenta invalidante, pudiendo ser abordada a través del instituto de la incapacidad temporal.

Si a ello le unimos que el conjunto de patologías producen como limitaciones orgánicas y funcionales para el desempeño de actividades que exijan requerimientos físicos, los que no están presentes en actividades sedentarias o livianas, procede revocar la sentencia de instancia, y mantener el grado de incapacidad permanente total que le fue reconocido a la actora, por no haber empeorado su estado en un grado tal que permita reconocerle un grado de incapacidad permanente absoluta.

TERCERO.- No procede la imposición de costas, al haberse estimado el recurso interpuesto, ex art. 235.1 LRJS.

En virtud de lo expuesto,

FALLAMOS

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada del INSS frente a la sentencia dictada el 14 de diciembre de 2016 por el Juzgado de lo Social número 10 de Valencia, en autos número 1250/2014 seguidos a instancia de DOÑA M.J.N.R. frente al precitado recurrente; y con revocación de la precitada resolución, y desestimación de la demanda en la instancia, procede revocar la resolución recurrida, absolviendo al Organismo recurrente de las pretensiones deducidas contra él.

Sin imposición de costas.

2340

Sentencia núm. 840, de 13 de marzo de 2018

Materia: Prestación por desempleo. Subsidio para mayores de 52 años. Devolución de prestaciones indebidamente cobradas. Sanción. Resolución suspensiva del derecho de la actora a cobrar la prestación por no figurar inscrita como demandante de empleo. Interpretación errónea de la trabajadora. Revocación de la suspensión.

Juzgado: Desestima la demanda absolviendo al organismo demandado de los pedimentos formulados en su contra.

Sala: Estima el recurso y revoca la sentencia de instancia. La interpretación errónea de la trabajadora no puede generar el efecto de la suspensión de la prestación en un periodo en el que en un principio se le había extinguido el subsidio y que sólo le fue repuesto por sentencia judicial.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- D.^aM.C.S.B. interpone en su día demanda contra el SPEE solicitando se dicte Sentencia en la que se declare que la actora tiene derecho al percibo del subsidio en el periodo de 1 de enero del 2014 a 11 de Mayo del 2015.

La sentencia de instancia desestima la demanda, pronunciamiento frente al que se alza el actor, interponiendo recurso de suplicación en el que solicita la revocación de la sentencia dictada en la instancia, y que en su lugar se estime su demanda ordenando al SPEE que abone la prestación de subsidio por desempleo para mayores de 52 años a la actora durante el periodo 01/01/2014 a 10/05/2015 a los efectos legales oportunos. La parte demandada impugna el recurso.

SEGUNDO.- Para ello la parte recurrente formula un primer motivo de recurso al amparo del apartado b) del artículo 193 LRJS, interesando la revisión de los hechos declarados probados.

En primer lugar, solicita la modificación del hecho probado segundo para el que interesa la redacción que consta a los folios 4 vuelto y 5 de la pieza de recurso de suplicación, cuyo contenido se reproduce. En tal revisión lo que pretende la parte recurrente en primer lugar es que se reproduzcan varios de los hechos probados de la Sentencia de 6-5-2015 dictada por el Juzgado de lo Social 2 de Alicante y a la que se refiere ya el hecho probado segundo de la Sentencia y el fallo de la misma. Como ya hemos señalado que la Sentencia recurrida ya hace referencia a tal Sentencia, no es preciso recoger parte de los hechos probados de la misma pues la Sala puede analizar y examinar la misma en su integridad, siendo innecesario transcribir la misma, por lo que no podemos acceder al texto propuesto referido a tal Sentencia. A continuación, propone que se adicione también lo siguiente: *“Finalmente el SPEE ha reconocido el subsidio a la actora desde el día 11 de mayo de 2015 por lo que la demandante no ha percibido prestación por desempleo entre el mes de enero de 2014 y el día 11 de mayo del 2015 (es decir durante dieciséis meses y 10 días), coincidente con la duración del procedimiento administrativo iniciado por el SPEE y judicial posterior (hechos conformes no discutidos).”* Como ello es lo que resulta del expediente administrativo debemos acceder a tal adición. El siguiente párrafo que interesa se adicione tiene el siguiente texto: *“El SEPE con fecha 29/06/2015 emite resolución (folios 76 y 77 de autos) por la que SUSPENDE el derecho por el periodo de un mes desde la fecha 26/12/2013 reduciendo el periodo de percepción durante dicha suspensión. Asimismo, establece*

que tras la ejecución de esa resolución se procederá a reanudar su prestación de oficio (...), y siempre que figure inscrito como demandante de empleo. Y advierte que si no se encontrara inscrito como demandante de empleo la reanudación requerirá la previa comparecencia ante su Oficina de Prestaciones acreditando dicha inscripción. En ese momento la actora ya está inscrita como demandante de empleo (certificación de SEPE que consta en folio 71 de autos)." Consta que ése es el contenido de la resolución dictada por la demandada el 29/06/2015 y por ello debemos acceder a tal adición, no así al siguiente párrafo que pretende se revise y que vuelve a insistir en la falta de abono del subsidio en el periodo de enero del 2014 a 10 de mayo del 2015, extremo que ya se ha hecho constar en el texto que ha introducido la parte recurrente y no es preciso reiterar ya tal extremo. A continuación propone que se añada el siguiente texto: *" A la vista de lo anterior la actora el día 22 de octubre del 2015, presentó ejecución de la Sentencia ante el Juzgado de lo Social número 2 (folio 31 y 32 de autos). Citadas las partes en comparecencia ante ese Órgano judicial el día 2 de febrero del 2016, ésta se suspendió de común acuerdo por estar el asunto en vías de acuerdo (folio 33 de autos).*

En efecto días después el SEPE emitió la resolución de fecha 20 de enero de 2016 (salida de 4 de febrero) (folio 34 de autos) por la cual ANULA la resolución de fecha 29 de junio de 2015 por la que suspendía como sanción su prestación con consumo de días de derecho. En esa resolución en el tercer párrafo (fuera de la parte resolutive) establece que mantendrá la suspensión de la prestación durante los periodos en que la actora no se encontró inscrita como demandante de empleo (desde el 1 de enero de 2014 a 11 de mayo de 2015, según consta en folio 71 de autos) entre la primera resolución de 2013 y hasta que se resolvió el procedimiento del Juzgado de lo Social número dos en mayo de 2015.

Frente a esta resolución se formuló la oportuna reclamación previa que fue desestimada y posterior demanda, dictándose la Sentencia que ahora se recurre." Los dos primeros párrafos propuestos se desprenden de la documental citada y sirven para completar y aclarar el relato fáctico, por lo que debemos acceder a su adición, sin que proceda sin embargo adicionar el último párrafo pues ya consta en el hecho probado tercero de la Sentencia recurrida que se formuló reclamación previa frente a la última resolución citada y no es preciso ya reflejarlo, constando también en dicha Sentencia la presentación de la demanda tras la que se dicta la Sentencia ahora recurrida.

En el motivo segundo del escrito de recurso también formulado al amparo del apartado b) del artículo 193 LRJS se propone se introduzca un nuevo hecho probado con el siguiente texto: *"La actora consta de alta en la TGSS y cotizando en los siguientes periodos:*

Enero de 1997 a diciembre de 1998, en B.C.A.

Enero 1999 a diciembre 2000 en INEM

Enero 2001 a diciembre 2002 (folio 71 de autos)

Enero 2003 a junio 2007 en A.S.L.

Agosto 2007 a diciembre 2013 en INEM

11/05/2015 hasta 21/06/2016 (folio 71 de autos)

En los diecisiete años anteriores al 01/01/2014 la actora ha permanecido de alta trabajando, percibiendo prestaciones por desempleo o simplemente como demandante de empleo sin percibir prestaciones. El periodo que consta sin "sellar el desempleo" coincide con la tramitación del procedimiento en reclamación de prestaciones resuelto por el Juzgado de lo social número 2 de Alicante." Se apoya para interesar tal revisión en los folios 71 y 44 a 47 del procedimiento. De tales documentos se desprende que durante dichos periodos la actora o trabajó o percibió prestaciones por desempleo o bien estuvo inscrita como demandante de empleo como sucede con los periodos a que se refiere la parte recurrente al remitirse al folio 71, por lo que debemos acceder a la adición interesada, si bien haciendo constar donde señala folio 71 de autos, inscripción como demandante de empleo y excluyendo tales periodos de los cotizados y en alta en la TGSS pues en los mismos ni estaba en alta en la TGSS ni

cotizaba.

TERCERO.- Formula la parte recurrente un segundo motivo al amparo del apartado c) del artículo 193 LRJS destinado al examen del derecho aplicado alegándose la infracción por aplicación indebida del artículo 271-3 LGSS.

Establece dicho precepto: “ 3. *El Incumplimiento por parte de los beneficiarios de las prestaciones por desempleo de la obligación de presentar en los plazos establecidos, los documentos que les sean requeridos, siempre que los mismos puedan afectar a la conservación del derecho a las prestaciones, podrá dar lugar a que por la entidad gestora se adopten las medidas preventivas necesarias mediante la suspensión del abono de las citadas prestaciones, hasta que dichos beneficiarios comparezcan ante aquella acreditando que cumplen los requisitos legales establecidos para el mantenimiento del derecho, que se reanuda a partir de la fecha de la comparecencia. Asimismo, la Entidad Gestora suspenderá el abono de las prestaciones durante los periodos en los que los beneficiarios no figuren inscritos como demandantes de empleo en el servicio público de empleo y se reanuda a partir de la fecha de la nueva inscripción, previa comparecencia ante la Entidad Gestora acreditando dicha inscripción, salvo que proceda el mantenimiento de la suspensión de la prestación o su extinción por alguna de las causas previstas en esta u otra norma.*”

En el presente caso consta conforme al relato fáctico con las adiciones que se han realizado, que la actora venía percibiendo subsidio por desempleo y que tras acordarse por la demandada imponer a la actora la sanción de extinción del subsidio y el cobro indebido por el periodo de 3-7-12 al 30-9-2013, se dicta Sentencia por el Juzgado de lo social 2 de Alicante dejando sin efecto tal sanción de extinción y manteniendo el deber de la demandante de reintegrar el importe percibido en concepto de subsidio por desempleo de los meses de junio y Julio del 2012 declarando su derecho a continuar percibiendo dicho subsidio. Dicha Sentencia se dicta el 6-5-2015 y en fecha 11-5-2015 la demandada reanuda a la demandante el subsidio por desempleo si bien por resolución de junio del 2015 se acuerda imponer la sanción de suspensión del derecho por un mes y reanudación siempre que figure inscrita como demandante de empleo. Dicha resolución se anula en lo referente a la sanción impuesta de suspensión del derecho por un mes pero al amparo del artículo 271-3 LGSS 2015, acuerda la suspensión del derecho a la percepción del subsidio en el periodo en el que la actora no aparece inscrita como demandante de empleo, en concreto el periodo de enero del 2014 a 10 de Mayo del 2015. La parte recurrente considera que se le debe abonar el subsidio también en ese periodo pues el hecho de que la demandada hubiera extinguido el subsidio y le reclamara una importante suma como cobro indebido había generado en la demandante una interpretación errónea de las normas pensando que entonces no tenía obligación de sellar el paro. Se alega por otro lado como otro argumento que el requisito de encontrarse de alta como demandante de empleo se viene interpretando de forma flexible teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes en cada caso y que por ello como la actora durante los últimos diecisiete años ininterrumpidos, no se ha apartado del sistema de la Seguridad Social, salvo en el periodo de enero del 2014 a Mayo del 2015 que fue la duración desde el inicio del procedimiento sancionador hasta que se dicta Sentencia que anula la sanción, tiene derecho al subsidio. Finalmente imputa la demandante a la Entidad Gestora y a sus resoluciones anulando otras previas, el hecho de que la trabajadora no haya percibido el subsidio por desempleo en el periodo reclamado.

El artículo 271-3 LGSS que aplica la Entidad Gestora para proceder a suspender el derecho al percibo del subsidio de desempleo en el periodo en que la actora no estaba inscrita como desempleada, así de enero del 2014 a 10 de mayo del 2015, pues a partir del 11 de mayo del 2015 aparece inscrita en la oficina de empleo, hace referencia al supuesto en el que la beneficiaria está percibiendo el subsidio por desempleo, en cuyo caso si en algún periodo no permanece inscrita como demandante de empleo, se faculta a la entidad Gestora a suspenderle el derecho al percibo del subsidio. En este

caso a la actora se le extinguió el subsidio por desempleo en diciembre del 2013 y ello motivó que al no percibir subsidio alguno no se viera la misma en la obligación de permanecer inscrita como demandante de empleo. La sanción de extinción del subsidio acordada por la demandada generó en la actora la creencia de que ninguna obligación incumplía si no acudía a sellar la demanda de empleo y como el artículo 271-3 LGSS hace referencia a los requisitos exigidos en la dinámica de la prestación y tal prestación se le había extinguido a la trabajadora, dicha interpretación errónea de la trabajadora no puede generar el efecto pretendido por la demandada de la suspensión de la prestación en un periodo en el que en un principio se le había extinguido el subsidio y que sólo le fue repuesto por Sentencia judicial. Consideramos por ello y aplicando un criterio e interpretación flexibilizadora de tal requisito de mantenerse en alta como demandante de empleo, teniendo en cuenta que la actora precisamente sólo incumplió tal requisito en el periodo transcurrido desde que se dicta la resolución de extinción y la fecha en que se dicta la Sentencia acordando dejar sin efecto la sanción de extinción y manteniendo el reintegro indebido sólo por dos meses y por ese motivo de tener extinguida la prestación, que debemos acceder a la petición formulada en la demanda, revocando así la Sentencia recurrida. Ello implica dejar sin efecto la suspensión del percibo del subsidio en el periodo señalado de enero del 2014 a 10 de mayo del 2015, condenando a la demandada a abonarle el mismo también en dicho periodo y a las demás consecuencias que legalmente procedan

CUARTO.- De conformidad con lo previsto en el artículo 235 LRJS ante la estimación del recurso formulado no procede la imposición de costas.

Por ello;

VISTOS los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

FALLAMOS

Que estimando el recurso de suplicación interpuesto por D^a. M.C.S.B. contra la sentencia de fecha nueve de abril del Dos Mil Diecisiete dictada por el Juzgado de lo Social número 5 de Alicante en autos 883/2015 promovidos por la recurrente frente al SERVICIO PÚBLICO DE EMPLEO ESTATAL sobre DESEMPLEO, debemos revocar dicha Sentencia, acordando en su lugar estimar la demanda y declarar el derecho de la actora a percibir el subsidio por desempleo en su día reconocido por el periodo de 01/01/2014 al 10-05-2015.

Sin costas.

2341

Sentencia núm. 744, de 13 de marzo de 2018

Materia: Conflicto colectivo. Trabajadores al servicio de ente ferroviario. Regulación condiciones de trabajo del personal adscrito al servicio eléctrico adscrito a la línea electrificada. Dimensión de plantilla y relación de puestos de trabajo. Aplicación nuevo convenio colectivo. Incumplimiento acuerdo que regulaba las condiciones de trabajo. Estimación.

Juzgado: Desestima la demanda absolviendo al ente demandado de las peticiones contenidas en el suplico de la demanda. No rige en la empresa el acuerdo suscrito en su momento sino el nuevo convenio colectivo.

Sala: Desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia. El acuerdo deja de tener vigencia al pactarse una regulación distinta. No se alega una modificación de la relación de puestos de trabajo sino la declaración de que el servicio ámbito de afectación de este conflicto esté dotado por un determinado número de trabajadores, lo que no cabe tras la nueva regulación.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- EL SINDICATO X. formula en su día demanda de conflicto colectivo frente a la Entidad FERROCARRILS DE LA GENERALITAT VALENCIANA solicitando se declare que la Entidad demandada viene incumpliendo el Acuerdo de 25 de Junio de 1993 en virtud del cual se venían a regular las condiciones de trabajo que afectarían al personal del SERVICIO ELÉCTRICO ADSCRITO A LÍNEA ELECTRIFICADA respecto a la provincia de Valencia (ello en cuanto al número de agentes que habrían de componer este colectivo) y en especial a la necesidad de contar con 16 Agentes.

La sentencia de instancia desestima la demanda, pronunciamiento frente al que se alza la parte demandante, interponiendo recurso de suplicación y solicitando, previa estimación del mismo, el dictado de un nueva sentencia por la que, revocando la recurrida se acuerde declarar se declare que la Entidad demandada viene incumpliendo el Acuerdo de 25 de Junio de 1993 en virtud del cual se venían a regular las condiciones de trabajo que afectarían al personal del SERVICIO ELÉCTRICO ADSCRITO A LÍNEA ELECTRIFICADA respecto a la provincia de Valencia (ello en cuanto al número de agentes que habrían de componer este colectivo y debiendo cumplir estrictamente lo establecido en el apartado 1º Organización de gráficos, régimen de turnos, cumplimentación jornada y plantilla del mismo, y preceptos concordantes de dicho Acuerdo, en cuanto a la necesidad de contar con 16 Agentes cubriendo en su integridad el gráfico correspondiente contando a tal fin con cuatro equipos de Mantenimiento que estuvieran conformados, de manera respectiva cada uno de ellos por 1 Jefe de Equipo y 3 Oficiales Celadoras, y que vinieran a distribuirse en 3 turnos diarios, realizando su prestación laboral dos equipos en servicio nocturno, otro en turno de mañana y otro en turno de tarde con arreglo a la anterior composición y según consta en el acuerdo aludido), con condena a la parte contraria en los anteriores términos a fin de que por la misma se realizaran cualesquiera actuaciones que fueran precisas a tal fin.

SEGUNDO.- Por el cauce del apartado b) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción social el demandante, y hoy recurrente, formula un primer motivo de recurso solicitando la revisión del hecho probado cuarto de la Sentencia. En concreto, se propone la siguiente redacción: *“Realizada consulta por la DIRECCIÓN GENERAL DE PRESUPUESTOS a la Abogacía de la Generalidad, Conselleria de*

Hacienda, sobre la posibilidad de llevar a efecto cobertura de vacantes por medio de contratos temporales y específicamente de interinidad, fue informado EN CUANTO QUE ESTA MODALIDAD DE CONTRATO TEMPORAL LABORAL TAMBIÉN PUEDE SER UTILIZADO POR LOS ENTES DEL SECTOR PÚBLICO, SI BIEN EL ENTE DEL SECTOR PÚBLICO INSTRUMENTAL DEBERÁ ACREDITAR QUE EXISTE UN PROCESO SELECTIVO INICIADO PARA LA COBERTURA DEFINITIVA DE LOS PUESTOS QUE SE PRETENDEN CUBRIR TEMPORALMENTE CON ESTA MODALIDAD DE CONTRATO Y EL TRABAJADOR TEMPORAL CONTRATADO CON ESTA MODALIDAD, EN NINGÚN CASO PUEDE PERMANECER EN DICHA SITUACIÓN DE FORMA INDEFINIDA, ES DECIR MÁS ALLÁ DE TRES AÑOS, YA QUE EN ESTE CASO, PODRÍA CONSIDERARSE UNA CONTRATACIÓN TEMPORAL EN FRAUDE DE LEY.”

Como de los documentos obrantes a los folios 28 a 33 de los autos se desprende que ésa fue la conclusión emitida por la Abogacía de la Generalitat a la Consulta realizada por la Dirección General de Presupuestos, debemos acceder a la revisión interesada, ello sin perjuicio de la trascendencia jurídica que tal revisión pueda tener para resolver la cuestión planteada en el recurso, lo que se analizará en el siguiente motivo de recurso.

TERCERO.- Como segundo motivo y por el cauce del art. 193 c) de la LRJS, el escrito de recurso denuncia la infracción por parte de la Sentencia recurrida de las normas sustantivas y así en concreto del apartado 1º del Acuerdo de 25 de Junio de 1993 alcanzado entre las secciones sindicales de CCOO y UGT de Valencia y FGV en relación con el artículo 21 del XII Convenio Colectivo de la Entidad.

Partiendo del relato fáctico contenido en la Sentencia recurrida, tenemos como hechos sustanciales no controvertidos y determinantes para la resolución de la cuestión planteada, que en fecha 25 de junio de 1993 se suscribe un Acuerdo entre FGV y las secciones sindicales de CCOO y UGT en Valencia en virtud del cual se regulaban las condiciones de trabajo que afectarían al personal del Servicio eléctrico adscrito a línea electrificada. En dicho Acuerdo que se da por reproducido en el hecho probado primero de la Sentencia recurrida, se recoge un primer punto sobre Organización de gráficos, régimen de turnos, cumplimentación de jornada y plantilla, en el que se establece un gráfico de servicio rotativo entre el personal de Mantenimiento, con una plantilla de 16 agentes, indicándose que cada equipo de mantenimiento estará conformado por 1 Jefe de Equipo y 3 Oficiales Celadores y que este personal se distribuirá en 3 turnos diarios con la formación de cuatro equipos de trabajo de 4 agentes cada uno, de los cuales, dos prestarán servicio nocturno, otro prestará turno de mañana y otro turno de tarde. Además, se indica que los gráficos de servicio serán de 5 jornadas de trabajo semanales de lunes a viernes, estableciéndose para cubrir tanto las fiestas como los descansos de fin de semana la oportuna Brigada de Atención Permanente durante estos días que estará conformada por un equipo de Mantenimiento. Se señala que a la vista del gráfico de servicio se determinará el sistema regular de rotación de los equipos que en cada caso deberán actuar como ‘Brigada de “Atención Permanente” y que los gráficos de servicio así como el de vacaciones serán acordados simultáneamente a la aceptación de ese documento. Con arreglo al hecho probado segundo de la Sentencia, el 20-2-2013 se alcanzó Acuerdo en el proceso de despido colectivo tramitado por la demandada, acordándose entre otras cosas la extinción de 310 contratos de trabajo en ciertas condiciones. Tras dicho proceso de despido colectivo se publica el 25-11-2016 el XII Convenio colectivo Interprovincial de la demandada, cuyo artículo 21 regula la “Plantilla y relación de Puestos de trabajo”.

Partiendo de los hechos expuestos, la Sentencia recurrida entiende que el pacto suscrito en 1993 debe entenderse derogado en el punto referido a la dotación de puestos en el servicio afectado por este Conflicto colectivo, por las previsiones del Convenio colectivo publicado en el año 2016 en relación al dimensionamiento de la plantilla y la fijación de las necesidades de personal, sin perjuicio de que la empresa

deba respetar las previsiones sobre jornada, organización del trabajo, licencias y tiempo de trabajo y descanso, al margen de la adscripción de 16 personas al servicio que recogía dicho Acuerdo. Y a esa misma conclusión y aplicando las mismas reglas reflejadas en la Sentencia recurrida sobre la interpretación de los contratos y convenios colectivos llega la Sala a la vista de lo recogido en el vigente Convenio colectivo de la Entidad demandada publicado en noviembre del 2016. Así indicar en primer lugar que en el punto 8 del capítulo I referido al Derecho supletorio y derogaciones, se hace constar que “En lo no previsto en este Convenio se estará a las normas vigentes recogidas en el Texto Refundido de la Normativa Laboral de 12-02-96, que salvo errores de transcripción, que no generarán ni derogarán ningún derecho adicional, regularán junto a los aspectos en vigor de V, VI, VII, VIII, IX, X, y XI Convenios colectivos y sus Comisiones interpretativas, las condiciones laborales de todo el personal de la Empresa. Asimismo, se estará a todo lo dispuesto en las demás normas legales o pactadas y acuerdos vigentes, prevaleciendo en todo caso las condiciones establecidas en este Convenio colectivo. Además de los aspectos expresamente derogados en el clausulado de este Convenio, cualquier condición establecida en una norma previa que regule similares cuestiones de forma distinta o incompatible con el mismo, se considera derogada.” Por su parte, el artículo 21 recogido en el capítulo 4 del Convenio bajo el título “Plantilla y Relación de Puestos de trabajo” señala que el dimensionamiento y la fijación de las necesidades de personal corresponden a la Dirección, atendiendo a tal fin las regulaciones legales o pactadas que sean aplicables a FGV en materia de jornada, organización del trabajo, licencias y tiempo de trabajo y descanso, pero que en cualquier caso, para cuantificar las dotaciones de personal a cada uno de los servicios o unidades organizativas se tendrán en consideración las normales exigencias del servicio y la necesaria continuidad del mismo de forma tal que, sin descuidar la eficiencia, se minimicen los efectos negativos de posibles déficits coyunturales de plantilla (bajas, licencias, ausencias). En el artículo 21-1 se indica además que durante el año 2016, se realizará un estudio que determine cuál es el número de puestos para cada servicio considerado óptimo para el desarrollo del servicio público encomendado y que realizado dicho estudio se ofertarán internamente, mediante los procesos oportunos las vacantes que puedan concretarse en los distintos servicios y que no pudieran verse afectadas por pronunciamientos judiciales en procedimientos ya incoados en ese momento y que concluidos tales procesos se plantearán los procesos externos que procedan de conformidad con la Ley de Presupuestos y demás normativa aplicable, al objeto de cubrir las necesidades fijas y/o temporales de personal que pueda tener FGV, elaborándose las bases para la convocatoria de bolsas de empleo, en las que indica se podrán arbitrar las medidas necesarias para otorgar preferencia a los trabajadores afectados por el despido colectivo. De este modo, el Convenio Colectivo publicado en noviembre del 2016 establece una regulación de la plantilla de la empresa, dejando a la Dirección de la empresa la fijación y dimensionamiento de las necesidades, así como la dotación de personal en cada servicio, por lo que podrán mantenerse vigente el Acuerdo suscrito en 1993 en otros puntos y tenerse en cuenta la regulación que realiza sobre la organización de gráficos, régimen de turnos y jornada, pero en cuanto a la plantilla, el acuerdo sobre la dotación de 16 puestos en tal servicio, debemos entender que dejó de tener vigencia al pactarse una regulación distinta a partir del Convenio suscrito en noviembre del 2016, pues es claro que dicho Acuerdo regula lo relativo a la plantilla en dicho Servicio de una forma distinta a como lo hace el Convenio y éste en el artículo 8 considera derogados los pactos que así lo hagan y en los puntos que lo hagan. Por ello, la Sentencia recurrida que resuelve en tal sentido consideramos es ajustada a derecho, pues en este caso no se alega una modificación de la Relación de Puestos de trabajo sino que se solicita que se declare que el servicio que se encuentra en el ámbito de afectación de este Conflicto, debe estar dotado por 16 trabajadores, lo que no cabe tras las previsiones del Convenio colectivo de noviembre del 2016. En cuanto a las alegaciones vertidas en el escrito de recurso sobre el Plan de Empleo previsto en el artículo 21-1 del Convenio y la falta de realización del mismo, si bien no consta su realización, ello no obsta a la conclusión antes alcanzada sobre la derogación del Acuerdo de 1993 en lo referente a la dotación concreta de puestos en el servicio a que

se refiere la demanda a la vista de las disposiciones derogatorias del Convenio. La parte actora podrá exigir que se elabore tal Plan de Empleo y que se fijen los puestos concretos de cada servicio dando participación para ello a la representación de los trabajadores, pero lo que aquí se discute es si rige en la empresa en cuanto a la dotación de 16 puestos en el servicio Eléctrico adscrito a línea electrificada, el Acuerdo de 1993 que así lo contemplaba y como entendemos que el Convenio posterior suscrito establece una regulación diferente sobre el dimensionamiento de la plantilla y dotación de puestos, debe estarse a lo recogido en el Convenio posterior suscrito y no podemos estimar la pretensión declarativa recogida en el escrito de demanda.

CUARTO.- De conformidad con lo dispuesto en el [artículo 235.1 LJS \(RCL 2011, 1845\)](#), no procede la imposición de costas dado el tipo de procedimiento objeto del recurso de suplicación, un conflicto colectivo.

Por ello;

VISTOS los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

FALLO

Que desestimando el recurso de suplicación interpuesto por EL SINDICATO X. contra la sentencia de fecha trece de Julio del Dos Mil Diecisiete dictada por el Juzgado de lo Social nº Uno de los de Valencia, en autos número 1021/2016 seguidos a instancias del recurrente contra la empresa FERROCARRILS DE LA GENERALITAT VALENCIANA sobre CONFLICTO COLECTIVO debemos de confirmar y confirmamos en su integridad la resolución recurrida.

Sin costas.

2342

Sentencia núm. 845, de 13 de marzo de 2018

Materia: Despido con vulneración de los derechos fundamentales. Presentación de la acción de despido en plazo. Caducidad de la acción. Excepción procesal. Nulidad de la sentencia.

Juzgado: Estima la excepción procesal de caducidad de la acción de despido.

Sala: Estima el recurso declarando la nulidad de la sentencia de instancia a fin de que se dicte una nueva en la que, con libertad de criterio y sin apreciar la excepción de caducidad de la acción, se entre a conocer sobre el fondo de la acción de despido ejercitada. La demanda se presenta dentro del plazo de caducidad prevenido legalmente.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- D^a. M.F.S. interpuso en su día una demanda de despido frente a la empresa D. P.M. SA solicitando la declaración de nulidad del despido de fecha 3-4-2015 o subsidiariamente la improcedencia del mismo.

La sentencia de instancia estimó la excepción de caducidad de la acción de despido sin pronunciamiento del fondo de la cuestión planteada y frente a dicho pronunciamiento se alza la parte actora recurriéndolo en suplicación y solicitando que con estimación del recurso se dicte otra Sentencia que declare que la acción de despido se hizo dentro del plazo de veinte días hábiles posteriores a su despido, obligando al Juzgador de instancia a entrar en el fondo del asunto al no estar la acción caducada. La Parte demandada impugnó el recurso.

SEGUNDO.- Para ello la parte actora formula un primer motivo de recurso destinado a la revisión de los hechos declarados probados al amparo del apartado b) del artículo 193 LRJS, interesando la revisión del hecho probado primero de la Sentencia ampliando el mismo. Se propone así la siguiente adición: *“El día del despido, es viernes Santo. La papeleta de conciliación se presenta el día 06/05/2015 y hasta esa fecha han transcurrido los siguientes días hábiles: 7,8,9,10,13,14,15,17,20,21,22,23,24,27,28,29,30 de abril y 4 y 5 de mayo, total días hábiles, 19.*

No computan en ese lapso de tiempo el lunes día 6 de abril (lunes de Pascua, festivo de la Comunidad Valenciana), jueves 16 de abril (día de Santa Faz festivo en Alicante) y el día uno de mayo, fiesta Nacional. Y eso aparte de los sábados días 4,11,18 y 25 y los domingos días 5,12,19,26 de abril y 3 de mayo.

La demanda de conciliación se presenta el día 06/05/2015, día no computable para la caducidad y se celebra la conciliación el día 25/05/2015, el mismo día que se presenta en Decanato la demanda.”

Como los datos que se quieren adicionar referidos a la presentación de la papeleta de conciliación, celebración de dicho acto y de la demanda, se desprenden de las actuaciones, siendo preciso para poder resolver si la acción de despido se presenta o no en plazo determinar la fecha de presentación de la papeleta de conciliación por despido, debemos acceder a lo interesado referido a tal fecha, pero sin que quepa adicionar lo relativo a los días que computan o no y cuáles son hábiles o no, pues ello se trata de una apreciación jurídica a realizar en el examen del derecho

aplicable y su interpretación y no puede introducirse en los hechos probados y sin que proceda tampoco recoger los días que fueron sábados, domingos o festivos pues debe ser de conocimiento de la Sala al venir publicados los días festivos de cada Comunidad Autónoma y Municipio en los correspondientes boletines oficiales, así como resultar de los calendarios los días que fueron sábados y domingos y no es un hecho por ello a integrar vía revisión de hechos probados. De este modo únicamente cabe adicionar lo siguiente: *"La papeleta de conciliación se presenta el día 06/05/2015 y se celebra la conciliación el día 25/05/2015, el mismo día que se presenta en Decanato la demanda."*

TERCERO.- Formula la parte recurrente un segundo motivo al amparo del apartado c) del artículo 193 LRJS, alegando interpretación errónea de lo dispuesto en el artículo 59-3 ET en relación con lo dispuesto en el artículo 103-1 LRJS y artículo 65-1 de esa misma Norma.

Se alega así en este motivo que en la fecha en la que se presentó la demanda de despido por la actora, la acción de despido no se encontraba caducada pues se presentó la misma dentro del plazo de los veinte días hábiles previsto legalmente considerando que la presentación de la papeleta de conciliación suspende el plazo de caducidad referido hasta el transcurso del plazo de quince días hábiles, reanudándose tras su celebración y no quedando agotado el mismo a la fecha de la presentación de la demanda. A la vista de ello alega que la acción de despido no estaría caducada y como la Sentencia de instancia no contiene relato fáctico alguno para dirimir la calificación del despido llevado a cabo por la empresa, interesa así se declare y se obligue al Juzgado de Instancia a entrar a examinar el fondo del asunto con libertad de criterio.

La acción de despido ejercitada debe serlo en el breve plazo de caducidad de 20 días hábiles que establecen el art. 59.3 del Estatuto de los Trabajadores, tanto del aprobado por [Real Decreto Legislativo 1/1995 de 24 de marzo \(RCL 1995, 997\)](#) como del que resulta del TR de octubre del 2015, que dispone que " El ejercicio de la acción contra el despido o resolución de contratos temporales caducará a los veinte días siguientes de aquel en que se hubiera producido. Los días serán hábiles y el plazo de caducidad a todos los efectos. El plazo de caducidad quedará interrumpido por la presentación de la solicitud de conciliación ante el órgano público de mediación, arbitraje y conciliación competente" y el [art. 103.1](#) de la [Ley 36/2011 de 10 de octubre \(RCL 2011, 1845\)](#) reguladora de la Jurisdicción social que dispone que "1. El trabajador podrá reclamar contra el despido, dentro de los veinte días hábiles siguientes a aquél en que se hubiera producido. Dicho plazo será de caducidad a todos los efectos y no se computarán los sábados, domingos y los festivos en la sede del órgano jurisdiccional.". Como es reiterada doctrina judicial debe ser analizada la caducidad de la acción de despido, bien por excepción que oponga la parte demandada, y aún de oficio dado su carácter y naturaleza absoluta, como institución de orden público y de observancia inexcusable que opera de modo fatal, ope legis, automático y sustraída a la voluntad de las partes e incluso del Tribunal, siendo apreciable incluso de oficio, pues el plazo de caducidad supone el plazo de vida misma del derecho a cuyo término queda extinguido el mismo, sin necesidad de alegación de parte. Este carácter lo declara la doctrina judicial al afirmar que "la caducidad, a diferencia de la prescripción, no es propiamente una excepción, sino un elemento consustancial del derecho, lo que permite su apreciación de oficio, ello porque al fijar el legislador un plazo de caducidad para el ejercicio de un derecho lo que está haciendo es limitando la vida o vigencia de este, de tal modo que transcurrido el plazo marcado para su ejercicio sin hacerlo, automáticamente muere, de forma similar a como un medicamento caducado pierde toda su virtualidad o eficacia; todo derecho subjetivo solo es tal cuando tiene la posibilidad de ser jurídicamente protegido, pues si pierde tal protección -conseguida a través de la oportuna acción procesal- se desnaturaliza hasta el extremo de no existir como tal derecho; los derechos sujeto a acción de caducidad llevan en su entraña a modo de una bomba de relojería con día y hora marcada para explotar, en forma tal que, si no es desactivada mediante su ejercicio procesal, estalla destruyéndolo, por lo

cual llegado tal momento sin ejercitar, el derecho mismo deja de existir sin necesidad de que la parte originariamente obligada a su cumplimiento precise alegar nada en su favor, porque siendo ya inexistente el derecho ninguna consecuencia jurídica puede derivarse de él. De ello se deriva el carácter sustancial y no meramente procesal de la caducidad y la razón o fundamento de que pueda ser apreciada de oficio". Por otra parte el [art. 182.1](#) de la [Ley Orgánica del Poder Judicial \(RCL 1985, 1578 y 2635\)](#) 6/1985 de 1 julio 1985 dispone que "son inhábiles a efectos procesales los sábados y domingos, los días 24 y 31 de diciembre, los días de fiesta nacional y los festivos a efectos laborales en la respectiva Comunidad Autónoma o localidad". En cuanto a los efectos suspensivos de la papeleta de conciliación establece el [art. 65.1](#) de la [Ley 36/2011 de 10 de octubre \(RCL 2011, 1845\)](#) reguladora de la Jurisdicción social que "La presentación de la solicitud de conciliación o de mediación suspenderá los plazos de caducidad e interrumpirá los de prescripción. El cómputo de la caducidad se reanudará al día siguiente de intentada la conciliación o mediación o transcurridos quince días hábiles, excluyendo del cómputo los sábados, desde su presentación sin que se haya celebrado". La [STS de 17-2-98\(sic\) \(RJ 1999, 2597\)](#) en RCU n° 1457/1998 declara que para una solución de la materia propuesta en el recurso bueno es recordar que la conciliación regulada en los artículos 63 y siguientes de la [Ley de Procedimiento Laboral \(RCL 1995, 1144 y 1563\)](#) es susceptible de una triple consideración, a) como una actividad ordenada a una solución del conflicto con evitación del litigio; b) como un contrato-transacción cuando la conciliación llega a término; y c) como un presupuesto procesal. En el caso enjuiciado entran en consideración los aspectos primero y último. Con respecto a ellos hay que señalar que la ley exige a la celebración de la conciliación propiciando que las partes acudan al acto de celebración. A esta finalidad va orientado el artículo 66 de la Ley de Procedimiento Laboral que en su número 1º establece la obligación de los litigantes de asistir al acto de conciliación y los números 2 y 3 previenen las consecuencias adversas para el solicitante y para la otra parte de una inasistencia injustificada. Con respecto al solicitante el número 2 establece: «Cuando estando debidamente citadas las partes para el acto de conciliación no compareciere el solicitante ni alegase justa causa se tendrá por no presentada la papeleta, archivándose todo lo actuado». Este precepto que se introdujo por primera vez en el [Texto de 1980 \(RCL 1980, 1719\)](#), está en concordancia con el párrafo tercero del [Real Decreto de 23 de noviembre de 1979 \(RCL 1979, 2881, 3031\)](#) que previene «Si el solicitante citado en debida forma no compareciere el día y la hora señalados ni alegare justa causa, se tendrá por no presentada la papeleta de conciliación, archivándose lo actuado. Alegada y justificada justa causa, se hará nuevo señalamiento si existieran términos hábiles para ello».- La obligatoriedad de la Conciliación previa al procedimiento jurisdiccional obliga a prevenir los efectos jurisdiccionales que para la parte demandante supone el retraso en el ejercicio de su acción, por ello el artículo 65 de la Ley de Procedimiento Laboral en su número 1 ordena «La presentación de la conciliación suspenderá los plazos de caducidad e interrumpirá los de prescripción» ahora bien esta suspensión de la caducidad y de la interrupción de la prescripción que sobre los efectos perjudiciales que para el actor significa el aplazar el ejercicio jurisdiccional de su acción, no puede ser ilimitada y quedar sujeta a los avatares de la celebración del acto de conciliación, pues ello perjudicaría a la parte demandada así el propio artículo 65 establece que la caducidad sólo se suspenderá durante 15 días si antes no se hubiera celebrado la conciliación y que en todo caso transcurridos 30 días sin la celebración de la conciliación se tendrá por cumplido el trámite. Después de las observaciones de los fundamentos precedentes que analizan los efectos jurídicos de la conciliación en su vertiente de actividad ordenada a la solución del conflicto, sólo resta resaltar que como presupuesto procesal es claro que su cumplimiento o incumplimiento corresponde siempre decidirlo al órgano jurisdiccional. Y por último debe tenerse en cuenta que el [art. 45.1](#) de la [Ley 36/2011 de 10 de octubre \(RCL 2011, 1845\)](#) reguladora de la Jurisdicción social dispone que "Cuando la presentación de un escrito esté sujeta a plazo, podrá efectuarse hasta las quince horas del día hábil siguiente al del vencimiento del plazo en el servicio común procesal creado a tal efecto o, de no existir éste, en la sede del órgano judicial".

En el caso sometido a Recurso, y para decidir sobre la cuestión planteada, es decisivo determinar la fecha de presentación de la papeleta de conciliación y sus efectos y a la vista de la revisión del relato fáctico propuesta por la parte recurrente, se advierte como la papeleta de conciliación por despido se presentó el 06/05/2015, se citó a las partes para tal acto de conciliación fijándose como tal fecha la del 25 de mayo del 2015, es decir dentro del plazo de los quince días hábiles desde la fecha de la presentación, y la demanda se presentó el mismo día 25 de Mayo del 2015. Teniendo en cuenta que los efectos del despido se fijaron en el 3 de abril del 2015 y que dicho día no se computa en el plazo de los veinte días hábiles, a la fecha de la presentación de la papeleta de conciliación el día 06/05/2015, habían transcurrido 19 días hábiles, una vez descontados los sábados, domingos y los días festivos, como el 6 de abril y el 16 de abril. Desde que se presenta la papeleta de conciliación y hasta la celebración del acto sin efecto, el día 25 de mayo de 2015, se suspende el plazo de cómputo del plazo de 20 días, y se reanuda al día siguiente de tal acto y como la demanda se presenta el mismo día 25 de mayo del 2015, en total a la fecha de la presentación de la demanda habían transcurrido 19 días hábiles. Por ello, como la demanda se presenta el 25 de mayo del 2015, a la fecha de la presentación de la misma no puede considerarse que hubiera transcurrido el plazo de caducidad de los veinte días hábiles, sino que la demanda se presenta dentro del plazo de caducidad prevenido legalmente. Tal y como argumenta la parte recurrente como en el relato fáctico de la Sentencia no se recoge mención alguna a los hechos recogidos en la carta de despido y la Sentencia no entra a resolver sobre el fondo de tal acción de despido pese a que la misma no estaba caducada, debemos estimar el motivo formulado y declarar la nulidad de la Sentencia dictada en lo referente a la acción de despido ejercitada, a fin de que por el Juzgador a quo se dicte con libertad de criterio y sin apreciar la excepción de caducidad de la acción una nueva Sentencia entrando a conocer del fondo de la acción de despido ejercitada.

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

Por ello;

VISTOS los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

FALLAMOS

Que estimando el recurso de suplicación interpuesto por la representación procesal de D^a. M.F.S. contra la sentencia de fecha veinticinco de enero de dos mil diecisiete dictada por el Juzgado de lo Social Número tres de Alicante, en autos número 433/2015 seguidos a instancias de la recurrente contra la empresa D.P.M. SA, así como FOGASA y el MINISTERIO FISCAL sobre DESPIDO declaramos la nulidad de la Sentencia, a fin de que por el Juzgador a quo se dicte con libertad de criterio y sin apreciar la excepción de caducidad de la acción, una nueva Sentencia entrando a conocer del fondo de la acción de despido ejercitada.

2343

Sentencia núm. 881, de 13 de marzo de 2018

Materia: Pensión de jubilación: Sanción. Pérdida de pensión durante tres meses por falta de afiliación al RETA, durante el periodo en que el actor ejerció funciones de administrador en una sociedad mercantil. El demandante realiza funciones de liquidador de la empresa a título no lucrativo. No existe actividad real de trabajo. Falta de elemento constitutivo para quedar encuadrado en el régimen especial.

Juzgado: Desestima la demanda y considera ajustada a derecho la sanción impuesta al actor, al no figurar el trabajador en situación de alta en el RETA mientras ejerció funciones de liquidador en la empresa.

Sala: Estima el recurso y revoca la sentencia de instancia no habiendo lugar a la sanción impuesta al demandante. El actor ostenta un cargo formal que no implica actividad real de trabajo, no siéndole exigible su afiliación al RETA.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Por la representación letrada del demandante se formula recurso contra la sentencia de instancia, que desestimó la demanda en que se reclamaba frente la resolución del INSS que le sancionaba durante tres meses en la prestación de jubilación que venía percibiendo desde noviembre de 2005, por considerar que en el tiempo comprendido entre abril y noviembre de 2013 debió estar encuadrado en el RETA.

Así, en primer término se postula, con correcto amparo procesal, la adición al tercer hecho probado de un cuarto párrafo que exprese que por auto de 18 de noviembre de 2013 del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Alicante, en procedimiento nº 437 / 2013, se declaró en concurso voluntario abreviado a la mercantil V., SL, y se nombró administrador concursal a don M.R.M..

El motivo debe prosperar, en tanto lo postulado viene avalado documentalmente y puede tener incidencia para la suerte que debe correr el recurso.

SEGUNDO.- En el apartado destinado al examen del derecho aplicado, se censura a la sentencia la infracción del artículo 165 de la LGSS y la D.A. 27ª de dicha norma legal.

Se argumenta que el recurrente, que se encontraba jubilado en esta fecha, fue nombrado el 4 de abril de 2013 liquidador de la sociedad mencionada anteriormente, extendiéndose ese mandato hasta noviembre de ese mismo año, en un periodo en que la empresa no tenía ninguna actividad por hallarse disuelta desde el mes de noviembre de 2012, de modo que no entiende fuese preciso estar encuadrado en el RETA pues en ese espacio de tiempo no existió actividad económica y por extensión, actividad real de trabajo que hiciera necesaria su afiliación y alta en dicho régimen especial.

La sentencia recurrida, partiendo del dato temporal arriba mencionado, que no se discute, concluye que a pesar de no percibirse remuneración alguna en ese cargo de liquidador, el recurrente tenía unas responsabilidades que se pueden evaluar económicamente, atendido lo cual estima correcta la sanción impuesta de pérdida durante tres meses de la pensión de jubilación.

Pero desde ahora se anticipa que el motivo, y por extensión el recurso, debe prosperar. La D.A. 27 de la LGSS prescribe el obligatorio encuadramiento en el RETA de los trabajadores por cuenta propia o autónomos que ejerzan las funciones de consejero o administrador a título lucrativo y de forma habitual, personal y directa, y en el supuesto enjuiciado, por tanto, lo decisivo es considerar si el cargo de liquidador ocupado en ese lapso de tiempo lo fue o no a título lucrativo, entendiendo la sentencia que no, y a pesar de esto resuelve que esas funciones entrañan un interés económicamente evaluable, aunque puedan reducirse a realizar labores meramente gestoras del balance negativo de la empresa.

Por tanto, si dichas funciones liquidadoras eran gratuitas, y duraron hasta que se acordó la declaración de concurso de acreedores y el correlativo nombramiento de administrador concursal, en un tiempo en que la citada sociedad no tenía actividad, pues al estar disuelta desde noviembre de 2012 no se habían contratado servicios o suministros, ni tampoco trabajadores, careciendo de la actividad de promoción inmobiliaria genuina de dicha mercantil, nos hallamos con el ejercicio de un cargo meramente formal que no implica actividad real de trabajo, que sí sería el elemento constitutivo del necesario y obligatorio encuadramiento en el RETA, de modo que al no tener que estar obligatoriamente afiliado a este régimen no se puede entender razonablemente que se haya cometido la infracción determinante de la sanción impuesta de suspensión de la pensión de jubilación durante tres meses, comportando en definitiva que se debe revocar tanto la resolución administrativa que la adoptó, como la sentencia recaída en la instancia, estimándose el presente recurso al vulnerar las normas citadas precedentemente.

FALLO

Estimamos el recurso de suplicación formulado por don J.G.N. contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 1 de Alicante de 5 de julio de 2016, recaída en autos sobre jubilación (sanción) frente al INSS, y con revocación de la citada resolución judicial, debemos anular la sanción de pérdida de tres meses de la pensión de jubilación que viene percibiendo el recurrente impuesta en la resolución de 5 de noviembre de 2014, que se deja sin efecto, con las consecuencias legales inherentes a dicha declaración.

2344

Sentencia núm. 916, de 13 de marzo de 2018

Materia: Prestación por desempleo: Reintegro de prestaciones. Carencia necesaria para el cobro de las prestaciones y cómputo del cobro del subsidio a efectos carenciales.

Juzgado: Estima la demanda condenando al actor demandado a reintegrar la cantidad reclamada en concepto de cobro indebido del subsidio de desempleo para mayores de 52 años.

Sala: Estima en parte el recurso por defecto de hechos probados. Devuélvase los actos al juzgado de procedencia para que con libertad de criterio se analice si el cobro de la prestación contributiva de desempleo fue consecuencia de su retorno del extranjero.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO. 1. El recurso interpuesto, que no ha sido impugnado de contrario, se estructura en tres motivos. El primero se formula al amparo del artículo 193.a) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social por vulneración de “los artículos 97 de la Ley de la Jurisdicción Social por falta de fundamentación de la sentencia, en relación al derecho a la prueba propuesta por esta parte, causándole indefensión y contraviniendo los artículos 217 y 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil”. Centra su argumentación en la importancia que tenía que se trajera a los autos el expediente correspondiente a la prestación contributiva de desempleo iniciada el 12 de agosto de 2004 tal y como se había propuesto.

2.Desde la perspectiva de que tal y como se deduce de la historia de vida laboral obrante al folio 35 de la documental de la parte demandada en relación con lo declarado en el hecho probado quinto (“El demandado acredita haber cotizado a la Seguridad Social Española: 2.600 días en el periodo de 14-02-64 a 28-03-71; 101 días en el periodo de 16-08-72 a 24-11-72; 487 días de prestación contributiva de desempleo del 12-08-2004 al 11-12-2005; 1.631 días de subsidio de desempleo del 12-01-2006 al 31-07-2011; 242 días de subsidio de desempleo del 01-09-2010 al 30-04-2011; 184 días de actividad laboral del 01-05-2011 al 31-10-2011 y 604 días de subsidio de desempleo de 01-11-2011 al 26-06-2013. Así mismo acredita el demandado un total de 4.597 días de cotización en el periodo de 01-03-1973 al 30-09-1985. (folios 32 a 44 de los autos), y que como resulta de lo resuelto en el procedimiento y sentencias referidas en los hechos probados séptimo y octavo (“SÉPTIMO. Paralelamente, por el INSS se remitió oficio al demandado de fecha 02 de octubre de 2013 por la que resolvía denegar la prestación de jubilación solicitada por resolución de 27 de septiembre de 2013 por existir un descubierto en el Régimen Especial de Autónomos del actor de los meses de mayo y septiembre de 2011, con la advertencia de que producido el ingreso en el plazo de 30 días se le reconocería la jubilación. Sin embargo, por Oficio de 15 de noviembre de 2013 se le notificó al demandado que se dejaba sin efecto la resolución de 27-09-2013 y se le denegaba la prestación de jubilación por no tener al menos dos años cotizados en los quince inmediatamente anteriores en la fecha del hecho causante. (Folios 14 y 23 de los autos). OCTAVO. El hoy demandado formuló reclamación en vía administrativa y demanda contra el INSS por la denegación de la pensión de jubilación y por sentencia del Juzgado Social n.º Dos de Valencia, autos 125/2014, de fecha 13 de julio de 2015 se desestimó la demanda por falta de carencia específica en los quince años anteriores al reconocimiento del subsidio de mayores de 52 años. Formulado recurso de suplicación por D. V.B.G., por sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal

Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de fecha 31 de octubre de 2016 le fue desestimado el recurso, confirmando la sentencia recurrida y declarando que el periodo de cobro del subsidio de mayores de 52 años no computa a efectos carenciales, sólo a efectos de base reguladora y porcentaje de la pensión, si le hubiera sido reconocida la jubilación. (Documentos 1 y 2 del SPEE”), la prestación contributiva de desempleo percibida por el demandado en el período de 12 de agosto de 2004 a 11 de diciembre de 2005, parece que fue concedida a consecuencia del retorno de Alemania, resulta muy importante a juicio de la Sala, que se aclare y declare si esto fue así, y duración y causa de la extinción de dicha prestación contributiva en 11 de diciembre de 2005, atendiendo a las consecuencias que ello puede tener de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 208.5, 214, 161.1.b) y 215.1.3) del TR de la Ley General de la Seguridad Social de 1994 (hoy artículos 267.1.e), 273, 205.1.b) y 274.4 del Texto Refundido de 2015), considerando que la *ratio decidendi* tanto de la sentencia de instancia como de las que se hizo mérito en el hecho probado octavo fue que el periodo de cobro del subsidio de mayores de 52 años no computaba a efectos carenciales, y que según consta en el primero de los folios de la prueba documental de la parte demandada lo que se había solicitado como documental (3) era el “expediente completo correspondiente a la prestación contributiva de desempleo iniciado el 12.08.2004”.

3.Acordamos acoger en parte este motivo, y el recurso, sin que proceda por ello el examen de los restantes motivos, declarando la nulidad de la sentencia de instancia por falta de hechos probados, para que con retroacción a la fecha de la sentencia y previa la práctica en su caso de diligencias finales, declare: A) Si el percibo de la prestación contributiva de desempleo por el demandado en el período de 12 de agosto de 2004 a 11 de diciembre de 2005, fue consecuencia de su retorno de Alemania o por otro motivo. B) Causa de la extinción de dicha prestación en 11 de diciembre de 2005. Resolviendo luego con libertad de criterio la pretensión ejercitada teniendo en cuenta en su caso la doctrina del paréntesis.

FALLO

Acogemos en parte el recurso de suplicación interpuesto en nombre de D. V.B.G. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº Doce de los de Valencia el día 23 de diciembre de dos mil dieciséis en proceso sobre reintegro de subsidio de desempleo seguido contra el mismo a instancia del SERVICIO PÚBLICO DE EMPLEO ESTATAL y anulamos dicha sentencia por defecto de hechos probados. Firme que sea la presente resolución devuélvase los autos al Juzgado de procedencia para que con retroacción de actuaciones al momento de la sentencia dicte otra previa la práctica en su caso de diligencias finales, declarando: A) Si el percibo de la prestación contributiva de desempleo por el demandado en el período de 12 de agosto de 2004 a 11 de diciembre de 2005, fue consecuencia de su retorno de Alemania o por otro motivo. B) Causa de la extinción de dicha prestación en 11 de diciembre de 2005. Resolviendo luego con libertad de criterio la pretensión ejercitada, teniendo en cuenta en su caso la doctrina del paréntesis.

2345

Sentencia núm. 930, de 22 de marzo de 2018

Materia: Modificación sustancial condiciones de trabajo. Conversión del contrato de trabajo de la trabajadora. La actora presta servicios como limpiadora en empresa dedicada a actividades de limpieza. Adjudicación del servicio de limpieza a nueva empresa. Subrogación de la trabajadora en las mismas condiciones. La nueva empresa modifica las condiciones laborales de la trabajadora. Conversión contrato.Procedencia de la conversión.

Juzgado: Estima la demanda considerando no ajustado a derecho la conversión del contrato de la actora de indefinido-fijo discontinuo a tiempo parcial en indefinido a tiempo parcial. Se condena a la empresa a reponer a la trabajadora en las mismas condiciones laborales.

Sala: Desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia. Condena en costas a la empresa recurrente. La alteración de la forma de cotización y abono del salario llevada a cabo por la nueva empresa carece de justificación legal, constituyendo una modificación sustancial de sus condiciones de trabajo de carácter injustificado.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Dictada sentencia por el Juzgado de lo Social número 4 de Alicante el 2 de febrero de 2017 en materia de modificación sustancial de condiciones de trabajo, recurre en suplicación la empresa demandada, F.F.S. S.L, al declarar la resolución de instancia no ajustada a derecho la modificación acordada por la empresa, y que afectaba a la trabajadora Doña M.P.R.D.

SEGUNDO.- Con carácter previo a resolver sobre el recurso de suplicación se ha de indicar que si bien de un primer examen de la demanda y relato fáctico contenido en la Sentencia podría advertirse que estamos ante la impugnación de una modificación individual sin constancia alguna de que derive de una decisión modificativa de carácter colectivo, se dictó por esta Sala Auto de fecha 13-11-2017 (Recurso de queja 2598/2017) resolviendo tal cuestión, dando acceso al recurso de suplicación, dado el carácter colectivo de la modificación sustancial impugnada. Recurso que ahora resolvemos y que plantea las siguientes cuestiones.

TERCERO.- El recurso se articula a través de un único motivo, redactado al amparo del apartado c) del art. 193 LRJS, en virtud del cual, se dice infringido los arts. 16.1 y 12.3 ET y art. 65.3 del RD 2064/1995, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General sobre Cotización y Liquidación de otros derechos de la Seguridad social, en relación con el art. 41ET.

Sostiene el recurrente que la decisión adoptada por la Juez a quo de considerar el contrato de la trabajadora como indefinido a tiempo parcial pero estimar que la reducción salarial producida por el prorrateo del salario y la rebaja del porcentaje de cotización constituye una modificación sustancial de sus condiciones de trabajo no ajustada a derecho, no es correcta, pues dicha variación se deriva de la estricta aplicación de la ley, que en virtud de lo dispuesto en el art. 65.3 de la norma que se dice infringida, supone la obligatoriedad de prorratear la base de cotización de la trabajadora durante los 12 meses del año.

Y que por ello, no concurre modificación sustancial alguna, pues se limita la empresa a acomodar el contrato a la legislación aplicable conforme a su naturaleza real y aplicar las consecuencias legales que corresponden, que con anterioridad no regían la relación laboral de la demandante por aplicarse una modalidad contractual claramente errónea o ilegal.

El recurso ha de ser desestimado, pues esta Sala ya se ha pronunciado en anteriores sentencias resolviendo supuestos sustancialmente idénticos al que nos ocupa, referentes a otras trabajadoras de la empresa F.F.S.S.L, que también fueron subrogadas al provenir de otras empresas, modificándose su contrato en los términos ya expuestos (Sentencias de 27-9-17 (rs.1773/17); 24-10-17 (rs. 2297/17) y 13-12-17 (rs. 2765/17)).

La primera de ellas, referente a una trabajadora que también prestaba servicios en el mismo instituto de educación secundaria que la actora, contenía los siguientes razonamientos:

“Formula la parte recurrente un solo motivo de recurso al amparo del apartado c) del artículo 193 LRJS, si bien denunciando en tres apartados las distintas normas sustantivas y Jurisprudencia que estima ha vulnerado la Sentencia.

En primer término denuncia la vulneración de lo dispuesto en el artículo 12-3 E.T. en relación con el artículo 16-1 E.T. así como del artículo 6-3 CC. A tal efecto, la parte recurrente analiza la naturaleza del contrato de trabajo suscrito por la actora entendiendo que estamos ante un contrato de trabajo fijo discontinuo periódico pues el ciclo se reitera en periodos regulares y en fechas ciertas, al que se ha de aplicar por ello la regulación del contrato a tiempo parcial indefinido, pero sin que ello implique la modificación del contrato de la trabajadora que sigue siendo de fijo discontinuo.

El artículo 12.1 del ET vigente define el contrato de trabajo a tiempo parcial como aquel en que se acuerda la prestación de servicios durante un número de horas al día, a la semana, al mes o al año, inferior a la jornada de trabajo de un trabajador a tiempo completo comparable, precisando el apartado tercero que dicho contrato se entenderá celebrado por tiempo indefinido cuando se concierte para realizar trabajos fijos y periódicos dentro del volumen normal de actividad de la empresa. Por su parte, el artículo 16-1 establece que el contrato por tiempo indefinido de fijos-discontinuos se concertará para realizar trabajos que tengan el carácter de fijos-discontinuos y no se repitan en fechas ciertas, dentro del volumen normal de actividad de la empresa, añadiendo que a los supuestos de trabajos discontinuos que se repitan en fechas ciertas les será de aplicación la regulación del contrato a tiempo parcial celebrado por tiempo indefinido y que los trabajadores fijos discontinuos serán llamados en el orden y la forma que se determine en los respectivos convenios colectivos, pudiendo el trabajador, en caso de incumplimiento, reclamar en procedimiento de despido ante la jurisdicción competente, iniciándose el plazo para ello desde el momento en que tuviese conocimiento de la falta de convocatoria. Siguiendo a la STS de 30 de mayo de 2007 (RJ 2007, 6113) (rec. 5315/2005), la condición de trabajador fijo discontinuo responde a las necesidades normales y permanentes de la empresa que se presentan por lo regular de forma cíclica o periódica, reiterándose esa necesidad en el tiempo aunque lo sea por periodos limitados. El trabajo fijo discontinuo es aquél que se da por razón de la discontinuidad de su actividad, que no exige la prestación de servicios todos los días u horas, dentro del carácter normal y permanente de la actividad empresarial. Lo que sucede tanto en empresas de ciclo continuo que tengan exceso de trabajo en puntos estacionales, cuando éstos se repiten, o en empresas que no funcionen permanentemente, cuya actividad productiva sea discontinua, cíclica o intermitente, sea o no estacional (campaña, temporada, curso escolar). Hay dos formas de trabajo fijo discontinuo: el fijo y periódico que se repite en fechas ciertas indicadas en el contrato (que se rige por el contrato a tiempo parcial común), y el que no se repite en fechas ciertas y está sujeto a llamamiento (art. 16 ET). Esta distinción entre trabajo

fijo discontinuo periódico y el que no se repite en fechas ciertas, pero encontrándonos en ambos casos ante trabajadores fijos discontinuos es la que se desprende de la Sentencia del Tribunal Supremo de 14-7-2016 (RCUD 3254/2015) que aunque analiza la normativa de Seguridad Social en relación a tal contratación, realiza precisiones sobre la naturaleza de tales contratos que nos llevan a compartir las conclusiones de la parte recurrente considerando que la actora pese a que preste servicios en periodos similares que vienen a coincidir en las fechas de inicio y fin cada año y realice por ello trabajos periódicos que se repiten en fechas ciertas, no por ello deja de ser un trabajador fijo discontinuo al que a diferencia de aquellos cuya actividad no se repite en fechas ciertas y que se rigen por los criterios del artículo 16 E.T., se les aplican las reglas del contrato de trabajo indefinido a tiempo parcial (artículo 12-3 E.T). Señala así dicha Sentencia: “A los efectos que aquí interesan relativos a la aplicación de la normativa sobre Seguridad Social, no cabe duda de que el contrato de trabajo fijo discontinuo regulado en el artículo 15.8 ET (en la actualidad en el artículo 16 del vigente texto refundido del Estatuto de los Trabajadores) es contemplado normativamente como una modalidad del genérico contrato a tiempo parcial, a pesar de que, laboralmente, se trata de una modalidad autónoma. Junto al contrato a tiempo parcial común u ordinario en el que el trabajo se realiza de forma constante y continuada ciertas horas al día o días a la semana o al mes e, incluso, al año, y al contrato de tiempo parcial del relevista en una jubilación, la normativa de Seguridad Social en algunos aspectos generales (artículo 245 del vigente texto refundido LGSS) o concretos (desempleo) incluye entre este tipo de contratos a tiempo parcial, aquellos cuyo tiempo de trabajo se realiza de modo intermitente a lo largo del año, bien en fechas ciertas, bien en fechas inciertas cual es el supuesto que nos ocupa. Por ello, la solución al supuesto que se plantea en este recurso debe hacerse teniendo en cuenta las normas que regulan los aspectos de afiliación, altas y bajas y cotización a la Seguridad Social de los contratos a tiempo parcial.

Los contratos de trabajo fijos-discontinuos son contratos de duración indefinida. Existe un solo contrato y sucesivos llamamientos, de suerte que la ejecución del contrato se interrumpe a la conclusión de cada período de actividad, no trabajando y no cobrando salario alguno. Por ello, el hecho de que la relación laboral simplemente se interrumpa supone, no obstante, que durante el período de inactividad dicha relación subsiste, sin extinguirse ni suspenderse. De esta forma, como pone de relieve la doctrina científica, el derecho de llamamiento instituye a favor de los trabajadores un derecho pleno, actual y no condicional para ser ocupados cada vez que los trabajos fijos y que forman parte del volumen normal de actividad de la empresa se lleven a cabo, aunque siguiendo un orden preestablecido para el caso de que no fuera posible el llamamiento simultáneo, porque la actividad requiera una inicial fase de puesta en marcha. Por la misma razón, del lado empresarial, el deber de llamamiento consiste en una obligación de hacer que materializa el deber de proporcionar ocupación efectiva a los trabajadores.

Fruto directo de esa obligación empresarial es la necesidad de incorporar al trabajador llamado cuando eso sea posible y, en todo caso, el deber de realizar los trámites oportunos en orden a su registro a los efectos de alta y cotización a la Seguridad Social. En efecto, aunque el trabajador se encontrara enfermo, ello no exime de la obligación de llamamiento a la empresa que de realizarlo, deberá proceder a dar de alta al trabajador sin perjuicio de cursar seguidamente la baja por Incapacidad Temporal, pudiendo de esta manera proceder a contratar interinamente a otra persona para que desempeñe el puesto de trabajo del enfermo si por conveniente lo tuviere a través del oportuno contrato de interinidad. En definitiva, deben ser llamados los trabajadores en situación de incapacidad temporal, momento a partir del cual la empresa debe asumir la obligación de colaboración con la Seguridad Social, si bien la reincorporación efectiva al trabajo se producirá a partir del alta médica.

Desde la expresada unidad del contrato, no pueden aplicarse mecánicamente los efectos de los arts. 100.1 y 106.1 de la Ley General de la Seguridad Social, que

supeditan la obligación de cursar el alta y la cotización al comienzo de la prestación del trabajo, pues en rigor la prestación del trabajador en este tipo de contrato se inicia con la incorporación a la primera temporada, momento en que ya se debe entender cumplido aquel requisito; se suspende en los períodos de inactividad y renace al inicio de la nueva campaña, momento en el que inexorablemente y por expreso mandato legal el empresario ha de llamar a unos determinados trabajadores (los que ocupan el primer lugar en la lista o los que procede según convenio), inexorabilidad que, otra vez, sugiere que el contrato no era inexistente pues en tal caso ninguna obligación vincularía al empresario. Parece claro, por tanto, que en el momento en que el contrato recobra todos sus efectos, que es el momento del llamamiento para iniciar la campaña, el empresario debe asumir todas las obligaciones de él derivadas, entre ellas, la de comunicar el alta y cotizar por sus trabajadores”.

En el presente caso, del propio relato fáctico contenido en la Sentencia y que se ha mantenido inalterado se desprende que la demandante, de categoría limpiadora, venía prestando servicios en el centro de trabajo IES S.M. de A. como fija discontinua a tiempo parcial con jornada de 29,16 horas semanales, en horario de lunes a viernes y salario de 30,76 euros diarios con inclusión de la parte proporcional de las pagas extras, haciéndolo durante el periodo coincidente con el curso escolar, y en concreto desde el 2-9-2002. Tras ser adjudicada la contrata a la empresa demandada, la misma comunica a la actora que por imperativo legal al prestar servicios siempre 10 meses al año durante los mismos periodos, su relación debe ser calificada como indefinida ordinaria a tiempo parcial, siendo su jornada de 23,08 horas semanales durante 12 meses y distribución de la jornada como hasta la fecha, trabajando 29,16 horas semanales durante 10 meses y sin actividad durante dos meses (Julio y Agosto). Se le pasa a abonar además un salario mensual de 717,76 euros al mes con parte proporcional de las pagas extras frente al salario anual que en diez meses venía percibiendo de 9.155,73 euros y que prorrateado en doce meses supondría un total mensual de 762,98 euros. Con tales datos y a la vista de la Jurisprudencia expuesta, podemos concluir que tal y como afirma la parte recurrente, la trabajadora al igual que ha venido sucediendo en las distintas contrata de limpieza anteriores a la adjudicada a la empresa ahora demandada, es fija discontinua de carácter periódico, de manera que trabaja en periodos coincidentes con el curso escolar y así en fechas ciertas cada año, por lo que conforme al artículo 12-3 E.T. le es de aplicación la regulación del contrato a tiempo parcial celebrado por tiempo indefinido, sin que por ello le sea factible a la empresa entrante alterando las condiciones en las que la trabajadora venía prestando servicios desde el inicio de su relación laboral y bajo el pretexto de una supuesta legalidad que afecta como se analizara en los otros dos apartados del escrito de recurso, a la distribución de la jornada, salario y cotización, convertir tal vínculo jurídico considerando ahora a la trabajadora como un trabajador ordinario indefinido a tiempo parcial pero con la Jornada concentrada en unos determinados meses del año, pues pese a que la actividad en la que presta servicios se repite en fechas ciertas cada año tratándose así de trabajos periódicos, y pese a la regulación a la que remite por ello el artículo 16-1 E.T., sigue siendo una trabajadora fija discontinua. Tal alteración del vínculo jurídico que se advierte no sólo por el simple cambio de la denominación del contrato de fijo discontinuo a indefinido a tiempo parcial, sino por las consecuencias anudadas a dicho cambio y que se vienen a expresar en el relato fáctico de la Sentencia, estimamos sí supone una modificación sustancial de las condiciones de trabajo de la demandante que además al no venir justificada ni amparada legalmente pese a lo argumentado por la empresa y admitido por la Sentencia de instancia, consideramos es injustificada y debe dejarse sin efecto reponiendo en consecuencia a la trabajadora en las mismas condiciones que venía disfrutando en la empresa saliente y que con motivo de la subrogación de la trabajadora viene obligada la empresa entrante a respetar con arreglo al artículo 44 E.T. y tal y como así lo expresa precisamente la Sentencia recurrida.

A la misma conclusión llegamos al analizar el apartado B) del escrito de recurso en el que se denuncia la vulneración por aplicación indebida del artículo 65-3 del RD

2064/1995 de 22 de diciembre en relación con lo dispuesto en la DA 3ª del RDL 1131/2002 de 31 de Octubre por el que se regula la Seguridad Social de los trabajadores contratados a tiempo parcial, así como la jubilación parcial. Se argumenta así por el recurrente que no cabe aplicar tal previsión legal para así amparar la novación contractual realizada, y en concreto el cambio en la cotización y el prorrateo del salario, una vez que la Sentencia recurrida sí declara modificación injustificada la reducción salarial que ha provocado tal alteración del vínculo contractual (...).

Tras transcribir el art. 65-3 RD 2064/1995 en su redacción dada por el RDL 1131/2002 se dispone: "Visto el contenido de tal precepto y teniendo presente la Sentencia del Tribunal Supremo antes citada, no podemos estimar que el mismo sea de aplicación a la relación laboral de la actora con la demandada que como ya hemos señalado es fija discontinua aun cuando lo sea para la realización de trabajos fijos periódicos que se repiten en fechas ciertas. El precepto alegado por la empresa como además se desprende de las propias Instrucciones dadas por la TGSS en relación a tal precepto en el Boletín de Noticias Red 2003/2, no obstante el carácter orientativo de las mismas, no resulta de aplicación a los trabajadores fijos discontinuos cuyos periodos de inactividad/actividad deben tratarse como bajas y altas sucesivas, desprendiéndose de tal precepto y de la exposición de motivos del RDL 1131/2002 que se aplica a los contratos a tiempo parcial con periodo de trabajo concentrado, no teniendo tal consideración los contratos fijos y periódicos previstos en el artículo 12-3 E.T. Así se desprende de la propia exposición de motivos del RDL 1131/2002 y en concreto del siguiente redactado literal que es al que debe estarse y no a la interpretación subjetiva de la empresa, conforme al cual la introducción de dicho apartado 3 del artículo 65 RD 2064/1995 se produce para contemplar el supuesto de los trabajadores a tiempo parcial con periodo de trabajo concentrado: "Por último, la regulación actual del contrato a tiempo parcial puede originar en la práctica que el trabajador acuerde con su empresa que la totalidad de las horas de trabajo que debe realizar anualmente, por razón de su contrato a tiempo parcial, se presten de forma concentrada en determinados períodos de cada año, con percibo de las correspondientes remuneraciones totales dentro de los mismos o bien de forma prorrateada a lo largo del año, permaneciendo inactivo el tiempo restante.

En tales supuestos, si bien resulta claro que, de acuerdo con la normativa de carácter general vigente al respecto, el trabajador debe permanecer en alta en el Régimen de la Seguridad Social que corresponda por razón de la actividad mientras no se produzca la extinción de su relación laboral, aunque el tiempo de trabajo lo concentre exclusivamente en ciertos períodos del año, sin embargo se vienen suscitando dudas en lo que se refiere al alcance de la obligación de cotizar en los supuestos indicados.

En tal sentido, y conforme a las reglas generales de la cotización en la Seguridad Social, se aplica a los supuestos señalados el criterio de considerar que las remuneraciones que debe percibir el trabajador parcial por los períodos del año en que concentre la prestación de trabajo, derivada de su contrato a tiempo parcial, lo son en función del mantenimiento de su relación laboral durante todo el ejercicio y, en consecuencia, se establece la subsistencia de la obligación de cotizar a lo largo del mismo y mientras no se extinga dicha relación laboral, a cuyo efecto aquellas remuneraciones habrán de prorratearse entre los doce meses del año o, en su caso, del inferior número de meses de que se trate, tanto si se perciben sólo en los períodos concentrados de trabajo, como de forma prorrateada a lo largo del año. Por ello estimamos que la alteración de la forma de cotización y abono del salario llevada a cabo por la empresa conforme a tal cotización prorrateado en doce meses, que la misma argumenta en atención al cambio de la calificación jurídica del contrato, carece de justificación legal alguna y constituye una modificación sustancial de sus condiciones de trabajo de carácter injustificada, lo que conlleva la condena a la empresa a reponer a la trabajadora en la integridad de sus anteriores condiciones de trabajo incluida la forma de cotización, distribución de la jornada y porcentaje, salario

y forma de abono del mismo, y en consecuencia a la estimación del recurso formulado pues frente a lo argumentado en la Sentencia de instancia que sólo considera injustificada la modificación sustancial de las condiciones de trabajo de la actora referidas a la reducción mensual del salario, estimamos también injustificada la modificación de la naturaleza del vínculo contractual de la trabajadora. La propia referencia realizada por la empresa al impugnar el recurso al artículo 267-1 d) LCSS viene a confirmar la condición de la trabajadora de fija discontinua pese a realizar trabajos fijos y periódicos que se repiten en fechas ciertas, no siéndole por ello de aplicación el artículo 65-3 RD mencionado, pues dicho precepto considera que se encuentran en situación legal de desempleo durante los periodos de inactividad productiva, los trabajadores fijos discontinuos incluidos los que realicen trabajos fijos y periódicos que se repitan en fechas ciertas, considerando a unos y otros con la misma naturaleza de fijos discontinuos pese a la distinción a efectos laborales que se recoge en el artículo 16 y 12-3 E.T”.

Por todo ello, aplicando al supuesto analizado los mismos argumentos, el recurso ha de ser desestimado y con él, procede confirmar la resolución de instancia en todos sus extremos.

CUARTO.- 1.- Se acuerda la pérdida de las cantidades consignadas, y del depósito constituido para recurrir, a los que se dará el destino que corresponda, una vez que la presente sea firme, ex art. 204.1 y 4 LRJS.

2.- Procede la imposición de costas a la empresa recurrente, al no gozar del beneficio de justicia gratuita, debiendo incluir los honorarios de la representación letrada de la parte impugnante, que la Sala cifra en 600 euros (art. 235.1 LRJS).

En virtud de lo expuesto

FALLAMOS

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de F.F. S.L frente a la sentencia dictada el 2 de febrero de 2017 por el Juzgado de lo social número 4 de Alicante, en autos número 626/2016 seguidos a instancia de DOÑA M.P.R.D. frente al precitado recurrente y el FONDO DE GARANTÍA SALARIAL; y en consecuencia, confirmamos íntegramente la resolución recurrida.

Se acuerda la pérdida de las cantidades consignadas, y del depósito constituido para recurrir, a los que se dará el destino que corresponda, una vez que la presente sea firme. Asimismo, procede la imposición de costas a la empresa recurrente, al no gozar del beneficio de justicia gratuita, debiendo incluir los honorarios de la representación letrada de la parte impugnante, que la Sala cifra en 600 euros.

2346

Sentencia núm. 932, de 22 de marzo de 2018.

Materia: Despido con vulneración de los derechos fundamentales. Trabajador que presta servicios como conductor perceptor en empresa de autobuses. Grupo de empresas. El actor ejerce funciones de delegado de personal. Fricciones del trabajador con la empresa que ha llevado a imponerle sanciones. El actor se ausenta de su puesto de trabajo por motivos sindicales habiendo comunicado a la empresa su ausencia. La empresa inicia expediente contradictorio y tras las alegaciones del trabajador presenta demanda de despido disciplinario por falta muy grave: Tránsito buena fe contractual. Vulneración garantía de indemnidad del actor. Solicitud nulidad declaración del despido.

Juzgado: Estima la demanda declarando nulo el despido del trabajador, condenando a las empresas a readmitir al trabajador y al abono de los salarios dejados de percibir desde la fecha de efectos del despido.

Sala: Estima parcialmente el recurso señalando que las fricciones, posturas encontradas o enfrentamientos que pudieran existir entre empresa y recurrente no se postulan como suficientes para acreditar indicios de vulneración de la garantía de indemnidad del actor para proceder a la nulidad del despido. Declara improcedente la extinción de la relación laboral puesto que el actor ha utilizado su crédito sindical para realizar labores de representación sindical. No ha resultado constatado un uso inadecuado del crédito de horas sindicales reiterado en el tiempo, que quiebre el deber de buena fe que se dice conculcado.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Dictada sentencia el 30 de junio de 2017 por el Juzgado de lo Social número 1 de Benidorm por la que se estimaba la demanda interpuesta por D. F.J.D.L. frente a las empresas A.D. S.L, B.B. S.L y V. S.L (integrantes todas ellas del grupo empresarial D.) y frente a D. V.S.G., declarando el despido del actor nulo, con las consecuencias legales inherentes a dicha declaración, y condena al abono de una indemnización por daños y perjuicios de 3.000 euros, se alzan en suplicación las citadas mercantiles, impugnando el recurso el trabajador.

SEGUNDO.- El recurso interpuesto por las empresas recurrentes, se sustenta en diversos motivos, redactándose el primero de ellos al amparo del apartado a) del art. 193 LRJS, solicitándose en el mismo reponer los autos al estado en que se encontraban en el momento de haberse infringido normas o garantías del procedimiento que hayan producido indefensión, incluyéndose cuatro submotivos diferenciados:

1.- En el primero de ellos, se denuncia la presencia del vicio de incongruencia omisiva, pues se dice que la Juez de instancia no resuelve la totalidad de las excepciones y defectos formales alegados por los recurrentes al momento de oponerse a la demanda, infringiendo los arts. 97 y 107 LRJS en relación con el art. 248.3 LOPJ y art. 218 LEC, generando indefensión.

2.- En directa conexión con lo anterior, se alega la vulneración del art. 97.2 LRJS, por insuficiencia de hechos probados de la resolución recurrida, al no contener los elementos fácticos suficientes, y relevantes para la resolución final de la litis, perjudicando gravemente los derechos de los recurrentes.

3.- En tercer lugar, se denuncia la infracción del art. 376 LRC, por deficiente valoración de la prueba por parte de la Juez a quo, y sustentar la misma únicamente en la prueba testifical.

4.- Y por último, concluyen diciendo que se ha infringido el art. 93.2 y 3 LRJS, al dar por buenos los testimonios que depusieron los testigos que declararon en el acto de juicio, cuando todos ellos han mantenido litigios y actitudes adversas frente a la empresa.

Con carácter previo, la Sala ha de analizar la tramitación llevada a cabo por el Juzgado de instancia del procedimiento cuya resolución ahora examinamos, pues entendemos que ello incide necesariamente en el fallo al que se contraerá la presente sentencia:

1º.- El procedimiento se inicia por demanda de 2-12-2015 en la que figura como demandante el actor (delegado sindical) y coadyuvante el sindicato CCOO, por vulneración de los arts. 14, 24 CE y art. 2.d) LOLS (derecho a la actividad sindical). En ella se relata que la empresa realiza una continua actitud de acoso hacia el trabajador y resto de afiliados a CCOO, en connivencia con D. V.S., jefe de tráfico de la empresa, que es consecuencia de la actividad sindical ejercida por el actor en defensa de los derechos de los trabajadores y de la interposición de diversas denuncias ante la Inspección de Trabajo. Se concretan los actos que inciden en los Derechos Fundamentales presuntamente vulnerados, entre otros, la falta de disfrute de días libres consecutivos, falta de abono de festivos trabajados, exigencia de mayor cumplimiento de las obligaciones laborales respecto a otros trabajadores, críticas a los trabajadores afectados, etc.

En el suplico de la demanda se solicita que se declare la nulidad de las conductas antisindicales llevadas a cabo por la empresa, el cese inmediato de las mismas y que se indemnice en la cantidad de 6.000 euros al trabajador demandante y 3.000 euros al sindicato.

2º.- Entre tanto, el actor es despedido el 18 de diciembre de 2015 por uso del crédito horario sindical de forma indebida, y el actor interpone demanda de despido el 18-02-2016.

En la demanda de despido suplicaba que se declarara su despido improcedente. Señalado día de juicio, el mismo fue suspendido para que la parte actora pudiera refundir y aclarar las demandas interpuestas, y los escritos de ampliación y subsanación presentados al Juzgado.

3º.- El 29-6-2017, la parte actora presenta escrito en el Juzgado *“refundiendo y aclarando la demanda de vulneración de DF y de despido”* y terminaba suplicando:

1.- De un lado, que se declarara el despido nulo o subsidiariamente improcedente, alegando la vulneración de la garantía de indemnidad.

2.- Reiteraba las conductas vulneradoras de los derechos fundamentales que ya apuntó en su demanda inicial, y solicita que se declaren las conductas nulas, se cese en las mismas y se condene a 9.000 euros de indemnización por daños y perjuicios.

3.- De otro, se apuntaba al despido disciplinario del actor, por la comisión de una falta muy grave por uso irregular de la condición de representante legal de los trabajadores, reproduciendo la carta de despido que le fue entregada y suplicando que se declarase su despido nulo o subsidiariamente improcedente.

4º.- Por providencia de 12-7-2016 se tuvo por aclarada la demanda y se citó nuevamente a las partes para la celebración de los actos de conciliación y juicio, sin

llegarse a celebrar el mismo al requerirse a la parte actora para que subsanara la demanda presentada, al entenderse que se había producido una indebida acumulación de los procesos iniciados, al intervenir el sindicato CC.OO.

Por escrito presentado el 2-11-2016 se realizaron las alegaciones oportunas por el indicado sindicato y por providencia de 9 de noviembre de 2016, se acordó *“la desacumulación de las acciones y continuar este procedimiento por el despido y vulneración de DF del demandante, debiendo seguirse separadamente la acción ejercitada por el sindicato quien se otorga la condición de coadyuvante pero ejercita su propia reclamación como demandante en realidad (...)”*.

Dispone el art. 28.1 LRJS que si en el mismo juzgado o tribunal se tramitaran varias demandas contra un mismo demandado, aunque los actores sean distintos y se ejercitasen en ellas acciones idénticas o susceptibles de haber sido acumuladas en una misma demanda, se acordará, de oficio o a instancia de parte, la acumulación de los procesos.

Asimismo, el art. 30 LRJS determina que se acordará de oficio o a instancia de parte, la acumulación de procesos que estuvieren pendientes en el mismo o distinto juzgado o tribunal cuando entre los objetos de los procesos cuya acumulación se pretende exista tal conexión que, de seguirse por separado, pudieran dictarse sentencias con pronunciamientos o fundamentos contradictorios, incompatibles o mutuamente excluyentes.

Ante los avatares de la tramitación del procedimiento, cuando menos rocambolesca y que podrían dar lugar a confusión sobre el verdadero objeto de la litis, esta Sala únicamente contraerá su resolución a la discusión relativa a la calificación del despido, con examen de si en el mismo concurrió vulneración de derechos fundamentales.

Ello es así por cuanto la sentencia sólo contrajo su fallo a la declaración de nulidad del despido, sin que se examinaran el resto de conductas que se atribuía a la empresa en el denominado escrito de “acumulación y refundición” de las demandas interpuestas, con imposición de una indemnización de daños y perjuicios, derivado de dicha declaración. Tampoco se apunta en el recurso a que no se resolvieran la totalidad de las acciones ejercitadas por lo que, puede el actor, si no lo hizo ya, acudir al procedimiento de vulneración de derechos fundamentales para dirimir cuantas cuestiones pudieron haber surgido frente a la empresa, actuando o no el sindicato como coadyuvante o demandante, si se estimara preciso.

TERCERO.- Centrándonos ya en las infracciones denunciadas en el apartado 1) y 2) del motivo primero de recurso, se han de realizar las siguientes consideraciones:

1.- Respecto a la incongruencia omisiva que se dice cometida por la Juez a quo, la Sala no está conforme con dicha apreciación. Ante la alegación de la excepción de “pluspetición” por parte de las empresas demandadas, la Magistrada de instancia realizó un pronunciamiento expreso sobre tal cuestión, que se recoge en el fundamento de derecho tercero, desestimando la citada excepción.

Sostienen los recurrentes que no pudo entrarse a resolver sobre la nulidad del despido, cuando el escrito rector del procedimiento tan sólo contenía una petición de improcedencia del mismo, sin que pudiera introducirse en la denominada “demanda refundida” la petición relativa a la nulidad.

Al margen de que entendemos que la excepción de pluspetición nada tiene que ver con lo que se alega, respondiendo más bien lo acontecido a la posible existencia de una modificación sustancial de la demanda, la Sala entiende que tales circunstancias no provocan indefensión alguna en los recurrentes motivadora de la

nulidad de la sentencia de instancia, pues ante la providencia de fecha 12-7-2016 por la que se tenía por aclarada la misma, ningún recurso se interpuso.

Es de destacar igualmente que el acto de conciliación extrajudicial del despido se celebró el 15 de febrero de 2016, y en él ya se indicó expresamente que se había ampliado la demanda por despido nulo, oponiéndose la empresa a las peticiones del actor.

Y a mayor abundamiento, desde que se presentó la aclaración de la demanda, hasta la celebración del juicio el día 31-5-2017 transcurrió más de un año, lapsus temporal suficiente para tener conocimiento de las argumentaciones del trabajador respecto a la nulidad del despido, pudiendo la empresa ejercitar su defensa en juicio con todas las garantías, sin que se le causara indefensión alguna.

2.- En segundo lugar, como ya se apuntó, se alegaba por las recurrentes la posible insuficiencia de los hechos declarados probados contenidos en la resolución de instancia. Argumentan que son muchos los hechos que se omiten en la resultancia fáctica de la litis, cuya ausencia se ha de denunciar, al tener una importante relevancia en la resolución fina de aquélla.

Tal y como ha declarado nuestro Tribunal Supremo en Sentencia de 18 de noviembre de 2010 (Rec. 48/2010), "aparte de venir impuesta en el art. 120.3 CE, es una exigencia derivada del art. 24.1 CE con el fin de que se puedan conocer las razones de la decisión que aquéllas contienen, posibilitando su control mediante el sistema de los recursos, por lo que no solamente está directamente relacionada con los principios de un Estado de Derecho [art. 1.1 CE] y con el carácter vinculante que para Jueces y Magistrados tiene la Ley, a cuyo imperio están sometidos en el ejercicio de su potestad jurisdiccional [art. 117 CE, párrafos 1 y 3], sino que también resulta una garantía frente a la arbitrariedad e irrazonabilidad de los poderes públicos (entre las próximas en el tiempo, (SSTC 211/2003, de 1/Diciembre, FJ 4;100/2004, de 2/Junio, FJ 5;172/2004, de 18/Octubre, FJ 3;247/2006, de 24/Julio, FJ 5;329/2006, de 20/Noviembre, FJ 7; y74/2007, de 16/Abril, FJ 3. YSSTS 26/05/09 -rcó 16/07-; y15/07/10 -rcó 219/09-). Y en orden a su cumplimiento, es doctrina indubitada que la sentencia ha de contener los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión, poniendo así de manifiesto *laratio decidendi* del fallo judicial y permitiendo conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales determinantes de la decisión jurisdiccional (SSTC 68/2002, de 21/Marzo, FJ 4;128/2002, de 3/Junio, FJ 4;119/2003, de 16/Junio, FJ 3;172/2004, de 18/Octubre, FJ 3;247/2006, de 24/Julio. También, STS 11/07/07 -rcó 94/06-), de manera que la carga procesal no queda cumplida con la mera emisión de una declaración de voluntad en un sentido u otro, sino que debe ser consecuencia de una exégesis racional del ordenamiento y no fruto de la arbitrariedad (SSTC 10/2000, de 31/Enero, FJ 2;211/2003, de 1/Diciembre, FJ 4;100/2004, de 2/Junio, FJ 5;172/2004, de 18/Octubre, FJ 3;247/2006, de 24/Julio, FJ 5.STS 15/07/10 -rcó 219/09-).

Asimismo, la jurisprudencia (SSTS de 4 de marzo de 1992, 1 de julio de 1997, 22 de enero de 1998 y 10 de julio de 2.000) nos recuerda que se ha de declarar la nulidad de las sentencias dictadas en la instancia cuando las mismas omiten datos esenciales en los "hechos probados" que el Tribunal "ad quem" considera necesarios, a los efectos de fundamentar la sentencia de suplicación o casación. Esta misma jurisprudencia ha proclamado, con igual asiduidad, que esta nulidad se produce cuando las sentencias contienen declaraciones fácticas, oscuras, incompletas o contradictorias. También, ha sentado la necesidad de dejar constancia, en el relato histórico, de los hechos probados, con toda precisión y detalle que requiera el reflejo de la realidad, deducible de los medios de prueba aportados a los autos, con la claridad y exactitud suficientes para que el Tribunal "ad quem" -que no puede alterar aquellos, sino mediante el cauce procesal adecuado que los recurrentes le ofrezcan- tenga, en caso de recurso, los datos imprescindibles para poder resolver, con el debido conocimiento, la cuestión

controvertida”.

Analizando la sentencia recurrida se observa que la misma contiene los datos suficientes para dar respuesta a las posibles cuestiones que se nos plantean en el presente recurso, entendiendo que los recurrentes, caso de estimar que determinados datos fácticos, relevantes para cambiar el sentido del fallo, pudieran haber sido omitidos, tienen en su mano la posibilidad ofrecida por el art. 193 b) LRJS, pudiendo completarse así el relato histórico de la resolución de instancia, sin causarse indefensión alguna a los mismos, por lo que el motivo que ahora analizamos debe ser desestimado.

3.- Los submotivos 3) y 4) del motivo primero de recurso pueden ser examinados conjuntamente: en el primero de ellos, se denuncia la infracción del art. 376 LEC, por entender que se ha producido una deficiente valoración de la prueba por la Juez a quo, al no tener en consideración prueba documental presentada por los recurrentes y sustentar su resolución únicamente en la prueba testifical; prueba que en el motivo cuarto, se tacha de falta de imparcialidad, al provenir de determinados testigos con conflictos con las empresas, denunciándose así la infracción del art. 92.2) y 3) LRJS.

Ambos motivos deben ser desestimados, pues la posible existencia de una deficiente valoración probatoria no comporta en ningún caso indefensión alguna a los recurrentes, motivadora de nulidad, tratándose ésta de un remedio extraordinario que debe aplicarse con restricción, recordándose a los recurrentes que conforme a reiterada doctrina, es al juez de instancia, cuyo conocimiento directo del asunto garantiza el principio de inmediación del proceso laboral, a quien corresponde apreciar los elementos de convicción (concepto más amplio éste que el de los medios de prueba) para establecer la verdad procesal, intentando su máxima aproximación a la verdad real, valorando en conciencia y según las reglas de la sana crítica la prueba practicada en autos, conforme a las amplias facultades que a tal fin le otorga el artículo 97.2 de la LEC en relación con el artículo 348 de la actual y supletoria LEC (STS 17-12-1990).

CUARTO.- Al amparo del apartado b) del art. 193 LRJS, se pretende la revisión del relato de hechos probados incluido en la resolución de instancia, realizándose las siguientes peticiones:

1.- Se pide en primer lugar se adicione un nuevo párrafo al ordinal tercero cuyo contenido exprese lo siguiente: *“Las actuaciones seguidas por la Inspección de Trabajo no han dado lugar a la imposición de sanción alguna a la parte demandada”*. Ello conforme al contenido de los documentos obrantes a los folios 333 a 338 de autos.

La revisión no puede acogerse pues la Juez ya hace constar en sus hechos probados el resultado de las denuncias interpuestas ante la Inspección, sin que conste en ningún caso que se impusiera sanción alguna a la empresa, por lo que no es preciso que dicha circunstancia forme parte del relato fáctico.

2.- En segundo lugar, se pide sea añadido un nuevo párrafo, en el hecho probado cuarto, con el siguiente contenido: *“Que la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº Uno de Benidorm en los autos 44/2015, de fecha 26-04-2016, desestimó la demanda formulada por D. F.J.D.L. frente a A.D. S.L, en impugnación de sanción, convalidando en consecuencia la impuesta en fecha 01-12-2014 de suspensión de empleo y sueldo de un mes. Asimismo, la Sentencia dictada por el mismo Juzgado de lo Social, en los autos 128/2015 en fecha 05-04-2016 desestimó la demanda interpuesta por D. V.G.D. frente a A.D. S.L en impugnación sanción, confirmando la sanción de suspensión de empleo y sueldo de siete días que le fue impuesta en fecha 16-12-2014”* (FOLIOS 566 a 570 y 661 a 665)

El contenido de la sentencia dictad el 26-04-2016 ha de acceder al relato

fáctico, por desprenderse así de la documental indicada; sin embargo, no procede acceder a la segunda petición, pues D. V.G. no es parte del presente procedimiento, siendo indiferente lo resuelto frente al mismo en procedimiento de impugnación de sanción.

3.- En tercer lugar, se solicita la revisión del hecho probado sexto, proponiendo como nueva redacción del mismo la siguiente: *“El demandante comunicó con carácter previo a la empresa demandada, que como delegado de personal, haciendo uso de las horas retribuidas correspondientes, precisaba asistir a reuniones sindicales durante la jornada laboral, los siguientes días: 09-12-13, 29-09-14, 13-10-14, 28-10-14, 11-11-14, 17-11-14, 15-12-14, 14-07-15, 31-07-15, 14-09-15, 19-10-15 y 16-11-15”* (Folios 297 a 309 y 681 a 695 de autos).

Se accede a lo solicitado, por desprenderse de la documental propuesta sin necesidad de realizar conjeturas o valoraciones sobre la misma.

4.- Se insta la supresión íntegra del hecho probado octavo, por cuanto el mismo se tacha de incongruente y predetermina el contenido del fallo.

Esta petición no puede ser acogida, pues en definitiva lo que se pretende por los recurrentes es que se elimine la constatación por la Juez a quo de determinadas circunstancias, tras la valoración de la prueba testifical y de la pericial aportada a los autos. Y ello por cuanto que los mismos descartan otorgar valor a la testifical en la que se apoyó la Magistrada para redactar tal hecho, valor que salvo error patente ha de prevalecer frente a la posición de la parte recurrente, favorable a sus pretensiones, y que puede verse combatida a través del correspondiente motivo de revisión jurídica.

5.- Se postula la supresión en el hecho probado noveno de todo lo referente a lo manifestado por el testigo D. E.D.M., proponiendo como nueva redacción la siguiente: *“Existía conflictividad entre la empresa y los siguientes trabajadores: D. F.J.D., D. V.G., D. R.V. y D. V.N.”*.

Al margen de que la referencia a la testifical practicada no debería constar en los hechos declarados probados, lo cierto es que el ordinal que se pretende revisar constata la existencia de una determinada manifestación de la empresa hacia el Sr. D. que no ha resultado desvirtuada, ni se apoya su supresión en documental o pericial hábil para cumplir tal propósito, por lo que no puede prosperar.

6.- Se interesa en quinto lugar la supresión del hecho probado décimo, por idénticos motivos a los postulados en la petición cuarta, y que de igual modo, ha de desestimarse por iguales razones a las expresadas por la Sala en aquél.

7.- Se propone la adición de un nuevo hecho probado, con el siguiente contenido: *“La empresa demandada viene ejerciendo su poder disciplinario al conjunto de su plantilla mediante la imposición de las pertinentes sanciones”* (folios 367 a 429).

Esta petición tampoco se acoge, pues no se deriva de la documental indicada, sin necesidad de realizar valoraciones o razonamientos derivados de su contenido.

8.- En noveno lugar, piden los recurrentes se incorpore un nuevo ordinal, en el que se diga lo siguiente: *“Mediante sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº Uno de Benidorm en fecha 26-06-15 en los autos 1170/2014 se declaró la improcedencia del despido del que había sido objeto en fecha 26-09-14 Dña. P.F.L. del grupo de empresas D. Que D. V.G.D. fue despedido disciplinariamente de la demanda con efectos del 01-07-16. Que en fecha 30-09-15 se le impuso una sanción de suspensión de empleo y sueldo de tres días a D. E.D.M.S.”* (folios 742 a 745; 409 y 410 y 386 de autos).

No se accede a lo solicitado, al incidir sobre hechos que nada tienen que ver con el despido que ahora se impugna.

9.- Por último, se pide la adición de otro nuevo ordinal, cuyo tenor exprese lo siguiente: *"En fecha 23-06-2016 el diario digital marina plaza publicó un artículo por el que el sindicato CCOO denunciaba la existencia de conflictividad laboral en la empresa concesionaria A.D. y se vertían graves acusaciones frente a dicha empresa"* (folios 619 y 620 de autos).

También se desestima esta petición, careciendo de relevancia a efectos de constatar o no la existencia de la infracción que se imputó al trabajador y que motivó su despido disciplinario.

QUINTO.- El motivo tercero de recurso, redactado al amparo del apartado c) del art. 193 LRJS, se destina a examinar la infracción de normas sustantivas y de la jurisprudencia que se imputa a la resolución de instancia, denunciándose la vulneración de lo dispuesto en el art. 24.1 CE en relación con el art. 55.5 ET y art. 108.2 LRJS.

Argumenta la empresa que el despido disciplinario del demandante nada tuvo que ver con la vulneración de sus derechos fundamentales, sin que existan indicios para sustentar lo contrario como así sostuvo la Juez de instancia en su resolución.

Apoya dicho razonamiento, tanto en la propia cronología de los hechos, apuntando al tiempo transcurrido entre el nombramiento del actor como representante sindical, la interposición de denuncias ante la Inspección de Trabajo y la investigación por parte de la empresa de los hechos que motivaron su despido; como en el hecho de que el actor no actuó solo en las acciones reivindicativas iniciadas frente a la empresa, debiendo por ende declararse la inexistencia de la nulidad del despido y suprimirse la indemnización por daño moral impuesta por la Juez por valor de 3.000 euros.

En un segundo apartado de este motivo, se denuncia también la infracción, por interpretación errónea del art. 54.2 d) ET en relación con lo dispuesto en el art. 43.3 del Convenio Colectivo para el Grupo de Empresas D.

Sostiene la empleadora que la conducta del actor quebró de forma grave la relación de confianza con la empresa, transgrediendo la buena fe contractual que debe presidir la relación laboral, no debiendo quedar protegido bajo el derecho al disfrute del crédito sindical conductas ajenas a al ejercicio del mismo, debiendo declararse procedente el despido del actor.

Atendiendo a los hechos declarados probados, el actor, delegado de personal de la empresa desde el 4-11-2013 fue despedido disciplinariamente el día 18-12-2015 entregándosele carta en la que, en esencia, se relataba que los días 14 y 31 de julio, 14 de septiembre, 19 de octubre y 16 de noviembre de 2015, habiendo solicitado le fuera concedida toda la jornada para el ejercicio de labores sindicales, ocupó parte de la misma para realizar tareas ajenas a dichas funciones tales como llevar a su hija al colegio, acudir al centro de salud, permanecer en establecimientos de hostelería, o realizar la compra.

La Juez de instancia, sin negar que tales circunstancias se habían producido, declaró probado no obstante que el actor había realizado labores sindicales en dichas jornadas, y constatando indicios de existencia de una previa vulneración de derechos fundamentales del actor, apreciando una intensa actividad sindical del actor frente a la empresa y la posible incidencia de las denuncias interpuestas ante la inspección de trabajo por el demandante frente a la empresa, declaró el despido operado nulo,

apuntando a la vulneración de la garantía de indemnidad, condenando a la empresa a abonar al actor una indemnización adicional de 3.000 euros por daños moral.

Debe traerse a colación la STS de 25-01-2018, rcud. 3917/2015 que resume la doctrina de la Sala Cuarta sobre la vulneración de derechos fundamentales en materia de despido y su relación con la garantía de indemnidad. Dice esta Sentencia lo siguiente:

La Sala ha reiterado en diversas ocasiones su doctrina sobre la garantía de indemnidad (SSTS/IV 18-febrero-2008 (rcud. 1232/2007), 26-febrero-2008 (rcud 723/2007), 29-mayo-2009 (rcud 152/2008), 13-noviembre-2012 (rcud 3781/2011), 29-enero-2013 (rcud 349/12), 4-marzo-2013 (rcud 928/2012), 5-julio-2013 (rcud 1374/2012), 5-julio-2013 (rcud 1683/2012), 11- noviembre-2013 (rcud 3285/2012) y 14-mayo-2014 (rcud 1330/2013)) señalando que:

- El derecho a la tutela judicial efectiva no sólo se satisface mediante la actuación de los Jueces y Tribunales, sino también a través de la garantía de indemnidad, que significa que del ejercicio de la acción judicial o de los actos preparatorios o previos a ésta no pueden seguirse consecuencias perjudiciales en el ámbito de las relaciones públicas o privadas para la persona que los protagoniza. En el ámbito de las relaciones laborales, la garantía de indemnidad se traduce en la imposibilidad de adoptar medidas de represalia derivadas de las actuaciones del trabajador encaminadas a obtener la tutela de sus derechos (con apoyo en las SSTC 14/1993, de 18 de Enero; 125/2008, de 20 de Octubre y 92/2009, de 20 de Abril).

- De ello se sigue la consecuencia de que una actuación empresarial motivada por el hecho de haber ejercitado una acción judicial tendente al reconocimiento de unos derechos de los que el trabajador se creía asistido, debe ser calificada como discriminatoria y radicalmente nula por contraria a ese mismo derecho fundamental de la tutela judicial efectiva, ya que entre los derechos laborales básicos de todo trabajador se encuentra el de ejercitar individualmente las acciones derivadas de su contrato de trabajo según el art. 4.2 apartado g ET (SSTC 76/2010, de 19 de Octubre ; 6/2011, de 14 de Febrero y 10/2011, de 28/Febrero , entre otras). Y asimismo se impone aclarar que tampoco es preciso que la medida de represalia tenga lugar durante la vigencia del contrato, sino que la garantía de indemnidad incluso alcanza a los supuestos en que la ilegítima decisión empresarial incluso se materializa en la falta de contratación posterior al ejercicio de las acciones judiciales.

- En el ámbito de la tutela derechos fundamentales, el legislador ha instrumentado un mecanismo de defensa del derecho fundamental, cual es la inversión probatoria prevista en el artículo 181.2 LRJS al establecer que, en el acto del juicio, una vez constatada la concurrencia de indicios de que se ha producido violación del derecho fundamental o libertad pública, corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad.

- A tales efectos se recuerda por Tribunal Constitucional que precisamente, la prevalencia de los derechos fundamentales del trabajador y las especiales dificultades probatorias de su vulneración en aquellos casos constituyen las premisas bajo las que la jurisprudencia constitucional ha venido aplicando la específica distribución de la carga de la prueba en las relaciones de trabajo, hoy recogida en los artículos 96.1 y 181.2 LRJS (SSTC 38/1981, de 23 de noviembre ; 138/2006, de 8 de Mayo ; y 342/2006, de 11 de Diciembre entre otras).

- Para que opere el desplazamiento al empresario del «onus probandi» no basta simplemente con que el trabajador afirme su carácter discriminatorio, sino que ha de acreditar la existencia de indicio que debe permitir deducir la posibilidad de que la vulneración constitucional se haya producido, que genere una razonable sospecha,

apariencia o presunción en favor de semejante afirmación; es necesario que por parte del actor se aporte una prueba verosímil o principio de prueba revelador de la existencia de un panorama discriminatorio general o de hechos de los que surja la sospecha vehemente de una discriminación o vulneración del derecho en cuestión (SSTC 92/2008, de 21 de Julio ; 125/2008, de 20 de Octubre y 2/2009, de 12 de enero).

- Presente la prueba indiciaria, el demandado asume la carga de probar que los hechos motivadores de la decisión son legítimos o, aún sin justificar su licitud, se presentan razonablemente ajenos a todo móvil atentatorio de derechos fundamentales; no se le impone, por tanto, la prueba diabólica de un hecho negativo -la no discriminación-, sino la razonabilidad y proporcionalidad de la medida adoptada y su carácter absolutamente ajeno a todo propósito atentatorio de derechos fundamentales en lo que constituye una auténtica carga probatoria y no un mero intento de negar la vulneración de derechos fundamentales -lo que claramente dejaría inoperante la finalidad de la prueba indiciaria (SSTC 183/2007, de 10 de Septiembre ; 257/2007, de 17 de Diciembre ; 74/2008, de 23 de Junio ; 125/2008, de 20 de Octubre ; y 92/2009, de 20 de Abril.

Aplicando la doctrina expuesta, a diferencia de lo constatado por la Juez a quo, esta Sala no alcanza a apreciar indicios de vulneración de la garantía de indemnidad del actor.

Como bien apunta la empresa, el aquí demandante fue nombrado delegado sindical el día 4 de noviembre de 2013, y los actos que han motivado su despido no se cometieron presuntamente hasta el año 2015. El hecho de que el actor mantenga una conducta activa en defensa de los derechos de los afiliados al sindicato, observando una actitud reivindicativa frente a la empresa en reclamación de derechos, no comporta a juicio de esta Sala, un indicio de que su despido viniera motivado por dichas actuaciones.

Ha resultado constatado que el actor, además de los días reseñados en la carta de despido, también solicitó le fueran concedidas determinadas jornadas para el uso de su crédito horario y poder llevar a término actividades sindicales, sin que en dicho momento se opusiera objeción alguna. Tampoco el hecho de que el actor interpusiera sendas denuncias a la Inspección de Trabajo frente a la empresa constatan la existencia de los indicios referidos, pues aquéllas aparecen desconectadas absolutamente de los hechos que motivaron el despido, tanto por su cronología, pues las mismas se corresponden a fechas transcurridas en noviembre y diciembre de 2014, remontándose a un año antes de su cese, como por sus efectos, pues las mismas no dieron en ningún caso origen a sanción alguna a imponer a la empresa frente a la que esta última ejercitara acciones de represalia.

Y aun cuando se haya constatado, como así apunta la Juez a quo que el actor “peleó mucho por la empresa”, como así declaró uno de los testigos, también ha resultado acreditado que determinadas actuaciones llevadas a cabo por aquél fueron objeto de sanción, confirmada judicialmente, por lo que las fricciones, posturas encontradas o enfrentamientos que pudieran existir entre empresa y recurrente no se postulan como suficientes para acreditar indicios de vulneración de la garantía de indemnidad del actor.

Por ello, la nulidad del despido debe ser revocada y con ella, la indemnización adicional de 3.000 euros a la que se condenó a la empresa por concurrir daño moral indemnizable.

Sólo cabe entonces analizar si la conducta del actor, que se reprocha en la carta de despido, debe comportar su despido por la trasgresión de la buena fe contractual que debió regir su relación laboral, como así se sostiene por la demandada.

SEXTO.- El Tribunal Supremo, en Sentencia de 15-10-2014, rcud. 1654/2013, que también cita la Juez de Instancia, realiza un estudio pormenorizado sobre la cuestión de si “el presunto incumplimiento, en todo o en parte, de las funciones propias de la representación unitaria o sindical durante el uso del crédito horario constituye por sí solo una trasgresión de la buena fe contractual que puede justificar el despido, incluso en los supuestos habituales en los que la justificación aportada no coincidía con la realidad”, analizando los supuestos que desde antiguo, habían sido recurridos ante el Alto Tribunal, sintetizando la doctrina aplicable por referencia a su Sentencia de 13-03-2012 (rcud. 1498/2011), en la que se afirma que “la presunción de que las horas solicitadas para el ejercicio de las tareas representativas son empleadas correctamente conduce a interpretar de modo restrictivo la facultad disciplinaria del empresario, que sólo podrá alcanzar el despido en supuestos excepcionales en los que el empleo en propio provecho del crédito horario concedido por el art. 68 e) a los representantes de los trabajadores sea manifiesto y habitual, es decir con una conducta sostenida que ponga en peligro el derecho legítimo de la empresa a que los representantes formen cuerpo coherente con los representados y que esta conducta esté acreditada con pruebas que no hayan empleado una vigilancia que atente a la libertad de su función” (sentencia de 2 de noviembre de 1989, seguida por las de 27 del mismo mes de noviembre y la de 5 de diciembre siguiente)”.

La petición de la empresa recurrente de que el despido deba ser declarado procedente ha de ser desestimada. Tal y como apuntamos, la Juez de instancia constató que los días en que se realizó el seguimiento del actor por un detective privado, además de otras actividades que no se han cuestionado, el actor también llevó a término labores de representación sindical. Esta Sala aprecia que el reproche que parece desprenderse de las manifestaciones de la empresa es que se solicitó la totalidad de la jornada para el desempeño de labores sindicales, cuando ello no fue así. Pero no puede obviarse que, conforme a STS de 5 de junio de 1990, “corresponde al representante disponer libremente del crédito horario, con la dimensión prevista legal o convencionalmente, y es conforme con la naturaleza de las cosas que sea así, pues el momento de la utilización del crédito estará en función de la clase de actividad representativa a desarrollar...”.

El art. 38 del Convenio Colectivo del Grupo de Empresas D. remite a la regulación vigente en materia de derechos y obligaciones de los representantes de los trabajadores en relación con el ejercicio de los derechos sindicales, sin que el art. 68 e) ET condicione el uso del crédito horario a todo o parte de la jornada, por lo que, acreditada la realización de actividades sindicales los días indicados en la carta de despido; y que por otro lado, no ha resultado constatado un uso inadecuado del crédito de horas sindicales reiterado en el tiempo, que quiebre el deber de buena fe que se dice conculcado, procede declarar la improcedencia del despido del actor.

Ello supone que, conforme a lo dispuesto en el art. 56.4 ET y en el art. 110.2 ET el actor, delegado de personal, deberá optar en el plazo de cinco días desde la notificación de la presente, entre ser readmitido de nuevo en la empresa, en las mismas condiciones que regían antes de producirse el despido; o a que se le abone una indemnización de 19.653,79 euros. En ambos casos, con derecho a percibir los salarios de tramitación dejados de percibir desde la fecha del cese hasta la notificación de la presente o hasta el momento en que hubiera encontrado nuevo empleo, por importe de 55,48 euros/día (hecho probado primero). De no efectuar la opción, se entenderá que opta por la readmisión.

SÉPTIMO.- 1.- Se acuerda mantener los aseguramientos prestados, hasta que se de cumplimiento a la presente sentencia o se resuelva sobre su realización, conforme a lo dispuesto en el art. 204.3 LRJS, pues pese a que el recuso ha sido estimado parcialmente, se declara la improcedencia del despido operado; asimismo, procede la devolución del depósito constituido para recurrir, ex art. 203.4 LRJS.

2.- No procede la imposición de costas a la empresa recurrente, al haberse estimado parcialmente su recurso (ex art. 235.1 LRJS).

En virtud de lo expuesto

FALLO

Estimamos parcialmente el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de A.D., V. S.L Y B.B. (INTEGRANTES DEL GRUPO DE EMPRESA D.) frente a la sentencia dictada el 30 de junio de 2017 por el Juzgado de lo Social número 1 de Benidorm en autos número 1173/2015 seguidos a instancia de D. F.J.D.L. frente a los precitados recurrentes y frente a D. V.S.G.; y en consecuencia, con revocación de la precitada resolución:

1.- Revocamos el pronunciamiento relativo a la nulidad del despido y por ende, la condena a abonar al trabajador la cantidad de 3.000 euros, en concepto de daño moral.

2.- Declaramos el despido de D. F.J.D.L. improcedente, debiendo el actor en su condición de delegado de personal, optar en el plazo de los cinco días siguientes a la notificación de la presente entre ser readmitido de nuevo en la empresa, en las mismas condiciones que regían antes de producirse el despido; o que se le abone por la demandada una indemnización de 19.653,79 euros. En ambos casos, con derecho a percibir los salarios de tramitación dejados de percibir desde la fecha del cese hasta la notificación de la presente o hasta el momento en que hubiera encontrado nuevo empleo, por importe de 55,48 euros/día. De no efectuar la opción, se entenderá que opta por la readmisión.

Se acuerda mantener los aseguramientos prestados, hasta que se dé cumplimiento a la presente sentencia o se resuelva sobre su realización; asimismo, procede la devolución del depósito constituido para recurrir. Sin imposición de costas.

2347

Sentencia núm. 935, de 22 de marzo de 2018

Materia: Pensión de viudedad. Distribución cálculos de porcentaje. La primera esposa, que cobraba una pensión compensatoria, renuncia a la misma mediante documento privado. La cónyuge supérstite solicita se le abone toda la pensión de viudedad al haber renunciado la primera esposa a la pensión compensatoria, acrecentándosele su pensión.

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

Sala: Estima la petición subsidiaria del recurso revocando parcialmente la sentencia de instancia declarando el derecho de la demandante a que se acrezca su parte de pensión con la diferencia resultante de haber ajustado la pensión de viudedad de la codemandada al importe de la pensión compensatoria de ésta. Se condena al organismo codemandado a que reduzca lo reclamado a la demandante como percibido indebidamente durante determinado periodo en la citada diferencia y a que abone a la demandante a partir de determinada fecha en lo sucesivo esa diferencia.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se recurre por la cónyuge superstite, la demandante D^a M.V.H.S., la sentencia del Juzgado de lo Social de procedencia que desestimó su demanda en la que solicitaba, impugnando la Resoluciones del INSS de 4-9-14 y 14-11-14 y la de 28-1-15 desestimatoria de la reclamación previa contra la última, que toda la pensión de viudedad fuera para ella por considerar que la viuda divorciada carecía de derecho a la misma por haber renunciado a la pensión compensatoria y, subsidiariamente, que a ella se le acrezca con efectos de 1-6-14 su parte de pensión de viudedad con la diferencia resultante de haber ajustado la pensión de viudedad de la codemandada al importe de la pensión compensatoria de ésta y que se reduzca lo reclamado a ella como percibido indebidamente desde el 1-6-14 a 31-7-14 en la citada diferencia.

Articula el recurso a través de tres motivos: el primero, al amparo del apartado b) del artículo 193 de la LJS, para revisión de hechos probados y, los otros dos, al amparo del c), para el examen de las infracciones de normas sustantivas y doctrina jurisprudencial que indica y termina suplicando Sentencia por la que, con revocación de la recurrida, se estime su demanda.

Ha sido impugnado por el INSS la codemandada D^a M.T.S.M., oponiéndose a todos los motivos e interesando la confirmación de la sentencia recurrida.

SEGUNDO.- En revisión de hechos probados se solicita una adición, después de donde pone “desequilibrio económico” en el penúltimo párrafo del Hecho Probado Quinto, de lo siguiente “por cesar la causa que la motivó, extinguiéndose por ello la pensión compensatoria desde dicho día, dejando de ostentar desde entonces la Sra S. la condición de acreedora de la pensión compensatoria”. Para ello se apoya en el documento uno de su ramo de prueba que es el documento privado de renuncia a que alude el propio hecho Probado Quinto en ese penúltimo párrafo, cuyo actual tenor es el siguiente: “El 22 de marzo de 2.005 la señora S.M. y el señor M.S. suscribieron un documento privado en virtud del cual la señora S. renunciaba a la pensión compensatoria por desequilibrio económico. En la vista del juicio oral manifestó que el motivo de la renuncia fue evitar conflictos entre sus hijos y el señor M.”.

La adición propuesta no puede aceptarse porque lo que contiene es una conclusión y además jurídica, lo que es impropio de hechos probados, además de no resultar del documento que se invoca de forma clara y directa sin necesidad de conjeturas o elucubraciones ni revelar el error patente judicial preciso para la revisión. Debe tenerse en cuenta que, conforme a lo señalado en las SSTS 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, es preciso que el “hecho resulte de forma clara, patente y directa de la prueba documental o pericial obrante en autos y sin necesidad de argumentaciones o conjeturas” y que, conforme a lo señalado en la STS de 1-12-15 (Recurso de casación ordinario 60/2015), pero con referencia igualmente al de suplicación y, con referencia a 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), nos expone hasta 10 exigencias, para que el motivo prospere, entre las que cabe destacar: “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”; “que el error judicial de apreciación derive de forma clara, directa y patente de documentos obrantes en autos ..., sin necesidad de argumentaciones o conjeturas” y “que 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.”

TERCERO.- En el primer motivo relativo al examen del derecho, se alega infracción por inaplicación del artículo 174.2 de la LGSS en la parte en que condiciona el derecho a la pensión de las personas divorciadas o separadas a que sean acreedoras de la pensión compensatoria a que se refiere el artículo 97 del Código Civil y que esta quedará extinguida a la muerte del causante, argumentando, en síntesis, que la primera esposa del causante no ostenta la condición de acreedora de pensión compensatoria en el momento del fallecimiento del causante puesto que renunció a la misma con anterioridad y considera que es válida la renuncia por ser materia de libre disposición de las partes, que si el pacto es válido para su constitución también lo es para su extinción, que no precisa homologación judicial y que, según dice, la STS de 29-6-16 otorgó validez a un documento que acreditaba que la pensión compensatoria no estaba en vigor en el momento del fallecimiento de la causante de la pensión de viudedad “desconociéndose si la pensión compensatoria se extingue por voluntad unilateral del ex esposo que ella no combatió, por renuncia de la interesada o por acuerdo de ambos”.

Hemos de significar que la STS citada nada tiene que ver con nuestro caso, siendo lo que cita la recurrente una frase sacada de contexto en un supuesto en que se trataba de una posible maquinación fraudulenta y sin que con ella se estableciera lo que la parte quiere extraer.

Estimamos que, con independencia de que quepa o no en abstracto la renuncia, partiendo del hecho probado quinto inmodificado, aquí no puede prosperar porque, en nuestro caso, estamos ante una pensión compensatoria que se estableció, no por voluntad o acuerdo de las partes, sino por la sentencia de divorcio y que se ratificó por una posterior sentencia de 20-2-01 en procedimiento de modificación de medidas, que entendemos no puede ser dejada sin efecto por una posterior renuncia en documento privado, no homologada ni llevada al Juzgado para nueva modificación de medidas que la suprima u homologue la renuncia en documento privado y que, además, han de examinarse las circunstancias que rodean a esa renuncia, tal como hace la Juzgadora, no siendo aquí clara la voluntad de renuncia cuando, como se declara probado a partir de la declaración de la primera esposa, la motivación fue evitar conflictos entre sus hijos y su exesposo y padre de éstos. Tampoco hemos encontrado sentencias, ni de la Sala de lo Social ni de la Civil del TS que avalen la tesis de la recurrente para un caso como el presente. Por ello, entendemos que, con

independencia de que no la percibiera o no la reclamase, la primera esposa no había dejado de ser válidamente acreedora de la pensión compensatoria y, en consecuencia, no habiéndose producido su extinción por las causas legalmente previstas de cese de la causa que la motivó o contraer el acreedor nuevo matrimonio o por vivir maritalmente con otra persona, mantenía el derecho a la pensión de viudedad, que el INSS le reconoció y la sentencia recurrida ha mantenido.

En consecuencia, no apreciamos haya incurrido la sentencia recurrida en las infracciones imputadas, por lo que no procede la estimación de este motivo ni, por tanto, la pretensión primera de supresión de la pensión de viudedad de la codemandada.

CUARTO.- En el último motivo y con carácter subsidiario, se denuncia infracción también del artículo 172.2 de la LGSS en relación con lo señalado en diversas sentencias que cita de este TSJCV y la del TS de 21-3-95 sobre que el derecho a la pensión de viudedad que corresponde al cónyuge supérstite, aun concurriendo con el divorciado, sigue siendo pleno, bien que restando de la cuantía de su pensión la porción que ha de asignarse a éste último, argumentando, en síntesis, que cuando la del divorciado se ajusta al importe de su pensión compensatoria, el resto debe acrecer la parte de la pensión del superstite, ya que, de no hacerse, sería el INSS el beneficiario de ese resto.

En la reciente STS de 19-12-17 (Recurso 1480/17), en la que se planteaba se discutía si el cónyuge supérstite que concurre con el divorciado tiene derecho a que la cuantía de su pensión de viudedad (proporcional al tiempo de convivencia con el fallecido) incorpore el importe en que disminuya la pensión del ex consorte por superar el montante de la pensión compensatoria de la que fuera acreedor, resuelve en el sentido de que al importe de pensión de viudedad que le corresponde al cónyuge supérstite (en proporción al tiempo de convivencia con el causante) se le debe añadir la porción de pensión que (en razón de ese mismo parámetro) le correspondería al excónyuge pero que exceda el importe de su pensión compensatoria, exponiendo como razones las siguientes:

<< A) Inadecuación del canon gramatical para dirimir la cuestión planteada

Es innegable que la estricta literalidad del art. 174.2.II LGSS, tras la Ley 40/2007, apunta a una estricta proporcionalidad (con la cautela del 40%). Sin embargo, eso no significa que el problema abordado deba resolverse con ese criterio, puesto que se trata de cuestión no contemplada por la norma.

Las reformas de 2007 y 2009 ignoran la situación que aquí se dirime. De ahí que su silencio no pueda entenderse como equivalente a su voluntad tácita de descartar la incidencia de la aplicación de ese límite a efectos del reparto de la pensión. Ni se han aportado al litigio ni conocemos antecedentes o de elementos contextuales o de otro tipo que avalen tal intención.

Sí existe, por el contrario, un punto de partida que inclina a descartar ese significado del silencio normativo: la Ley 40/2007 presupone que el importe de la pensión se reparte en su integridad, sin excepción, entre todos los beneficiarios.

B) Teleología de la nueva regulación

Como hemos apuntado más arriba, la clara finalidad de la limitación introducida por la Ley 26/2009 en el art. 174.2.I LGSS es la de evitar la excesiva protección del excónyuge. Por eso el tope implantado (referido al importe de la pensión compensatoria) opera con independencia de que concurra con otra persona o sea el único beneficiario.

De esta medida no deducimos que deba reducirse el importe de la pensión lucrada por los beneficiarios concurrentes. Si el cónyuge supérstite percibe la pensión íntegra cuando no concurre con otra persona, carece de lógica que cuando sí concurre la consecuencia sea que una parte de la pensión deja de disfrutarse y "se pierde".

Por el contrario, a la vista del fundamento y propósito de las disposiciones reseñadas, entendemos que el hecho de que la fracción del cónyuge divorciado supere la cuantía de la pensión compensatoria debe tenerse en cuenta a la hora de repartir la pensión de viudedad.

Añadamos que el derecho del excónyuge a percibir pensión compensatoria es anterior al hecho causante de la prestación y que despliega toda su virtualidad en la fase de determinación de la cuantía inicial de la pensión de viudedad. No estamos ante una vicisitud posterior a la fijación de la cuantía de la pensión. Lo que está en juego no es el derecho del cónyuge supérstite al acrecimiento de la pensión de viudedad por el acaecimiento de un hecho sobrevenido tiempo después de una asignación definitivamente consumada.

C) Interpretación sistemática

A las consideraciones precedentes debe añadirse que la regulación introducida por la Ley 40/2007 está inspirada en la idea del abono íntegro de la pensión de viudedad, concebida como una pensión única, tanto de existir un único beneficiario - sea el cónyuge supérstite o el divorciado-, como de concurrir varios.

Con la regulación actual, a partir del hecho causante se genera una pensión completa que debe repartirse entre sus beneficiarios, de acuerdo con el criterio de proporcionalidad convivencial. Da la impresión de que la LGSS primero equipara a los sujetos concurrentes (proporcionalidad), pero inmediatamente introduce una doble corrección: cuantía mínima del 40% (para el cónyuge o pareja conviviente) y tope máximo de la pensión compensatoria (para el excónyuge).

De ese modo, opera una especie de vasos comunicantes porque la bajada o subida de la pensión percibida por cada uno de los beneficiarios repercute en el otro. Esta concepción justifica la aplicación del principio de coherencia como argumento de interpretación, que conduce asimismo a la solución apuntada: cuando la pensión del excónyuge debe minorarse porque supera el importe de la compensatoria, esa misma porción minorada se traslada a la pensión del cónyuge (o pareja) conviviente.

Dicho de otro modo: carecería de sentido que, en unas mismas condiciones, el cónyuge percibiera la pensión íntegramente en caso de no concurrir con otro sujeto y que en caso de darse tal concurrencia el resultado fuera que una parte de la pensión no se abona a ninguno de los beneficiarios.

En nuestro caso, conforme al hecho probado sexto, la pensión de la codemandada fue disminuida hasta alcanzar la cuantía de la pensión compensatoria, quedando un resto que, según resulta de los hechos probados no se atribuyó a la demandante ni en la revisión de oficio que concluyó con la Resolución de 4-9-15, ni en la revisión que solicitó la demandante-recurrente que concluyó con la Resolución de 14-11-14 y que confirmó la de 28-1-15 desestimatoria de la reclamación previa.

En consecuencia, procede la estimación parcial del recurso y la revocación también parcial de la sentencia para conceder a la recurrente su pretensión subsidiaria.

QUINTO.- De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 235.1 de la LJS, no procede la imposición de costas, dado el sentido parcialmente estimatorio del recurso, así

como por gozar la recurrente del beneficio de justicia gratuita de conformidad con el artículo 2 de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita.

FALLO

Estimando la petición subsidiaria del recurso de suplicación formulado por la demandante D^a M.V.H.S. contra la Sentencia de fecha 13 de octubre de 2016, dictada por el Juzgado de lo Social núm. 8 de Valencia, en autos 339/15 sobre SEGURIDAD SOCIAL (VIUDEDAD), siendo parte recurrida el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y D^a M.T.S.M., revocamos parcialmente la referida Sentencia, en el sentido de declarar el derecho de la demandante a que con efectos de 1-6-14 se acrezca su parte de pensión con la diferencia resultante de haber ajustado la pensión de viudedad de la codemandada al importe de la pensión compensatoria de ésta y condenamos al INSS a que reduzca lo reclamado a la demandante como percibido indebidamente desde el 1-6-14 a 31-7-14 en la citada diferencia y a que abone a la demandante a partir del 1-8-14 y en lo sucesivo esa diferencia. Sin costas.

2348

Sentencia núm. 938, de 22 de marzo de 2018

Materia: Modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Trabajador que presta sus servicios como ingeniero aeronáutico en mercantil demandada con contrato indefinido. El actor firma un contrato de transformación a tiempo completo firmando una cláusula mediante la cual acepta desplazamientos para prestar servicios en distintos centros o bases de la compañía. La empresa y la representación legal de los trabajadores firman un acuerdo que de conformidad con el convenio colectivo permitía que un trabajador fuera destinado de forma temporal de taller a línea o viceversa. Se prevé que la posibilidad de extinción del contrato de trabajo en caso de movilidad permanente de forma no voluntaria, debiendo observarse lo dispuesto en el convenio para los desplazamientos estable. El actor solicita extinción de contrato y abono de indemnización.

Juzgado: Desestima la demanda no habiendo lugar a la declaración de modificación sustancial de las condiciones de trabajo planteada por el demandante, desestimando la rescisión contractual planteada y la indemnización por daños y perjuicios.

Sala: Estima en parte el recurso, declarando injustificada la medida empresarial de asignar permanentemente al trabajador a una base distinta. Condena a la empresa a reponer al trabajador a su puesto anterior en la base en que prestaba sus servicios. La empresa procede a una decisión modificativa y de movilidad geográfica que ni cumple con las previsiones legales fijadas en el artículo 40 y 41 ET ni conforme a las previsiones del convenio colectivo.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- D. C.D.B. interpone en su día demanda contra la empresa B.M.C.S. SAU (antes I.H SAU) sobre MODIFICACIÓN SUSTANCIAL DE LAS CONDICIONES DE TRABAJO, solicitando se declare nula la asignación al actor de forma permanente al área operativa de Línea de la Base de Toen, comunicada en fecha 23 de febrero del 2016 y se le repusiera en su puesto de trabajo de taller, en las mismas condiciones laborales anteriores, con resarcimiento de los daños y perjuicios causados y que se le pudiesen irrogar durante el mantenimiento de la medida, subsidiariamente que tal medida se declarase injustificada y fuese repuesto al área de taller de Albacete en sus anteriores condiciones de trabajo (salario, jornada y horario) con abono de los daños y perjuicios causados durante su estancia en Toen; para el caso de declararse justificada la medida de la empresa, se reconociese el derecho del trabajador a extinguir su contrato de trabajo con abono de una indemnización de 20 días por año de servicio con prorratea en plazos inferiores, concediendo a la empresa 15 días a tal efecto.

La sentencia de instancia desestima íntegramente la demanda y frente a dicha resolución se alza la parte actora recurriéndola en suplicación y solicitando que tras estimarse el recurso y revocarse la Sentencia se estimen de forma íntegra las pretensiones contenidas en el escrito de demanda conforme consta en el suplico del escrito de demanda que se da por reproducido. La parte demandada por su parte impugna el recurso.

SEGUNDO.- Con carácter previo a resolver sobre el recurso de suplicación interpuesto debe resolverse sobre la admisión del documento aportado junto con el escrito de recurso y al amparo del artículo 233 LRJS, en concreto una Sentencia dictada

por el Juzgado de lo Social 7 de Alicante en un procedimiento instado frente a la empresa demandada por otro trabajador y en la que se debatía una cuestión similar a la que es objeto de este recurso. Dicha Sentencia alega la parte actora que es firme.

Indica al efecto el *Auto del Tribunal Supremo de fecha 07 de mayo de 2014 (ROJ: ATS 4164/2014)*: "El art. 233.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS), dentro de las Disposiciones Comunes a los Recursos de Suplicación y Casación, establece que "la Sala no admitirá a las partes documento alguno ni alegaciones de hechos que no resulten de los autos. No obstante, si alguna de las partes presentara alguna sentencia o resolución judicial o administrativa firmes o documentos decisivos para la resolución del recurso que no hubiera podido aportar anteriormente al proceso por causas que no le fueran imputables, y en general cuando en todo caso pudiera darse lugar a posterior recurso de revisión por tal motivo o fuera necesario para evitar la vulneración de un derecho fundamental, la Sala oída la parte contraria dentro del plazo de tres días, dispondrá en los dos siguientes lo que proceda, mediante auto contra el que no cabrá recurso de reposición..." con ello concuerda el art. 271 de la Ley de Enjuiciamiento Civil vigente (Lec) que, después de establecer la misma prohibición sobre admisión de documentos después de la vista o juicio, añade: "Se exceptúan de lo dispuesto en el apartado anterior, las sentencias o resoluciones judiciales o de autoridad administrativa, dictadas o rectificadas en fecha no anterior al momento de formular las conclusiones, siempre que pudieran resultar condicionantes o decisivas para resolver en primera instancia o en cualquier recurso...". De lo anterior se desprende que los únicos documentos que podrán ser admitidos en estas circunstancias son las sentencias y las resoluciones judiciales o administrativas firmes, así como otros documentos, pero siempre que unas y otros resulten condicionantes o decisivas para resolver la cuestión planteada en la instancia o en el recurso, y además que no se hubiesen podido aportar anteriormente al proceso por causas que no le fueran imputables a la parte que lo pretende."

En el presente caso lo que aporta el recurrente es una Sentencia de un Juzgado de lo social que no se refiere al trabajador demandante sino a otro trabajador, y que por ello analiza las circunstancias concurrentes en dicho trabajador, por lo que sin perjuicio de su carácter ilustrativo no se trata de un documento decisivo para la resolución de este recurso en el que deben analizarse las circunstancias concurrentes en el actor, y hechos probados en relación a la cuestión planteada en su demanda, no produciendo por ello la misma efectos de cosa juzgada ni positiva ni negativa en relación a la cuestión ahora a analizar, no siendo por ello un documento decisivo y no concurriendo otro supuesto excepcional que pueda llevar a admitir tal documento. No podemos por ello incorporar tal Sentencia al ramo documental de la parte actora, y procede su devolución a la parte que la ha aportado.

TERCERO.- Debemos analizar antes de entrar a conocer del fondo del asunto la alegación vertida por la empresa al impugnar el recurso de la inadmisibilidad del recurso de suplicación habida cuenta la materia objeto del procedimiento que no permite su acceso. La propia parte actora realiza alegaciones en su recurso de suplicación sobre la procedencia del acceso al recurso de suplicación, argumentando que pese a que el procedimiento entablado es de modificación sustancial de las condiciones de trabajo, se reclaman los daños y perjuicios derivados de dicha modificación que son de cuantía indeterminada y que por ello considera siempre supondrían un importe superior a los 3.000 euros, teniendo en cuenta además el salario elevado del actor y argumentando además que se reclama de forma subsidiaria que si se considera que se ha producido una modificación sustancial justificada se interesa se acceda a la extinción de la relación laboral con la indemnización de 20 días por año de servicio superándose así también el límite de los 3.000 euros.

La pretensión contenida en el escrito de demanda como así lo indica la parte actora es la de impugnación de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo que dice le impuso la empresa demandada, solicitando se declarara la misma

nula o injustificada y además en el suplico añade que se le abonen los daños y perjuicios ocasionados y que si se considera justificada la medida que se extinga la relación laboral con la indemnización de 20 días por año de servicio. La parte actora en la demanda no recoge hecho alguno para argumentar los daños y perjuicios ocasionados y ni tan siquiera establece las bases de los perjuicios que reclama y se limita en el suplico de la demanda y conforme se recoge en el artículo 138 LRJ a pedir el abono de los daños y perjuicios. En el acto de juicio se siguen sin concretar los daños y perjuicios y tampoco en este trámite de recurso, pues de hecho señala que deberán determinarse en ejecución de sentencia, cuando sin embargo el artículo 99 LRJ señala que en la sentencia en que se condene al abono de una cantidad el Juez o Tribunal la determinará expresamente sin que en ningún caso pueda reservarse tal determinación para la ejecución, de manera que los daños y perjuicios debían concretarse en la demanda o en el acto de juicio o establecer una forma de cálculo de los mismos para así fijar la cuantía a la que podían acceder los mismos.

En relación al acceso al recurso de suplicación en los procedimientos de modificación sustancial de las condiciones de trabajo se ha pronunciado el Tribunal Supremo en la Sentencia de fecha 22-06-2016 al señalar: "*Nuestra sentencia de 10 de marzo de 2016 (RJ 2016, 1695) (rcud.- 1887/2014), resuelve el tema de la recurribilidad derivada del ejercicio acumulado de una acción de reclamación de daños superior a 3.000 euros, en el procedimiento de modificación sustancial de condiciones de trabajo individual. Destacamos de lo dispuesto en el art. 191 LRJS (RCL 2011, 1845), en lo que ahora interesa, que no cabe recurso de suplicación en los procesos de... "modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, salvo cuando tengan carácter colectivo"... "salvo cuando fuera posible acumular a estos otra acción susceptible de recurso de suplicación"...; y en la letra g) Reclamaciones cuya cuantía litigiosa no exceda de 3.000 euros. Mientras que el art. 192 LRJS (RCL 2011, 1845), dispone que: "Cuando en un mismo proceso se ejerciten una o más acciones acumuladas de las que solamente alguna sea recurrible en suplicación, procederá igualmente dicho recurso, salvo expresa disposición en contrario". 2.- Con base en ello, nuestra antedicha sentencia concluye; "una interpretación integradora de estos preceptos nos lleva a considerar que, si bien en principio la materia de modificación sustancial de condiciones trabajo de carácter individual, tiene vedado el acceso al recurso de suplicación, si se permite el recurso en los supuestos en que a la acción impugnatoria de la modificación, se acumula una acción indemnizatoria en cuantía que sea superior a los 3.000 euros. Interpretación ésta, que viene avalada por el artículo 138 de la propia LRJS (RCL 2011, 1845), que regula la tramitación del proceso de Movilidad Geográfica y Modificaciones Sustanciales de Trabajo, el cual en su apartado séptimo, párrafo tercero, establece que : "La sentencia que declare injustificada la medida reconocerá el derecho del trabajador a ser repuesto en sus anteriores condiciones de trabajo, así como al abono de los daños y perjuicios que la decisión empresarial hubiera podido ocasionar durante el tiempo en que ha producido efectos". Esta interpretación más amplia -"pro recurso"-, salva la más literal y restrictiva del transcrito apartado e) del número 1 del artículo 191 de la LRJS (RCL 2011, 1845), que supondría entender que la excepción de dicho apartado, en cuanto al acceso al recurso de suplicación cuando exista acumulación de otra acción, que si sea susceptible del recurso, se refiere únicamente a los de cambio de puesto o movilidad funcional, haciendo así de peor condición a los de modificación sustancial de condiciones de trabajo de carácter individual, cuando lo cierto es, que la modificación puede suponer, según el tipo y la condición de trabajo afectada, una carga más penosa y un mayor sacrificio para el trabajador, que el cambio de puesto de trabajo o movilidad funcional, interpretación literal que sería contraria a la obligada tutela judicial efectiva que el artículo 24.1 de nuestra Constitución (RCL 1978, 2836) proclama y garantiza."*

La Ley Reguladora de la Jurisdicción social contiene un artículo 191-2 e), modificado por el RDL 3/12 y por la Ley 3/12 que de forma taxativa establece que no procederá el recurso de suplicación en los procesos de modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo salvo cuando tengan carácter colectivo de conformidad con

el apartado dos del art. 41 del referido ET (RCL 1995, 997), que en la redacción última y actual matiza ese carácter colectivo determinando una afectación a un número de trabajadores que referencia según los umbrales previstos en el apartado 1 del artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores . El artículo 138 LRJS que regula la modalidad procesal de modificación sustancial de condiciones de trabajo, dispone en sus apartados 6 y 7: "6. La sentencia deberá ser dictada en el plazo de cinco días y será inmediatamente ejecutiva. Contra la misma no procederá ulterior recurso, salvo en los supuestos de movilidad geográfica previstos en el apartado 2 del artículo 40 del Estatuto de los Trabajadores, en los de modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo cuando tengan carácter colectivo de conformidad con el apartado 4 del artículo 41 del referido Estatuto, y en las suspensiones y reducciones de jornada previstas en el artículo 47 del Estatuto de los Trabajadores que afecten a un número de trabajadores igual o superior a los umbrales previstos en el apartado 1 del artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores. 7. La sentencia declarará justificada o injustificada la decisión empresarial, según hayan quedado acreditadas o no, respecto de los trabajadores afectados, las razones invocadas por la empresa. La sentencia que declare justificada la decisión empresarial reconocerá el derecho del trabajador a extinguir el contrato de trabajo en los supuestos previstos en el apartado 1 del artículo 40 y en el apartado 3 del artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores, concediéndole al efecto el plazo de quince días. La sentencia que declare injustificada la medida reconocerá el derecho del trabajador a ser repuesto en sus anteriores condiciones de trabajo, así como al abono de los daños y perjuicios que la decisión empresarial hubiera podido ocasionar durante el tiempo en que ha producido efectos. Se declarará nula la decisión adoptada en fraude de Ley, eludiendo las normas relativas al periodo de consultas establecido en los artículos 40.2, 41.4 y 47 del Estatuto de los Trabajadores, así como cuando tenga como móvil alguna de las causas de discriminación previstas en la Constitución y en la Ley, o se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador, incluidos, en su caso, los demás supuestos que comportan la declaración de nulidad del despido en el apartado 2 del artículo 108".

En el presente caso la acción que se ejercita es la de impugnación individual de una modificación individual de condiciones de trabajo pues ni consta que se hayan seguido los trámites de las modificaciones colectivas ni que la modificación alegada en la demanda afecte a un número de trabajadores que supere los umbrales del artículo 51-4 E.T. y ni tan siquiera se alega en algún momento por la parte recurrente tal afectación colectiva de la medida adoptada. Si ello es así conforme a la doctrina del Tribunal Supremo citada sólo procedería el acceso al recurso de suplicación en el caso de que se alegara vulneración de derechos fundamentales o se acumulara otra acción que permita el acceso al recurso de suplicación y si se acumulara una acción de daños y perjuicios en cuantía superior a los 3.000 euros, y si bien en este caso ni se alega vulneración de derechos fundamentales ni puede considerarse que los perjuicios reclamados ascienden a 3.000 euros, como se interesa de forma subsidiaria que en el caso de considerarse justificada la modificación se proceda a la extinción indemnizada de la relación laboral con arreglo a una indemnización de 20 días por año de servicio conforme al artículo 41-3 ET, y esta acción acumulada sí sería susceptible de recurso de suplicación, debe accederse al recurso de suplicación interpuesto ya que en caso de acumulación de acciones si una de ellas permite el acceso al recurso de suplicación, debe concederse tal recurso respecto de la Sentencia que resuelve todas las acciones, tal y como así lo argumenta la doctrina del Tribunal Supremo.

CUARTO. - Debemos analizar a continuación los motivos de recurso formulados por la parte actora, siendo el primero de ellos el destinado a la revisión de los hechos probados al amparo del apartado b) del artículo 193 LRJS. Propone así en primer lugar la revisión del hecho probado primero para que se haga constar en el mismo el salario del trabajador, y en concreto el siguiente texto: "*El salario bruto anual del actor es de 42.602,72 euros lo que supone un importe de 116,71 euros diarios.*" Apoya la parte recurrente tal revisión en el hecho de que la parte demandada no discutió el salario de la demanda según la inducta de la demandada y en los documentos 128 a 142 y 143 a

159 del ramo de prueba de la parte actora. Como la inestructa no tiene valor de documento a los efectos de poder revisar los hechos probados y de los documentos citados no se puede extraer de forma clara y patente el salario que pretende pues deben hacerse cálculos para alcanzar dicho salario ya que cada nómina contiene una retribución salarial diferente, y no concreta la parte el periodo que quiere computar, no podemos acceder a tal revisión pues lo que debe reflejarse en los hechos probados son los datos fácticos para poder calcular el salario, formando parte de la fundamentación jurídica la fijación del salario conforme a tales datos que no introduce sin embargo la parte actora.

En el segundo motivo se trata de revisar el primer hecho probado quinto de la Sentencia a fin de que se haga constar el siguiente párrafo: *“Dicha comunicación se dirige exclusivamente al actor no trasladándose la misma a la representación legal de los trabajadores.”* Se funda para ello nuevamente en la inestructa aportada por la empresa que ya hemos señalado no constituye documento alguno susceptible de ser invocado para interesar la revisión de hechos probados pues ni siquiera se incorpora al ramo de prueba de las partes y por otro lado se funda en el documento 58 que lo que recoge es la comunicación remitida al actor, si bien no cabe deducir del mismo de forma clara y patente que no se pone en conocimiento de la representación de los trabajadores la decisión de febrero del 2016. Por ello no podemos acceder a la adición interesada.

Finalmente se trata de revisar el hecho probado tercero a fin de que se incorpore un párrafo al mismo del siguiente tenor literal: *“La regulación convencional para los trabajadores de taller (Albacete, entre otros) y los de línea (Toen entre otros) son diferentes, la jornada de trabajo para los de taller es de un trabajo planificado de 1800 horas al año en horario fijo de lunes a viernes de 17,30 a 14,45 horas y 2 tardes de 15,15 a 17,45 horas y la jornada de los trabajadores de línea que inspeccionan las aeronaves y están a la espera de averías es de 2000 horas al año con regulación de jornadas especiales y se trabaja de lunes a domingo cuando toque y con sistemas de guardias con 20 días de guardia y 10 libres, y no se retribuyen los festivos. Los trabajadores de taller (Albacete) están adscritos a taller y se les puede desplazar temporalmente, cobran el plus de asistencia o compensación en taller, 140 euros por día festivo, y los de línea (Toen) cobran dietas por el desplazamiento a otra base y no ese plus. Se retribuyen las horas extras mes a mes en taller y los trabajadores de línea cobran las horas a fin de año, la prima de productividad se produce sólo en taller. Las vacaciones son diferentes 22 días hábiles en taller y 30 días naturales en línea, absorbidas en las libranzas programadas.”* Funda la parte recurrente tal revisión por un lado en la Sentencia dictada por el Juzgado de lo social 7 de Alicante, que no se ha incorporado como documento a la prueba propuesta y que por ello no puede sustentar la revisión interesada y por otro lado en el Convenio colectivo de empresa (folios 62 a 114) y en los folios 51 a 55 y 56 y 57 que incorporan los acuerdos anexos a tal convenio. Conforme viene señalando la Jurisprudencia, de los términos de la redacción fáctica solicitada ha de quedar excluido, todo lo que no sea un dato en sí, como los preceptos de normas reglamentarias de carácter interno o del convenio colectivo aplicable, y, en definitiva, cualquier concepto jurídico. De este modo como la revisión interesada se funda en el contenido del Convenio colectivo de empresa como norma jurídica que es publicada en el boletín oficial correspondiente, pretendiendo así que se incorporen al relato fáctico conceptos jurídicos, no puede accederse a la revisión interesada. Si bien también se mencionan otros acuerdos anexos al Convenio colectivo para fundar tal revisión, uno de tales acuerdos ya viene referido en el relato fáctico de manera que la Sala puede hacer uso del mismo para resolver sobre las pretensiones del recurrente y en todo caso como no se concreta de forma clara y detallada qué dato concreto lo extrae de los referidos Acuerdos que no constan publicados oficialmente, sino que se remite de forma genérica al Convenio colectivo de aplicación sin entrar a determinar en qué apartado concreto se recogen los hechos que quiere incorporar para así apreciar los hechos que concretamente se desprenden de tales Acuerdos anexos, no podemos acceder a la revisión interesada en los términos

propuestos, que lo que hace además es simplemente reproducir el hecho probado de una Sentencia que como hemos señalado no se ha incorporado como documento a los autos.

QUINTO.- Al amparo del artículo 193 c) LRJS denuncia la parte recurrente la infracción de los artículos 40-1 y 41 ET, argumentando que la empresa llevó a cabo una movilidad geográfica así como una modificación sustancial de las condiciones de trabajo y ello sin cumplir con las previsiones legales y sin justificar debidamente la razón de tales decisiones modificativas.

Lo que se discute por la parte actora en este procedimiento es la asignación de forma permanente al actor al centro de trabajo de la base de Toen en la provincia de Orense que suponía desde luego un cambio de residencia pues el trabajador venía prestando servicios en el taller de Albacete como se afirma con valor fáctico en los fundamentos de derecho de la Sentencia y que alega el actor supone además una modificación sustancial de las condiciones de trabajo pues en el centro de trabajo de Toen pasa a ser trabajador de Línea con unas condiciones de trabajo y retribución diferente.

La Sentencia recurrida considera que no se ha producido modificación sustancial alguna y tampoco movilidad geográfica pues en el contrato de trabajo suscrito, el actor aceptó prestar servicios en los distintos centros y bases en los que radiquen cualesquiera de las aeronaves de la empresa y además el propio actor ha prestado servicios en distintos periodos en Toen como en el año 2010, en el 2011, 2015 y en el 2016 como se recoge también en la fundamentación de la Sentencia con valor fáctico. Sin embargo, esta prestación de servicios del actor en el centro de Toen la propia Sentencia viene a reconocer que era temporal y que ahora se le asigna otro centro con carácter permanente y pese a ello considera que como ese cambio de centro lo permitía su contrato y el convenio colectivo no hay modificación sustancial alguna.

Frente a lo que argumenta la Sentencia recurrida, debemos manifestar como así lo indica el recurrente que la cláusula suscrita por el actor en su contrato de trabajo en modo alguno se refiere al desplazamiento permanente a otro centro de trabajo ni al cambio de condiciones de trabajo derivado de ello sino que lo que regula es que por decisión de la empresa y por sus necesidades podía ser requerido para prestar servicios en otros centros de trabajo y de hecho así lo ha venido haciendo el actor en distintos periodos, pero no ampara tal contrato y tampoco el convenio colectivo el desplazamiento sin más con carácter permanente a otro centro de trabajo en el que lógicamente debe cambiar de residencia dada la distancia entre Albacete y Orense. La empresa podrá acudir a tal movilidad geográfica o modificación sustancial de las condiciones de trabajo que es lo que se produce en este caso dadas las diferentes condiciones y regulación convencional de los colectivos de línea (Toen) y de taller (Albacete), a través del procedimiento adecuado pero no de forma unilateral, sin respetar el procedimiento previsto al efecto y sin argumentar causas económicas, técnicas o de la producción para tomar tal decisión, y sin acreditar en todo caso las razones justificativas de tal decisión pues nada se consigna en los hechos probados. A la vista del Convenio colectivo de la empresa, advertimos como la jornada de trabajo de uno y otro colectivo es diferente pues mientras la de los trabajadores de taller es un trabajo planificado de 1800 horas al año, la de los trabajadores de línea es de 2000 horas al año con regulación de jornadas especiales y con un sistema de guardias. Los trabajadores de taller cobran el plus de asistencia o compensación en taller, que no perciben los trabajadores de línea y además las vacaciones también se regulan de forma diferenciada, siendo de 22 días hábiles en taller y de 30 días naturales en línea que además se absorben con las libranzas programadas, pues señala el Convenio que los días de vacaciones correspondientes al personal de vuelo se encuentran incluidos dentro de los 140 días que el personal debe disfrutar en el año y que se distribuirán irregularmente a lo largo de la programación anual del trabajador. El propio Convenio

colectivo hace referencia a las diferentes condiciones de ambos colectivos incluyendo al personal de mantenimiento de línea dentro del personal de vuelo de manera que pasa a asumir muchas de las condiciones de este personal así en concreto en materia de jornadas especiales, descansos entre jornadas, y vacaciones como hemos señalado. Consta que los representantes de los trabajadores pactaron con la empresa y así se recoge en el hecho probado tercero y con vigencia hasta el 31-12-17 que dado que el Convenio colectivo de la empresa permite los desplazamientos temporales de los trabajadores de Taller a Línea o viceversa, se fijan entre las condiciones de tales traslados, la posibilidad del trabajador de solicitar la extinción de su contrato de trabajo en caso de movilidad de forma permanente no voluntaria de Taller a Línea o viceversa conforme al artículo 41-3 ET, y la necesidad de observar lo previsto en el Convenio para los desplazamientos estables. Ello lo que revela es que el Convenio lo que ampara son los desplazamientos temporales y los estables o permanentes exigen llevar a cabo el procedimiento del artículo 40 y 41 ET. La empresa ha procedido sin más a comunicar al trabajador que se le asignaba de forma estable a la base de Toen sin cumplir tales previsiones que habían sido pactadas con los representantes de los trabajadores y que se derivan del artículo 40 y 41 ET, y ni tan siquiera ha permitido al actor conforme se había pactado con tales representantes la extinción indemnizada de su relación laboral con arreglo al artículo 41-3 ET. Nos encontramos ante una decisión modificativa y de movilidad geográfica que ni cumple con las previsiones legales fijadas en el artículo 40 y 41 ET pues no se refleja dato alguno en los hechos probados que haga referencia a la notificación de tal decisión a los representantes de los trabajadores, ni además justifica conforme a lo requerido en tales preceptos la decisión adoptada, ni tampoco conforme a las previsiones del Convenio colectivo que en su artículo 50 regula los desplazamientos estables exigiendo una concreta motivación. En este caso la empresa argumenta razones de estabilidad laboral para el trabajador que será el mismo el que deba decidir y aceptar y luego la necesidad de cumplir con la política de seguridad de la empresa, y otros motivos, pero que ninguno de ellos se acredita ni justifica en forma alguna y de hecho la Sentencia viene a reflejar únicamente tales motivos alegados por la empresa pero sin establecer hecho alguno que pueda justificar tal decisión modificativa en alguna de las causas previstas en el artículo 41 y 40 ET. Derivado de ello la decisión modificativa adoptada debe considerarse injustificada y no nula pues no se alega causa alguna que pueda llevar a tal nulidad y así procede declararlo con reposición al actor en sus anteriores condiciones de trabajo y sin realizar pronunciamiento alguno sobre daños y perjuicios dada la falta de cuantificación y de fijación de las bases de tal cálculo, así como de acreditación reflejándolo en el relato fáctico, de algún tipo de daños y perjuicios cuantificables que se le hayan ocasionado.

SSEXTO.- De conformidad con lo previsto en el artículo 235 LRJS dada la estimación del recurso, no procede la imposición de costas.

Por ello; **VISTOS** los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

FALLAMOS

Que estimando en parte el recurso de suplicación interpuesto por D. C.D.B. contra la sentencia de fecha dieciocho de abril del Dos Mil Dos Mil Diecisiete dictada por el Juzgado de lo Social número 3 de los de Alicante en autos 205/2016 seguidos sobre MODIFICACIÓN SUSTANCIAL DE LAS CONDICIONES DE TRABAJO a instancias del recurrente frente a la empresa B.M.C.S. SAU (ANTES I.H. SAU), declaramos injustificada la medida empresarial de asignar al actor de forma permanente al área operativa de Línea en la base Toen comunicada el 23-02-2016 condenando a la demandada a reponer al trabajador en su puesto de trabajo de Taller en Albacete y en las mismas condiciones. Sin costas.

2349

Sentencia núm. 944, de 22 de marzo de 2018

Materia: Conflicto colectivo. Calendario laboral. Fijación compensación exceso de jornada en el calendario laboral. Convenio colectivo de la industria del metal de la provincia de Valencia. El conflicto afecta a todos los trabajadores del centro de trabajo.

Juzgado: Estima la demanda declarando contraria a derecho la decisión unilateral de fijación del calendario laboral por parte de la empresa demandada.

Sala: Desestima el recurso de la empresa demandada y confirma la sentencia de instancia. Condena en costas a la empresa demandada.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Recurre en suplicación la representación letrada de la empresa demandada R.I. SLU, la sentencia y auto dictados en procedimiento de conflicto colectivo, que ha estimado la demanda interpuesta por la Confederación Sindical de Comisiones Obreras del País Valenciano (en adelante CCOOPV) que declara contrario a derecho la fijación en el calendario laboral de 2017 por la empresa de forma unilateral, de la totalidad de los días de compensación del exceso de jornada de 2017, debiendo ser considerados como jornada ordinaria y con todas las consecuencias legales inherentes.

El recurso, que se impugna de contrario se estructura en dos motivos. En el primero, por el apartado b) del art. 193 de la LRJS, propone la modificación del hecho primero, la adición al cuarto de un último párrafo y la modificación del hecho quinto, según se pasa a examinar:

1.- Para el hecho primero interesa la sustitución de su párrafo primero en el que se expresa que “El conflicto alcanza a todos los trabajadores de la empresa R.I. SLU del centro de trabajo de A. Avenida X.”, por el siguiente “El ocho de marzo de 2017, la demandada firmó con cada uno de sus trabajadores (292 según vida laboral de la empresa, folio 6 de su documental), a excepción de 18, un acuerdo personal en el que constaban los días y horas (32) de libre disposición de cada trabajador, según queda acreditado en los folios del documento 3 (en CD, en el que consta cada acuerdo individual y el calendario correspondiente). La demanda fue presentada el 18 de abril de 2017 (folio 2 de las actuaciones).

2.- El redactado del último párrafo del hecho cuarto que se quiere incluir diría “los llamados días de computo o de libre disposición son aquellos que resultan entre la diferencia de días laborables según el calendario laboral y la fijada por el convenio del sector. Al ser la jornada anual del convenio menor que la general, nos encontramos con días que siendo laborables, son no trabajables para el sector de la industria del metal”.

3.- Por último, la redacción que se ofrece para el hecho quinto diría “la empresa ha alcanzado con la mayoría de los trabajadores (272, según el documento 3 de la demandada), menos con 18, acuerdos individuales de su calendario laboral, incluyendo el disfrute de sus vacaciones de 2017 y de dos días adicionales y de 32 horas de libre disposición, para adecuar la jornada del convenio a la del calendario laboral por ser menor la primera. De los miembros de Comité 4 de ellos han firmado el acuerdo.”

Ninguna de las modificaciones propuestas va a ser acogida. Los acuerdos individuales suscritos con la mayor parte de la plantilla (menos 18) afectada por el conflicto, ya se reconocen en la sentencia recurrida, y la explicación de lo que la empresa entiende por días de computo o de libre disposición no procede que acceda a la sentencia, derivándose su concepto de lo que expresa el Convenio colectivo que es norma convencional aplicada en la fundamentación jurídica de la sentencia.

SEGUNDO.- En censura jurídica, por la letra c) del art. 193 de la LRJS, alega la empresa recurrente en el segundo motivo que el petitum de la demanda pretende una sentencia que declare como competencia del Comité funciones que la Ley no le reconoce, y que se declare que se ha realizado un exceso de jornada sin prueba alguna que respalde tal afirmación, y sigue argumentando que la sentencia es incongruente por basarse en una ausencia total de prueba sobre la realización de más horas que las fijadas en el convenio de sector, y vulnera además de los ya citados, los arts 153.1 y 157.1 d) de la LRJS y del art. 40 del convenio, añadiendo la vulneración del art. 34-6 del ET y del art. 41 del Convenio Colectivo, así como de la Disposición Adicional 3ª del RD 1561/1995, sobre derechos de los representantes de los trabajadores en esta materia; el art. 64 del ET que regula, con carácter general, los derechos y competencias del Comité, y el art. 51 del Convenio, sobre vacaciones. Razona que es la empresa la que debe elaborar el calendario, sin que exista obligación de negociarlo con los representantes de los trabajadores, que solo deben emitir un informe previo y que para el caso de distribución irregular de la jornada no son los representantes de los trabajadores los que eligen o negocian, tratándose de un derecho individual establecido en el art. 41.4 d) del convenio. Alega la sentencia 237/2017 de 30 de junio dictada en proceso de conflicto colectivo por el Juzgado de lo Social nº9 de Valencia, que es firme, sobre la determinación en el calendario de 2017 de las vacaciones, que desestimó la demanda declarando el calendario de 2017 conforme a derecho. Termina por solicitar sentencia que acoja la inadecuación de procedimiento, la cosa juzgada o la desestimación de la demanda.

TERCERO.- Para decidir la cuestión planteada en este conflicto colectivo, que ya se anticipa se refiere a la fijación de la compensación del exceso de jornada en el calendario laboral de 2017, sin que afecte a las vacaciones programadas por la empresa (no hubo acuerdo con el Comité), hay que partir de los hechos acontecidos, que se relacionan en los probados de la sentencia recurrida, donde se señala que el conflicto afecta a todos los trabajadores del centro de A. resultando de aplicación el Convenio Colectivo de la Industria del Metal de Valencia, y que tal y como se expresa en el hecho tercero, tras varias reuniones con el Comité de empresa sin llegar a un acuerdo, terminó imponiendo un calendario laboral para 2017 mediante comunicación de 3 de marzo de 2017, en el que se expresa en lo que aquí interesa que “los días 2, 3, 4 y 5 de enero de 2017 son considerados como no laborables a cuenta de los días de cómputo del año 2017”. La sentencia reconoce los acuerdos individuales suscritos por los trabajadores (salvo 18) para el disfrute de sus vacaciones, ya que la empresa imponía 21 días en septiembre y 9 que se amplían a 10 días, 5 a elegir por la empresa y 5 por el trabajador, y los trabajadores han conseguido mediante esos acuerdos disfrutar dos semanas en agosto con otras condiciones; pero afirma categóricamente que “Como computo de exceso de días de 2017 ha asignado de forma unilateral los días 2, 3, 4 y 5 de enero de 2017 quedando 8 horas de diferencia efectivas por el cómputo anual”.

Pues bien, en relación a la inadecuación del procedimiento de conflicto colectivo elegido, no podemos sino compartir los razonamientos jurídicos que refiere la sentencia recurrida y que consideramos innecesario reiterar. La cuestión afecta a todos los trabajadores a los que se les aplica el calendario laboral elaborado por la empresa para el 2017, los del centro de A., sin que sea posible considerar los pactos individuales acordados con la mayoría de esta plantilla, que fundamentalmente se refieren a las vacaciones, y no solo por esta razón sino porque, además, como ha

señalado la jurisprudencia (por ejemplo STS 11-10-16 rcud 68/2016 y las que en ella se relacionan), los acuerdos individuales en masa son válidos en cuanto ratifiquen o mejoren las situaciones de los trabajadores afectados, pues de lo contrario vulnerarían la negociación colectiva.

En cuanto a la cosa juzgada, lo reclamado en el procedimiento tramitado en el Juzgado de lo Social nº9 de Valencia, entre las mismas partes, aunque ocupando una distinta posición procesal, tiene que ver con las vacaciones y no con la compensación del exceso de jornada previsto en el calendario laboral de 2017.

Y por lo demás, los mismos argumentos ahora utilizados por la empresa fueron opuestos en el recurso de suplicación núm 147/2018 que ha decidido la sentencia de esta sala núm 552/2018, de fecha 20 de febrero, que resolvía la misma cuestión pero referida al calendario de 2015 que tampoco fue acordado con el Comité. En esta sentencia interpretando los preceptos del Convenio que son de aplicación al caso decimos: *“Así las cosas, lo primero que debemos indicar es que en la demanda iniciadora de este proceso se reclama respecto a la compensación del exceso de jornada que resultaba en el ejercicio 2015, por cuanto que la empresa asignó la compensación exceso de jornada anual de dicho ejercicio unilateralmente, sin negociar el porcentaje de jornada a compensar con el Comité de empresa....*

En segundo lugar debemos indicar que de lo declarado probado, y de las afirmaciones que con tal valor se contienen en la fundamentación jurídica, se evidencia que era práctica habitual de la empresa que el exceso de jornada que se prevé al inicio de cada ejercicio (resultado de la diferencia entre las horas anuales que establece el convenio colectivo y las horas totales anuales que resultan de cada calendario), fuera compensado por parte de la empresa por un sistema determinado, asignando un crédito horario a los trabajadores para que los mismos pudieran solicitar su compensación, y que en el ejercicio de 2015 la empresa asignó la compensación del exceso de jornada anual de dicho ejercicio unilateralmente, sin negociar el porcentaje de jornada a compensar con el Comité de Empresa.

Según el artículo 40 del Convenio Colectivo de aplicación de la Industria del Metal, la jornada anual del sector es de 1.752,00 horas, de las que 8,00 horas son de libre disposición de los trabajadores por lo que la jornada anual se reduce a 1.744,00 horas de trabajo efectivo, siendo de libre disposición por el trabajador las 8,00 horas preavisando a la empresa con quince días de antelación. Por otro lado, en el artículo 41 del mismo convenio se establece que: “Las empresas elaborarán a principio de año, un calendario laboral sobre la base de las horas anuales de trabajo efectivo de cada año en el que se fijará la previsión de horarios y distribución de la jornada. La empresa podrá, al objeto de adecuar su capacidad productiva a los imprevistos que se puedan originar, disponer de hasta 135 horas/año del citado calendario laboral, preavisando con un mínimo de 72 horas a los representantes de los/las trabajadores/as y a los trabajadores afectados individualmente...3.- La disponibilidad horaria, así como el disfrute compensatorio de descanso, se realizará de tal forma que procederá indistintamente la mayor o menor realización de jornada en función de los distintos periodos de la actividad empresarial, por lo que la compensación podrá producirse con carácter previo o con posterioridad al periodo o periodos con mayor carga de trabajo. Y de conformidad con las siguientes reglas....c) Cuando los descansos sean con carácter previo deberán efectuarse por días completos o con reducciones de jornada no inferior a cuatro horas, coincidiendo en este último caso al principio o la finalización de la misma. d) Para descansos posteriores a la realización de dichas horas, la elección de una u otra modalidad de descanso compensatorio, así como las fechas de su disfrute serán acordadas entre la dirección de la empresa y los/las trabajadores/as afectados, dentro de los tres meses siguientes a su utilización. En caso de desacuerdo y en el indicado plazo, cada una de las partes señalará un 50%. Para la fijación del 50% que, en caso de desacuerdo correspondería al trabajador/a no se podrá utilizar las fechas

que coincidan con periodos estacionales de alta producción señalados por la empresa....”.

Por lo tanto, el exceso de jornada que se produce, canalizado con las horas y días de cómputo, que genera un disfrute de descanso compensatorio, tiene una regulación para los supuestos de desacuerdo, teniendo el trabajador el derecho a decidir el 50% de los días de descanso, siempre que no coincidan con periodos de máxima actividad de la empresa y se preavise. Por ello, esta Sala comparte la conclusión del juez a quo sobre que “la empresa no podía disponer libremente y con carácter retroactivo de la totalidad de los días de cómputo, los siete días que se corresponden con las 62,00 horas de exceso de jornada,” y en consecuencia, “la demandada no puede invocar el artículo 41 del convenio colectivo a los solos efectos de hacer valer su derecho a establecer el calendario laboral sin tener en cuenta el resto del precepto normativo”. No es posible que la empresa asigne la compensación de exceso de jornada anual de dicho ejercicio unilateralmente y sin negociar el porcentaje de jornada a compensar con el Comité de empresa, siendo tal actuación contraria a derecho.

Por 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.”

CUARTO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 204 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 objeto del depósito constituido para recurrir.

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

FALLO

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de R.I. S. L. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 6 de los de Valencia, de fecha 11 de septiembre de 2017; y, en consecuencia, confirmamos la sentencia recurrida.

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

Se condena a la parte empresarial recurrente a que abone al letrado impugnante de CC.OO. la cantidad de 400 €.

2350

Sentencia núm. 951, de 22 de marzo de 2018

Materia: Despido. Trabajadora con contrato de trabajo indefinido a tiempo completo, que presta sus servicios en empresa dedicada a actividades de peluquería. Extinción de la relación laboral por causas económicas. Imposibilidad de readmisión de la trabajadora. La empresa viene acumulando pérdidas que le obligan a su cierre y liquidación. No se ha puesto indemnización alguna a disposición de la demandante. Extinción del contrato en la fecha del despido. Infracción art. 56 ET y arts 23 y 110.1 "a" de la LRJS.

Juzgado: Estima la demanda declarando improcedente el despido, con extinción de la relación laboral, condenando a la empresa demandada al abono de determinada indemnización más los salarios dejados de percibir, condenando subsidiariamente al pago al FOGASA.

Sala: Estima el recurso del organismo codemandado en la instancia, condenando únicamente a la empresa al pago de la indemnización por despido improcedente fijado en el fallo recurrido, sin condena a salarios de tramitación.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Por la Abogacía del Estado, y en representación del FGS, se formula recurso frente la sentencia de instancia, recaída en proceso sobre despido, cuyo fallo declaró la improcedencia del mismo, condenando a la empresa demandada al abono de la indemnización legal y a los salarios dejados de percibir por el demandante desde la fecha del despido hasta la de la citada sentencia, al constatarse la imposibilidad de la readmisión del trabajador, por haber cesado en la actividad la sociedad demandada.

Así las cosas, el recurso se estructura en dos motivos, que se examinarán conjuntamente, planteados con amparo en el artículo 193 "c" de la LRJS, censurándose la infracción del artículo 56 del ET, así como la de los artículos 23, en relación con el 110.1 "a", ambos de la LRJS.

Se argumenta que si la empresa cesó en la actividad desarrollada esto es suficiente para condenarla exclusivamente a la indemnización que prevé el precepto citado en primer lugar, extinguiéndose el contrato en la fecha del despido, no procediendo salarios de tramitación, más si cabe el FGS está legitimado para ejercer la opción prevista en el artículo 110.1 "a" de la norma procesal citada, en cuyo caso, optando dicho organismo en el acto de juicio, como si de la empresa se tratase, por la indemnización, habrá que extinguir el contrato en la fecha del cese, pero no en la de la sentencia.

Al respecto de dicha legitimación, que la sentencia niega la posea el FGS por cuanto considera que no es titular de la opción regulada en el artículo 56 del ET, esta Sala ha establecido, entre otras en las sentencias dictadas en los recursos nº 1757/17 y nº 3147/17, y precisamente en base a la literalidad del artículo 23 de la LRJS, que dicho organismo la ostenta en los casos en que se declare la improcedencia del despido y sea imposible la readmisión del trabajador porque la empresa demandada no comparece al acto de juicio o se encuentra cerrada y sin actividad, de modo que sí está legitimado el FGS para hacer uso de la posibilidad que el artículo 110.1 "a" de dicha norma arbitra, atribuyendo al titular de la opción entre indemnización y opción anticipar el sentido de la misma, precisamente en defensa de los intereses públicos que gestiona dicho organismo.

Desde este punto de partida, por tanto, no procede que la sentencia recurrida, constatada la imposibilidad de la readmisión y optando el FGS por la indemnización, condene al abono de unos salarios de tramitación que tampoco cabría fijarlos, como sucede en el supuesto enjuiciado en la instancia, aun primando la solicitud de la parte demandante al hilo de esa imposible readmisión, ya que el artículo 110.1 "b" de la LRJS, caso de declararse la extinción en el propio fallo a petición del trabajador, establece taxativamente que la condena al empresario a la indemnización supone que esta se calcule hasta la fecha de la sentencia, y en el caso resuelto en la instancia se calcula erróneamente dicho concepto hasta la fecha del despido, pero al haber sido consentido el fallo por la trabajadora no cabe modificación de dicho quantum en vía de recurso.

En consecuencia, se estimará el recurso y se revocará la sentencia en el sentido antes indicado.

FALLO

Estimamos el recurso de suplicación formulado por el Abogado del Estado, en representación del Fondo de Garantía Salarial, contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 1 de los de Alicante de 3 de marzo de 2017, recaída en autos sobre despido instados por doña B.G.M. frente "E. D. SL", y con revocación de la expresada resolución judicial, debemos condenar a la empresa demandada exclusivamente al abono de la indemnización por despido improcedente fijada en el fallo recurrido, sin condena a salarios de tramitación.

2351

Sentencia núm. 965, de 22 de marzo de 2018

Materia: Conflicto colectivo. Los trabajadores se rigen por el convenio colectivo provincial de la industria siderometalúrgica. Nuevo sistema de incentivos para los trabajadores. Cálculo del rendimiento. Conceptos retributivos. Cálculo de los sistemas de retribución. Modificación sustancial condiciones de trabajo. Incumplimiento requisitos formales art. 41 ET y art. 32 convenio colectivo.

Juzgado: Desestima la demanda. La modificación efectuada por la empresa a la hora de calcular el rendimiento de los trabajadores para el abono de incentivos no supone una modificación contraria a lo establecido en el art. 41 ET.

Sala: Desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia. No queda acreditado que los cambios producidos a la hora del cálculo de los incentivos, haya provocado una modificación sustancial de las condiciones de trabajo. No consta que la aplicación que hace la empresa del sistema de incentivos repercuta negativamente en los salarios de los trabajadores

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- Frente a la sentencia de instancia que desestimó la demanda formulada por el Comité de Empresa de R.O. S.A. frente a la empresa R.O. S.A. y los Sindicatos X-PV, XX-PV y Sindicato XXX y absolvió a los demandados, interpone recurso de suplicación que es impugnado por la empresa demandada y en el recurso de suplicación bajo la expresión “Alegaciones” y con el ordinal “única” se alega que en virtud de lo dispuesto en el art. 193 c) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social se interesa examinar las infracciones de normas sustantivas o de la jurisprudencia en que a entender de la parte recurrente incurre la sentencia impugnada. Denuncia interpretación errónea de lo dispuesto en el artículo 41.1 e) del Estatuto de los Trabajadores, y del artículo 32 del Convenio Colectivo de Siderometalúrgica de la provincia de Castellón, alegando que la empresa no respetó los requisitos formales regulados en el art. 41 del E.T., ni lo regulado en el Convenio Colectivo aplicable en su art. 32, añadiendo respecto de los hechos declarados probados, que sin pretender su modificación impugna la valoración jurídica que de los mismos realiza la Magistrada de Instancia, por no corresponder a la declaración de los hechos declarados probados sino a los fundamentos de derecho, efectuando sobre los hechos las valoraciones que estimó pertinentes y en cuanto al derecho aplicado, considera que se debe partir de la sentencia nº 1327/2017, dictada el 18-5-2017 por esta Sala que tiene por su firmeza valor de cosa juzgada y que por lo tanto, estima la parte recurrente, debió acatar la Juzgadora de instancia, se remite la recurrente al fundamento de derecho único de tal sentencia de la que recoge que se ha producido una modificación sustancial de las condiciones de trabajo, no ha existido periodo de consultas con el Comité de Empresa, ni acuerdo con el mismo, y no se han cumplido los requisitos formales del precitado art. 41 del E.T., por lo tanto, la medida adoptada por la empresa debe ser declarada nula (subsidiariamente injustificada) dejarla sin efecto y reponer a los trabajadores a las anteriores condiciones de trabajo.

Motivo que no puede prosperar. En el presente supuesto debe tenerse en cuenta que la precedente sentencia de esta Sala nº 1327/2017 se limitó a determinar si se había producido o no la caducidad de la acción ejercitada por la parte actora y se declaró la nulidad de la sentencia de instancia para que por el Juzgador de Instancia se dictara una nueva en la que se entrara a conocer del fondo del asunto. Por lo tanto, en aquel trámite, no se valoró el fondo de la cuestión planteada en la demanda, sino

que se limitó sólo a la caducidad de la acción, por lo tanto, debe estarse a tal concreta valoración. Y para determinar si la acción estaba o no caducada, dado que no se debía entrar a conocer del fondo de la Litis, se analizó la alegación de la parte demandante que consideraba que nos encontrábamos en presencia de una modificación sustancial de las condiciones de trabajo y atendiendo a tal premisa, mientras no se analizara el fondo de la controversia, todo daba la apariencia de que al no haberse cumplido con los trámites legales que establece la normativa aplicable a las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, especialmente las relativas a comunicación al comité de empresa en fecha determinada que permita su conocimiento, ni a los trabajadores, no se podía establecer el computo de la caducidad del art. 59.4 del E.T., por falta de referencia donde establecer el inicio del cómputo, y cuya carga incumbía a la empresa y por lo tanto en base a la seguridad jurídica se resolvió en tal sentido no declarando caducada la acción.

Ahora bien, en el momento en que nos encontramos cuando ya se ha entrado a conocer del fondo de la cuestión, debe tenerse en cuenta que si bien la parte actora considera en su demanda que nos encontramos ante una modificación sustancial de las condiciones de trabajo, y por lo tanto exige el cumplimiento de los requisitos del art. 41 del E.T., y si bien inicialmente ello pudiera dar tal apariencia, no debe olvidarse que la modificación de las condiciones de trabajo ha de ser sustancial, como así lo exige el precepto citado, y aunque el mismo alude a una serie de materias que el artículo 41 del E. T. atribuye la “consideración de modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo” y las cita, estas materias son ejemplificativas, pero además, debe precisarse que no toda modificación de estas materias será considerada sustancial y tendrá que regirse por las previsiones del artículo 41 del E.T. Por el contrario, puede haber modificaciones accidentales o accesorias de las materias enunciadas en el art. 41 del E.T. que no tendrán que encauzarse por las previsiones de este precepto legal. Porque, para que sea modificación sustancial la modificación ha de incidir sobre aspectos básicos de la condición, de manera que dichos aspectos pasen a ser otros distintos de modo notorio, valorándose la entidad objetiva del cambio (aspecto más cuantitativo), los efectos y el perjuicio sufrido por el trabajador (aspecto más cualitativo), la duración de la modificación, las compensaciones pactadas, etc. En esa línea se han mostrado las sentencias del Tribunal Supremo de 9 de abril de 2001, 22 de septiembre de 2003, 10 de octubre de 2005, 22 de julio de 2013 y 18 de diciembre de 2013. No obstante, la valoración de si una determinada modificación es o no sustancial es muy casuística y habrá que estar a cada caso concreto.

En el caso que nos ocupa, partiendo de los hechos declarados probados, tanto los debidamente asentados en la premisa histórica de la sentencia de instancia, como los situados en la fundamentación jurídica de la misma con valor fáctico, a lo que debe estarse al no haber interesado la revisión fáctica, resulta que si bien la parte actora considera que nos encontramos ante una modificación de condiciones de trabajo colectiva, llevada a cabo por la empresa sin atender al proceso fijado para ello en el art. 41 del E.T. y que la concreta dicha acción en el incumplimiento unilateral del acuerdo para la fijación de un sistema de incentivos en el ámbito de la producción de la empresa, al determinar la empresa de forma unilateral el sistema de ratios obra habida cuenta de que ahora los trabajadores de todas las secciones se ven obligados a alcanzar un ratio superior para percibir el mismo salario ya que si no es así la pérdida salarial alcanza los 200 euros mensuales y pone como ejemplo la sección de Cobre en la que el objetivo ha pasado del 59 al 65 sin aumento salarial por incentivos, la sentencia de instancia deja establecido que tales afirmaciones no constan suficientemente probadas como para determinar una modificación sustancial de condiciones de trabajo. Y continua el Juzgador “a quo” indicando que “los testigos que han depuesto en el juicio no resultan claros acerca de cuál es realmente esta modificación en su salario y ratio que vulnera el acuerdo alcanzado con anterioridad, sino que indican su descontento por la falta de conocimiento y constancia concreta de su rendimiento mientras se va produciendo que en cambios en el ratio exigible, por lo

que se desconoce que conducta concreta se le imputa a la empresa en estos casos". Junto a lo anterior, la sentencia de instancia también afirma que "en ningún momento del proceso se ha cuantificado ni se han dado datos concretos en el sentido de que la aplicación que hace la empresa del sistema de incentivos repercuta negativamente en el salario de los trabajadores, o que constituya esa modificación sustantiva en la cuantía en que se expone en la demanda, 200 euros. Nada se acredita en este sentido, ms allá de la aportación genérica del listado de porcentajes modificados según el cálculo de la actora",

Si a lo anterior se adiciona lo asentado en el hecho probado cuarto de que a los trabajadores se les entregaron nominas con una comparativa de lo que hubieran obtenido con el sistema de incentivos anteriores, desconociéndose si la variación era, en general, positiva o negativa para ellos en términos de comparación del sistema de incentivos, no constando alegación alguna ni en las reuniones de marzo, abril y mayo de 2012 de la Comisión de Métodos y Tiempos ni en las actas de las reuniones del Comité de Empresa, así como que "El 97 % de los trabajadores acogido a este sistema de incentivos (que no son los 260 que se afirma en la demanda y en la solicitud de conciliación ante el TAL) sino 161 (hecho no controvertido) cobra el incentivo, habiéndose incrementado más de un 11% dicha retribución global con respecto al sistema anterior al acuerdo de 2012". Que en el hecho probado quinto se deja establecido que se pactó que los trabajadores que no alcanzaran el objetivo de producción, percibirían la media del equipo al que estén asignados. Todo lo cual revela que no se acredita que nos encontremos ante una modificación sustancial, como pretende la parte actora, porque no consta que incida sobre aspectos básicos de la condición, de manera que dichos aspectos pasen a ser otros distintos de modo notorio, valorándose la entidad objetiva del cambio, los efectos y el perjuicio sufrido por el trabajador, y las compensaciones pactadas, no consta que la aplicación que hace la empresa del sistema de incentivos repercuta negativamente en el salario de los trabajadores, ni constituye una modificación trascendente en la cuantía que se expone en la demanda, 200 euros. Y al haberlo entendido de este modo la sentencia impugnada procede su confirmación, previa desestimación del recurso que se examina.

FALLO

Que debemos desestimar y desestimamos el Recurso de Suplicación interpuesto en nombre de COMITÉ DE EMPRESA DE R.O, S.A. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 4 de Castellón De La Plana de fecha 14 de Julio de 2017 en virtud de demanda formulada por el mismo, y en su consecuencia, debemos confirmar y confirmamos la sentencia recurrida.

2352

Sentencia núm. 972, de 22 de marzo de 2018

Materia: Extinción de la relación laboral: Despido. Trabajadora que presta sus servicios como ayudante de dependienta. La empresa codemandada en la instancia se subroga en la relación laboral con la demandante. La trabajadora es dada de baja en la Seguridad Social por dimisión/baja voluntaria en su puesto de trabajo. La actora abandona su puesto de trabajo acudiendo al médico, emitiéndose parte de baja con fecha en que abandonó su puesto de trabajo. La actora solicita nulidad o improcedencia del despido, al no haber podido aportar el parte médico con anterioridad. Distinción entre desestimamiento voluntario y abandono puesto de trabajo.

Juzgado: Desestima la demanda absolviendo a las codemandadas de los pedimentos formulados en su contra. Procede la extinción de la relación laboral

Sala: Estima el recurso declarando improcedente la extinción de la relación laboral. La actora ha procedido a abandonar su puesto de trabajo como consecuencia de una indisposición presentando partes de baja días después, pero no consta que realizado un desestimamiento voluntario que dé derecho a la extinción de la resolución laboral, en virtud del artículo 49.1 b) del ET.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - 1. El presente recurso se estructura en un único motivo formulado con amparo procesal en el apartado c en el que la recurrente denuncia la infracción de lo dispuesto en el artículo 2 de la orden 19 de junio de 1997 por la que se desarrolla el RD 575/1997 de 18 de abril. Sostiene esta parte que la trabajadora abandonó su puesto de trabajo por encontrarse indispuesta no pudiendo aportar el parte médico hasta el día 19 de abril solicitando que en consecuencia se declare la nulidad del despido o subsidiariamente su improcedencia.

La sentencia de instancia considera acreditada la causa de extinción consignada por la empresa "baja Voluntaria" y concluye desestimando la demanda de despido. A tenor de los hechos probados declarados en la sentencia que resultan inalterados y vinculantes para esta Sala, procede estimar el presente recurso y revocar la citada sentencia que infringe no solo la normativa reglamentaria en materia de gestión de incapacidad temporal sino lo dispuesto en los artículos 49, 54, 55 y 56 del ET. En primer lugar, entendemos que no puede confundirse el concepto de baja voluntaria con el de abandono del puesto de trabajo. Ya que mientras la primera implica la voluntad de la trabajadora de resolver unilateralmente la relación contractual y está expresamente prevista como causa de extinción del contrato de trabajo en el artículo 49. 1 d del ET la segunda constituye un incumplimiento de las obligaciones contraídas frente a la empleadora susceptible de ser sancionado.

Hay que recordar que la doctrina Jurisprudencial constante mantenida por esta sala entre otras en la ST de 21704/2015, recurso 808/2015, ha establecido con respecto a la determinación de la posible existencia de un supuesto de extinción contractual por voluntad unilateral de una de las partes, que el desistimiento voluntario del trabajador, requiere voluntad resolutoria consciente que si bien cabe entender existe cuando los actos u omisiones concurrentes permitan presumir voluntad en tal sentido, excluye tal conclusión en supuestos en los que dichos actos denotan de manera inequívoca la ausencia de la mencionada voluntad resolutoria, aunque supongan un

incumplimiento contractual, ante el que el empleador puede reaccionar en los términos que permite el marco jurídico aplicable".

SEGUNDO. - En el presente caso la baja cursada no responde a la previa dimisión de la trabajadora, puesto que el hecho de que esta se marchara sin decir nada a sus compañeros en mitad de la jornada laboral y presentara los partes médicos transcurrido los cinco días siguientes que además eran festivos, no supone una voluntad manifiesta de rescindir el contrato. No entramos a valorar si existía causa justificativa o no de dicho comportamiento, ni si el mismo era susceptible de sanción disciplinaria, pero lo que si entendemos es que, aunque el abandono puede constituir un incumplimiento de sus deberes, no es en este contexto un acto resolutorio del contrato por lo que la baja cursada el día 18 de abril es un acto de despido tácito y en consecuencia debió ser declarado improcedente al no concurrir causa legal de nulidad de acuerdo con lo establecido en el artículo 55.5 del ET.

Las consecuencias legales de dicha improcedencia deberán fijarse de acuerdo con las circunstancias establecidas en el hecho probado primero de la sentencia y conforme dispone el artículo 56 del ET.

FALLAMOS

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto por la representación procesal de DOÑA B.M.C. contra la sentencia dictada por el Juzgado 1 de los de BENIDORM el día 19 de octubre de 2017 y en consecuencia revocamos la sentencia recurrida y con estimación de la demanda, declaramos que la baja voluntaria cursada por la empleadora el día 18 de abril de 2017 es constitutiva de un despido improcedente condenando a la empleadora E.B. SL a que en el plazo de cinco días desde la notificación de la presente resolución, opte entre readmitir a la trabajadora, en las mismas condiciones que regían antes del despido, con abono de los salarios de tramitación dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la notificación de esta sentencia o hasta que hubiere encontrado otro empleo, si la colocación fuera anterior a la misma, en cuantía diaria de 32,51€; o abonar una indemnización de 893,96€.

Sin costas.