

## 2353

**Sentencia núm. 1.010, de 27 de marzo de 2018**

**Materia:** Declaración de invalidez. Trabajador afiliado al RETA que ejerce funciones de alquiler, reparación y mantenimiento de máquinas recreativas. El actor realiza esta actividad por sí mismo, sin contar con ningún trabajador a su cargo. El demandante sufre un accidente de bicicleta, iniciando un proceso de incapacidad temporal. Se han venido produciendo revisiones periódicas por diversos facultativos. El actor solicita declaración de invalidez permanente total para el ejercicio de profesión habitual.

**Juzgado:** Desestima la demanda, declarando que las lesiones que padece el actor no le incapacitan para el desarrollo de su profesión habitual.

**Sala:** Estima el recurso y revoca la sentencia de instancia. Las lesiones que padece el actor le incapacitan para el normal desarrollo de su actividad que no consta en la sentencia de origen y que debería aparecer para determinar el derecho a la prestación reclamada.

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

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Recurre en suplicación la parte actora, la sentencia que ha desestimado su demanda en la que se solicita la IPT para la profesión de alquiler, recaudación, mantenimiento y reparación de máquinas recreativas, autónomo, sin empleados a su cargo.

El recurso, se estructura en dos motivos. En el primero, por el apartado b) del art. 193 de la LRJS, interesa que se añada al relato probado de la sentencia la profesión autónoma que venía desempeñando el trabajador, que no consta en los hechos, pero sí en el fundamento de derecho segundo, en el que el Juzgador de instancia considera que es hecho no discutido, señalado en apoyo de su pretensión los documentos que obran a los folios 61, 69 y el documento nº 4 de la demanda (informe de la Tesorería del que se desprende que en el periodo mayo de 2012 a octubre de 201 no tuvo el demandante personal contratado a su cargo). No es preciso que figuren en los hechos los admitidos por las partes, sin embargo es fundamental para decidir el debate cual sea la profesión para la que se solicita la IPT, lo que exige que figure en la sentencia la profesión de que se trate, en los hechos, por lo que se estima la adición que admiten ambas partes y reconoce el magistrado "a quo" aunque erróneamente en la fundamentación jurídica de la sentencia.

**SEGUNDO.-** Al amparo del art. 193 c) de la LRJS, denuncia el segundo motivo de recurso, la infracción del art. 137.4 de la LGSS de 1994, de aplicación al caso, mencionando el art. 136 del mencionado texto legal. Considera el recurrente que las lesiones que ocasionó el accidente de bicicleta que había sufrido afectaron al demandante en dos zonas sensibles y de frecuente uso de la extremidad superior derecha (dominante), en concreto la muñeca y el bíceps, por lo que está incapacitado para seguir desarrollando su profesión, considerando contradictoria la sentencia recurrida, al mencionar que el actor debía manejar objetos pesados y de grandes dimensiones al instalar las máquinas alquiladas en los locales y para mantenerlas y recaudar, y no conceda la prestación solicitada cuando consta que no tenía personal a su cargo que le ayudara en esta labor que no podía realizar solo, siendo diestro.

El art. 136.1 de la LGSS de 1994 que "En la modalidad contributiva es invalidez permanente la situación del trabajador que, después de haber estado sometido al

tratamiento prescrito y de haber sido dado de alta médicamente, presenta reducciones anatómicas o funcionales graves, susceptibles de determinación objetiva y previsiblemente definitivas, que disminuyan o anulen su capacidad laboral...”.

El art. 137.4 anterior de aplicación según establece la Disposición transitoria 5ª bis de la LGSS dice que: “Se entenderá por incapacidad permanente total para la profesión habitual la que inhabilite al trabajador para la realización de todas o de las fundamentales tareas de dicha profesión, siempre que pueda dedicarse a otra distinta”.

Los hechos probados de la sentencia, que vinculan a esta Sala a la hora de dictar la sentencia de suplicación, en lo que aquí interesa, señalan que el actor, nacido el 4-10-1968, y afiliación a la Seguridad Social (régimen de autónomos habiéndose dado de baja del régimen de autónomos el 31 de octubre de 2013), sufrió el 21 de octubre de 2013 una caída en bicicleta, resultando afectado en muñeca, hombro y brazo derecho, lo que provocó la concesión de la incapacidad temporal. Fue asistido por facultativos en diversas ocasiones, con los siguientes resultados. Así, en fecha 12 de agosto de 2014, disociación escafosemilunar con severos cambios degenerativos en articulación radioescafoidea en la que predomina el pinzamiento del espacio articular y la fragmentación de la vertiente dorsomedial del escafoides En fecha 19 de noviembre de 2013, patología importante articular y ósea sin lesiones tendinosas asociadas, observándose cambios agudos en relación con cambios edematosos en la región de los ligamentos intercarpianos extrínsecos dorsales y los ligamentos palmares radio-escafoideos junto con focos de edema en el escafoides y el semilunar que sugieren un antecedente traumático reciente, todo ello junto con lesiones óseas antiguas en la articulación radio-escafoidea y una posible rotura parcial del ligamento escafolunar, con ligera separación entre ambos, cambios degenerativos en el fibrocartílago triangular, no pudiendo descartarse pequeña rotura de superficie cubital con mínima cantidad de líquido en la articulación radiocubital distal y entre el fibrocartílago y el cúbito. En fecha 2 de diciembre de 2013, hallazgos compatibles con rotura del músculo bíceps braquial con retracción proximal del vientre muscular; mínimos cambios que persisten en la teórica área de inserción del tendón en el cuello del radio sin que en el momento se observen otros cambios edematosos asociados, lo que denotaría una rotura relativamente evolucionada (no claramente aguda), tal y como consta en el folio 41 de las actuaciones. En fecha 14 de enero de 2014, articulación acromio-clavicular con leve hipertrofia sinovial versus líquido articular, cambios de tendinosis-tendinopatía en el tendón de supraespinoso con alguna pequeña lesión intrasustancia, no signos concluyentes de rotura hacia superficie bursal; mínima cantidad de líquido en la articulación acromio-clavicular, pudo existir misma colección laminar en la bursa subacromial subdeltoidea, cambios de tendinosis-tendinopatía del tendón del supraespinoso con alguna pequeña lesión intrasustancial, no signos francos de rotura de tendón de la porción larga del bíceps, signos de tendinosis en el subescapular y leves cambios inflamatorios en el intervalo rotador (folios 42 y 43). En fecha 22 de abril de 2014, en el mismo sentido que el informe anterior. En fecha 18 de agosto de 2014, se hizo constar que fue intervenido quirúrgicamente del bíceps braquial en cuanto su reinserción, y que presentaba una buena evolución clínica, con solvencia de la deformidad de mantenimiento de una buena tensión del bíceps, siendo remitido a Fisioterapia, con extensión de codo de -40°, y supinación de -15°; movilidad de codo completa pero con falta de fuerza. En fecha 15 de abril de 2015 ingresó en centro hospitalario con motivo de dolor en muñeca izquierda, siendo dado de alta el 16 de abril de 2015, el diagnóstico de luxación de muñeca cerrada. En fecha 8 de mayo de 2014 ingresó con motivo de rotura crónica principio distal derecho, siendo dado de alta el 9 de mayo de ese mismo año con el diagnóstico de ruptura tendón bíceps (porción larga), y otros trastornos de sinovia tendón y bursa (diagnósticos principal). Asimismo, en fecha 26 de noviembre de 2014, le costaban como diagnósticos médicos activos los siguientes: dolor en extremidades, tendinitis, hombro doloroso, fractura de navicular (escafoides) de muñeca cerrada, ruptura tendón bíceps, esguince rodilla derecha, gonalgia, condromalacia, desgarró

de cartílago menisco interno de la rodilla, ansiedad, rotura ligamento rodilla antigua cruzado anterior y Quiste de Baker (folio 52). El informe médico de evaluación de incapacidad laboral de fecha 26 de febrero de 2015, concluyó que podría existir limitación para tareas que supusieran requerimientos muy intensos, tales como el levantamiento de objetos muy pesados, carga y transporte de paquetes pesados, a valorar procedencia de demora de calificación, al estar a la espera de ingresar en clínica el 16 de abril de 2015 para intervenirse de escafoides (artrodesis parcial de muñeca derecha). En fecha 17 de diciembre de 2015, el perito propuesto por la actora alcanzó en su informe las siguientes conclusiones relativas a las secuelas funcionales del afectado: debilidad muscular importante del brazo (apenas flexión del antebrazo contra alguna resistencia útil) por atrofia importante del bíceps, pérdida comparativa de movilidad de la muñeca derecha superior al 50%, muñeca con dolor mecánico postquirúrgico de muy fácil exacerbación, índice de pérdida de fuerza manual prensil del 73%. Su conclusión fue que presentaba una inaptitud médica para realizar actividades ocupacionales regladas que supusieran sobrecarga biomecánica de la extremidad superior derecha, especialmente lo relativo a fuerza prensil sostenida, ejecución de movimientos algo repetitivos o bruscos con la muñeca y esfuerzo muscular intenso o continuado con el miembro superior dominante.

Con estos datos, la sentencia considera que el actor puede seguir desarrollando su profesión habitual porque para la carga y descarga podrá ser ayudado mecánicamente y las demás funciones puede desarrollarla con el miembro superior izquierdo.

Pues bien, no podemos estar de acuerdo con la decisión desestimatoria alcanzada en la sentencia, ya que constando la profesión del actor de alquiler, recaudación, mantenimiento y reparación de máquinas recreativas, y que requiere la ejecución de esfuerzos intensos para la carga y descarga de las máquinas recreativas alquiladas con la finalidad de entregarlas al cliente, algunas de gran tamaño, y para el mantenimiento y reparación de las mismas, no cabe sino concluir que el demandante está incapacitado para realizar las principales funciones de su profesión, dado que el actor es diestro y presenta pérdida de fuerza importante en la mano derecha, y que no puede realizar esfuerzo muscular intenso y continuado con el miembro superior derecho. Para el desarrollo de la profesión del demandante es necesaria una perfecta movilidad de ambos miembros superiores lo que no puede predicarse de la situación que presenta el demandante, por lo que consideramos que el actor está afecto de IPT y debe declararse así estimando su recurso y revocando la sentencia para estimar la demanda concediendo el grado solicitado que le dará derecho a una pensión calculada de acuerdo con la base reguladora declarada en la sentencia y con el porcentaje y efectos que legalmente le corresponden.

## **FALLO**

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de don J.C.D.A, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 3 de los de Alicante de fecha 2 de septiembre de 2016; y en consecuencia, revocamos la sentencia recurrida, y estimamos la demanda del recurrente contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social, declarando al actor afecto de Incapacidad Permanente Total para su profesión de autónomo dedicado al alquiler, recaudación, mantenimiento y reparación de máquinas recreativas, con derecho a percibir una pensión del 55% de la base reguladora de 645,94€ con efectos desde el 22 de septiembre de 2015, y condenamos al Instituto Nacional de la Seguridad Social a abonar al actor la prestación reconocida, sin perjuicio de revalorizaciones y mejoras que legalmente procedan.

Sin costas.

## 2354

**Sentencia núm. 1.042, de 28 de marzo de 2018**

**Materia: Declaración de invalidez: Solicitud declaración de incapacidad permanente absoluta o subsidiariamente total para el ejercicio de su profesión habitual. Trabajador afiliado al RGSS que ejerce funciones de director financiero. Trastorno depresivo y de ansiedad. Se deniega al trabajador la declaración de invalidez al no alcanzar las lesiones que padece un grado suficiente de disminución de su capacidad laboral para ser constitutivas de una incapacidad permanente.**

**Juzgado: Desestima la demanda absolviendo al instituto demandado de todas las pretensiones que en la misma se contienen.**

**Sala: Estima en parte el recurso declarando al actor afecto de una incapacidad permanente total para el ejercicio de su profesión habitual derivada de enfermedad común. El actor padece unas lesiones que le incapacitan para ejercer funciones de director financiero pero no para desarrollar otro tipo de trabajos más livianos y de carácter más relajado.**

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

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** D. F.R.P. interpone en su día demanda contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y la TGSS solicitando que se le declare afecto de una incapacidad permanente Absoluta o subsidiariamente una incapacidad permanente en cualquiera de sus grados.

La sentencia de instancia desestima la demanda, pronunciándose frente al que se alza el demandante recurriéndolo en suplicación y solicitando que se revoque la sentencia y en su lugar se dicte otra por la que se conceda al actor la incapacidad permanente absoluta o subsidiariamente en cualquiera de sus grados y con derecho a las prestaciones económicas que legalmente correspondan.

**SEGUNDO.-** Para ello la parte recurrente formula un primer motivo de recurso destinado a revisar los hechos declarados probados a la vista de la prueba documental, expediente administrativo y de la pericial médica del DR. P.R.M.

Respecto a la revisión de hechos probados, constituye criterio jurisprudencial constante reflejado en la sentencia del Tribunal Supremo de 18/1/2011 ( RJ 2011, 2431 ) (recurso 98/09 ) y las en ella citadas (como la de 11/10/2007 y 5/11/2008) que para que pueda apreciarse error en la valoración de la prueba han de concurrir los requisitos siguientes: 1).- Que se concrete con precisión cuál sea el hecho afirmado, negado u omitido que se entiende equivocado, contrario a los acreditados o que conste con evidencia y no se haya incorporado al relato histórico ( S.T.S 24/5/2000 ). 2).- Se ofrezca un texto alternativo concreto a figurar en la narración censurada de errónea, bien sustituyendo a alguno de sus puntos, ya completándolos, sin contener al efecto valoraciones o conclusiones de carácter jurídico. 3).- Se citen de forma precisa y concreta, los documentos o pericias de los que se estime se desprende la equivocación del juzgador, sin que sea viable admitir su invocación genérica ni plantearse revisión de cuestiones fácticas no discutidas a lo largo del proceso. 4).- Que esos documentos o pericias pongan de manifiesto el error de manera clara, evidente, directa y patente y, de forma incuestionable, sin necesidad de acudir a conjeturas, suposiciones o a argumentaciones más o menos lógicas, naturales y razonables, sin que en ningún caso coexistan documentos o pericias que presenten conclusiones

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

En el presente caso la parte recurrente realiza en primer lugar una serie de argumentaciones sobre la valoración errónea de hechos nuevos, alegando que incurre en error la Sentencia cuando dice que el actor pretende introducir hechos nuevos al aportar el informe psiquiátrico de 24-2-2016, pues dice que tal informe sí consta en el expediente administrativo por lo que no se trata de adicionar hechos nuevos. Sin embargo más allá de tales alegaciones combatiendo la argumentación de la Sentencia, no señala el texto alternativo que propone ni si trata de modificar, suprimir o adicionar algo a algún hecho probado, pues ni tan siquiera podemos pensar que quiere adicionar el contenido del informe de 24-2-2016 ya que hace referencia también a otros informes de 11 de diciembre del 2015 y a las alegaciones del perito en el acto de juicio, de manera que no consta conforme a la Jurisprudencia expuesta, cuál es el texto que pretende adicionar, suprimir y modificar en relación con los hechos probados. Derivado de ello como no se cumplen los requisitos expuestos en orden a la revisión de hechos probados, no procede revisión alguna de los hechos pues ello llevaría a la Sala a construir el recurso de la parte y a redactar los hechos probados pretendidos olvidando así la función revisora de la Sentencia que se le encomienda. Lo mismo sucede con las alegaciones referidas a las limitaciones que sus lesiones mentales y adición a las drogas y al alcohol le causan, que señala le imposibilitan totalmente para las tareas de una actividad con profesionalidad, y mínimas exigencias de continuidad, eficacia y dedicación, pues la parte recurrente se limita a valorar el informe pericial aportado pero sin expresar si trata de suprimir, modificar o adicionar algún hecho probado y sin detallar el texto concreto que propone. Debemos por ello rechazar este primer motivo de recurso.

**TERCERO.-** En el segundo motivo de recurso denuncia la parte recurrente la infracción de las normas sustantivas y jurisprudenciales, considerando que se ha infringido el artículo 137-5 LGSS y 137-4 LGSS, citando además la Sentencia del Tribunal Supremo de 12-7-2014.

La declaración de incapacidad permanente absoluta interesada por la parte recurrente con carácter principal, será procedente cuando la capacidad laboral del paciente es tan mínima que las posibilidades de acceso al mundo laboral del mismo son nulas, ya que "toda actividad profesional requiere un mínimo de dedicación, rendimiento y diligencia, que precisa en cualquier caso una aptitud laboral que en razonable medida sea valorable en el ámbito del mercado de trabajo (STS de 24-4-90 Ar. 3494), puesto que la prestación de un oficio, por liviano o sedentario que sea, sólo

puede realizarse mediante la asistencia diaria al lugar de empleo, permanencia en él durante la jornadas y estar en condiciones de consumir una tarea que aun siendo leve demanda un cierto grado de atención y una moderada actividad física (STS de 27-2-90 Ar. 1243), de manera que a los efectos de calificación de la incapacidad permanente la actividad laboral implica no sólo la posibilidad de realizar el trabajo, sino de efectuarlo con un mínimo de profesionalidad, rendimiento y eficacia de modo continuo durante toda la jornada laboral y la necesidad de consumirlo en régimen de dependencia de un empresario durante la jornada laboral, sujetándose a un horario, actuando consecuentemente con las exigencias que comporta la integración en una empresa, dentro de un orden preestablecido y en interpelación con los quehaceres de otros compañeros, en cuanto no es posible pensar que en el amplio campo de las actividades laborales exista alguna en la que no sean exigibles esos mínimos de dedicación, diligencia y atención, que son indispensables incluso en el más simple de los oficios y en la última de las categorías profesionales, salvo que se den un verdadero afán de sacrificio por parte del trabajador y un grado intenso de tolerancia en el empresario, pues de no coincidir ambos no cabe mantener como relaciones laborales normales aquellas en las que se ofrezcan tales carencias, al ser incuestionable que el trabajador ha de ofrecer unos rendimientos socialmente aceptables ( STS 22 de septiembre y 21 de octubre de 1998, 3 de febrero, 17 de marzo y 13 de junio de 1990 entre otras muchas). Se alcanza por otro lado el grado de incapacidad permanente total, cuando el trabajador quede inhabilitado para la realización de todas o de las fundamentales tareas de su profesión habitual, siempre que pueda dedicarse a otra distinta (artículo 137 LGSS). Con arreglo a la Jurisprudencia, a la hora de calificar la situación del trabajador, lo que interesa es la valoración de la capacidad laboral residual que las dolencias tenidas por definitivas, permite al afectado, entendido ello como la posibilidad real de poder desarrollar su actividad profesional en unas condiciones normales de habitualidad, con el rendimiento suficiente y esfuerzo normal, sin exigencia de un esfuerzo superior o especial, prestada la actividad con la necesaria profesionalidad y conforme a las exigencias mínimas de continuidad, dedicación y eficacia exigibles en todo trabajo.

En el presente caso en los hechos probados que se han mantenido inalterados se refleja el dictamen emitido por el EVI con las secuelas dictaminadas por tal organismo y las limitaciones orgánicas y funcionales que las mismas producen al trabajador así como las conclusiones del informe médico de valoración. En concreto lo que se recoge es que presenta un trastorno de ansiedad generalizado, un trastorno adaptativo con ánimo deprimido y como diagnóstico actual del actor se refleja inadaptación aguda con ansiedad generalizada grave, cuadro de déficits cognitivos y ansiedad elevada, y en definitiva que presenta una afección psíquica que condiciona una moderada disminución de su capacidad funcional. Poniendo en relación tales secuelas con las tareas propias de su profesión habitual que exige desde luego tener una buena capacidad cognitiva, especial concentración, atención y responsabilidad, estimamos que el trabajador difícilmente va a poder realizar en unas condiciones mínimas de eficacia, rendimiento y habitualidad las tareas propias de su profesión habitual por lo que sí reúne los requisitos para ser tributario de la incapacidad permanente total interesada con carácter subsidiario. Sin embargo, estimamos que, dado que la alteración que presenta es moderada y no severa, si podría realizar otro tipo de trabajos de carácter más relajado y liviano, de manera que sí presentaría capacidad laboral residual y no sería tributario de la incapacidad permanente absoluta solicitada con carácter principal. De este modo acordamos revocar la Sentencia recurrida y estimar en parte el recurso formulado reconociendo al actor tal incapacidad permanente Total para su profesión habitual conforme a la base reguladora de 1.449,99 euros fijada en el hecho probado primero de la Sentencia y no discutida y con efectos del 19-1-2016 conforme también se declara en tal hecho probado.

Por ello;

VISTOS los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

### **FALLAMOS**

Que estimando en parte el recurso de suplicación interpuesto por D. F.R.P. contra la sentencia de fecha veintiuno de Octubre del Dos Mil Dieciséis, dictada por el Juzgado de lo Social número 11 de los de Valencia en autos 314/2016 seguidos a instancias del recurrente frente al INSS sobre INCAPACIDAD PERMANENTE, debemos de revocar dicha Sentencia acordando en su lugar estimar la petición subsidiaria contenida en la demanda y declarar al actor en situación de incapacidad permanente en grado de Total para su profesión habitual de Director Financiero derivada de enfermedad común, con derecho a percibir con cargo a la Entidad Gestora una pensión vitalicia equivalente al 55% de la base reguladora mensual de 1.449,99 euros con los incrementos y revalorizaciones que legalmente procedan y efectos desde el día 19-1-2016.

## 2355

**Sentencia núm. 1.063, de 28 de marzo de 2019**

**Materia: Accidente laboral. Declaración de invalidez. Trabajador afiliado a la seguridad social que sufre sucesivos accidentes de trabajo. Responsabilidad de la prestación. Posibilidad de reparto de responsabilidad entre las mutuas codemandadas. Cálculo de la base reguladora.**

**Juzgado: Revoca la resolución del organismo demandado y declara como único responsable del pago de la prestación de incapacidad permanente total derivada de accidente de trabajo a la mutua que en el momento de producirse el segundo accidente laboral tiene cubiertas dichas contingencias.**

**Sala: Desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia. Declara como mutua responsable en su totalidad a la que cubría el riesgo de accidentes en el momento del siniestro. Sanciona en costas a la mutua recurrente.**

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

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** La sentencia de instancia analiza las responsabilidades sucesivas asumidas por las Mutuas I. y U. que cubrían el riesgo de accidentes de trabajo en las fechas en que se produjeron los mismos 12 de enero del 2012 y 10 de noviembre del 2013, y entiende que no cabe distribuir la responsabilidad entre las Mutuas sobre el resultado del segundo accidente sufrido por el trabajador que culminó con una declaración de IP Total para su profesión habitual de recolector, pues el primer accidente dio lugar a unas LPNI, agotando la Mutua I. su responsabilidad con el abono de la cantidad fijada en el baremo. Por ello estima que la responsable en exclusiva es la Mutua U. que cubría el riesgo de accidentes a la fecha en que se produjo el segundo de ellos el 13 de noviembre del 2013.

Contra el anterior pronunciamiento recurre la Mutua U. que plantea recurso de suplicación a través de un motivo único, con amparo procesal en el apartado c) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, en el que señala como infringida la doctrina jurisprudencial representada por las sentencias del Tribunal Supremo de fechas 20.12.1993, 07.07.1995 y 12.06.2000, que señala que en los supuestos de agravación del grado de incapacidad es procedente aplicar un criterio de proporcionalidad en el abono de prestaciones derivadas de accidente laboral, y señala que los supuestos de hecho recogidos en aquellas resoluciones son de aplicación al presente supuesto de hechos, pues aunque es cierto que han existido dos accidentes sucesivos, la distancia temporal entre el alta de la IT del primero y la producción del segundo ha sido solo de un año y cuatro meses, por lo que entiende que sin el primer accidente las consecuencias del segundo no hubieran sido las mismas, por lo que entiende que es ms justo repartir las responsabilidades tal y como hizo la Resolución del INSS22 de mayo del 2015.

**SEGUNDO.-** Nos encontramos ante un supuesto de hecho constituido por dos accidentes de trabajo sucesivos que han dado lugar a dos situaciones de Incapacidad Temporal y a una declaración de IP Total, todas con la misma contingencia profesional. Partir de ésta base es sumamente relevante, como ya lo pone de manifiesto la sentencia de instancia, pues tal y como se desprende de los arts 126.1 de la Ley General de la Seguridad Social ( así como los arts 5 y 6 de la Orden de 13.10.1967, art 25 de la Orden 15.04.1969 y arts 30 y 31 de la orden 13.02.1967) la entidad cuya

cobertura se encuentra vigente a la fecha de la producción del accidente de trabajo, es la que debe responsabilizarse de las consecuencias dañosas que se deriven de dicho accidente. Esa es la razón de que quien tiene la cobertura del accidente responde incluso de las prestaciones que resulten aunque las mismas sean posteriores, o se manifiesten una vez haya finalizado el aseguramiento.

No puede la sala aceptar la cita de la doctrina que se dice infringida, porque los supuestos de hecho a que se refieren las mencionadas sentencias no son aplicables al actual supuesto de hecho. En las sentencias del TS citadas se resuelve sobre una revisión del grado de incapacidad permanente que de ser Total por accidente de trabajo, pasa a ser Absoluta por enfermedad común, lo que conlleva que se reparta la responsabilidad entre la Mutua que cubría la contingencia profesional y el INSS. Es decir, se trata de dos distintas contingencias, en las que el Tribunal Supremo resuelve que la IP Absoluta esta "derivada de enfermedad común pero concluyente con accidente de trabajo". Tales supuestos de hecho, muy similares en aquellas resoluciones, no son de aplicación al caso que se analiza. Por ello resulta imposible estimar la única de las infracciones mencionadas en el recurso, lo que nos lleva a concluir con la desestimación del mismo y la íntegra confirmación de la sentencia dictada en la instancia

**TERCERO.-** 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. Así mismo 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 "MUTUA U.", contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº. DIECISÉIS de los de VALENCIA, de fecha 23 de septiembre del 2016, en virtud de demanda presentada a instancia de MUTUA U. 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 500 euros.

## 2356

**Sentencia núm. 1.091, de 28 de marzo de 2018**

**Materia: Prestación por desempleo. Renta Activa de Inserción. El trabajador viene cobrando una prestación por desempleo y al mismo tiempo se demuestra que se encuentra trabajando en determina empresa realizando funciones de recogida de uva. El actor solicita la compatibilidad de la prestación, dado el carácter asistencial de la misma, con la actividad laboral llevada a cabo. Sanción. Suspensión de la prestación.**

**Juzgado: Desestima la demanda y absuelve a los demandados de los pedimentos formulados en su contra. Procede a suspender la prestación asistencial por ser incompatible con el trabajo realizado.**

**Sala: Desestima el recurso al confirmarse la incompatibilidad entre las prestaciones por desempleo y un trabajo por cuenta ajena, excepto cuando este se realice a tiempo parcial. Y en cuyo caso se deducirá del importe de la prestación o subsidio la parte proporcional al tiempo trabajado, sin que esta excepción acontezca en este caso, debiéndose aplicar la regla general.**

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

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Frente a la sentencia de instancia que desestimó la demanda y absolvió al Servicio Público de Empleo Estatal y TGSS, interpone recurso de suplicación 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 segundo se le dé una nueva redacción en la que se haga constar que: “La Inspección deduce de lo investigado que el actor estaba esperando a D. E.B., para que le dieran trabajo vendimiando, el cual venía provisto con sus herramientas de trabajo, con tijeras, guantes y un capazo...”, pero la modificación fáctica no puede alcanzar éxito ya que no se ampara en prueba documental o pericial alguna.

**SEGUNDO.** - Respecto del derecho, denuncia el recurso, con amparo procesal en el apartado c) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, que en la sentencia impugnada se ha producido infracción del nº 1 del art. 215 de la LGSS y la jurisprudencia que lo desarrolla, alegando en el caso del subsidio asistencial de desempleo no estamos ante una “renta de sustitución” sino ante una “renta de subsistencia” y como prestación asistencial, que en gran medida lo es, solo podrá aceptarse la compatibilidad de la misma con un trabajo que no produzca ingresos superiores al 75% del salario mínimo interprofesional en cuanto al límite de renta, por lo que considera que no existe incompatibilidad entre el desempleo por RAI y trabajar por cuenta ajena, cuando el salario diario es tan escaso que debe de considerarse como auténtico desempleado. A lo anterior añade en el motivo tercero del recurso que se ha producido infracción de la disposición adicional cuarta, segundo punto, de la Ley 42/1997, de 14 de noviembre; Ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y la jurisprudencia que lo desarrolla, y tras aludir a que debe entenderse por presunción de veracidad y presunción de certeza, alega que se trata de valoraciones que hace el subinspector, que no hay indicios suficientes para determinar que del caso se desprendan notas de ajenidad y dependencia características de la relación laboral, ya que solo existe un mero juicio de valor por parte de la inspección.

Frente a la actuación de la Inspección de Trabajo, la parte actora podía haber destruido la presunción “iuris tantum” para tratar de demostrar que no se ajustaba a lo sucedido, pero no ha prosperado su revisión fáctica y debe estarse a los hechos establecidos en la sentencia de instancia, de lo que resulta que el día 17 de septiembre de 2014 en visita girada por la Inspección de Trabajo a la empresa M.M.L. dedicada a cultivo de vid, en un paraje de La Revuelta de Y., la Inspección deduce que el actor estaba trabajando y en concreto vendimiando con tijeras y guantes, contando racimos de uva de la finca que depositaba en un capazo, el mismo manifestó que prestaba servicios desde ese mismo día en jornada de 8 a 17 horas y que iba a cobrar 50 euros por jornada. Considera la Inspección que el trabajador ha compatibilizado prestaciones con trabajo por cuenta ajena y ello constituye una infracción muy grave en seguridad social del art. 26.2 del RDL 5/2000 de la LISOS, el SPEE tras recibir el Acta de la Inspección, procedió a suspender la prestación y abrir un procedimiento sancionador, el actor presentó en plazo alegaciones y el SPEE dictó resolución sobre extinción de prestaciones del actor, confirmando la sanción propuesta en el Acta e impone sanción de extinción de la prestación desde el 17-9-2014 sin perjuicio del reintegro de las cantidades indebidamente percibidas.

La sanción impuesta al actor lo ha sido por incumplir la obligación de solicitar por el trabajador la baja en la percepción de desempleo al realizar actividad laboral por cuenta ajena, y el art 221.1 de la LGSS establece la incompatibilidad entre las prestaciones por desempleo y un trabajo por cuenta ajena, excepto cuando este se realice a tiempo parcial en cuyo caso se deducirá del importe de la prestación o subsidio la parte proporcional al tiempo trabajado, pero la excepción no acontece en el presente supuesto, debiéndose aplicar la regla general. Y a tenor de los inalterados hechos declarados probados, se ha constatado que el actor estaba trabajando sin estar dado de alta en 17-9-2014, y que el actor incumplió con sus obligaciones legales, sin que se acredite justa causa para no haber cumplido las obligaciones impuestas como receptor del RAI por desempleo se debe desestimar el recurso y confirmar la sentencia de instancia.

### **FALLO**

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de D. A.P.B. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº. 7 de los de Alicante, de fecha 26 octubre de 2016; y, en consecuencia, confirmamos la resolución recurrida.

## 2357

**Sentencia núm. 1.106, de 28 de marzo de 2018**

**Materia: Trabajador al servicio de empresa dedicada a la actividad inmobiliaria.**

**Despido. Extinción de la relación laboral por incumplimiento contractual.**

**Las partes han firmado una cláusula de rendimiento mínimo. La actora no llega al volumen de ventas necesario conforme a la cláusula pactada.**

**Consideración despido improcedente.**

**Juzgado: Desestima la demanda absolviendo a la empresa demandada de la pretensión deducida en su contra. Procede despido de trabajadora por incumplimiento contractual.**

**Sala: Estima el recurso y revoca la sentencia de instancia, declarando improcedente la extinción de la relación laboral. La Sala considera que ha habido un abuso manifiesto de derecho, contrario al principio de buena fe. No concurre una disminución voluntaria manifiestamente grave para dar lugar a la extinción de la relación laboral.**

**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, aunque se numera como primero, dedicado al examen de normas sustantivas o de la jurisprudencia, denunciando infracción del “artículo 49.1.b) del Estatuto de los Trabajadores; y de la jurisprudencia que lo ha desarrollado y que con ella está relacionada”. Argumenta en síntesis que el hecho que sirve de condición resolutoria queda totalmente fuera de la propia voluntad o actividad del trabajador, por cuanto la materialización de las operaciones de venta única y exclusivamente depende de que a las personas que contactan con la agencia les encajen los inmuebles que se ofertan y que tienen en cartera para comercializar, resultando arbitraria en la medida de que aun cuando en la comunicación extintiva se indica que no existe causa objetiva alguna que lo justifique pues el resto de sus compañeros sí que alcanzan este rendimiento mínimo, en el hecho probado quinto, la propia sentencia indica que existe otra trabajadora (R.R.) que en el mismo período considerado y con igual cláusula contractual de rendimiento mínimo también había dejado de realizar ventas durante 5 meses no consecutivos, respecto de la que no se ha aplicado las consecuencia de la cláusula de rendimiento mínimo. Incidiendo en lo declarado por la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de febrero de 2010 declarando que resulta inadmisibles reconducir a las extinciones del artículo 49.1.b) del ET otras extinciones que tienen mejor encaje en otras causas previstas legalmente, que en nuestro caso sería la prevista en el artículo 52.c en relación con el 51.1 del ET pues a su juicio es lo que se deduce del contenido de los hechos probados cuarto y quinto pues al aludir a la cifra de ventas de los comerciales, no alcanzando ninguno de ellos la cifra de 50.000€, que dice ser el objetivo, indica que esta situación es inasumible para la empresa, pues la falta de producción y ventas, “pone en grave peligro la estabilidad económica de la empresa”.

**2.** Como subrayó la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 2011 (R.774/2011) “...Los problemas jurídicos que plantean las cláusulas contractuales de rendimiento mínimo se han puesto de relieve reiteradamente por la doctrina de esta Sala, admitiéndose en las sentencias antes citadas que, en principio, las mismas son válidas y no abusivas si en su ejercicio se respetan los límites normales o ajustados a los principios de la buena fe. Precisamente porque en el desarrollo extintivo de sus efectos, se mezclan los principios que inspiran la resolución de las obligaciones

recíprocas a que se refiere el artículo 1.124 del Código Civil, con las facultades disciplinarias del empresario, en los términos del artículo 54 del Estatuto de los Trabajadores y particularmente la letra e) del número 2, donde se establece como causa de despido "la disminución continuada y voluntaria en el rendimiento de trabajo normal o pactado". Claramente se observa entonces que en los casos como el presente, en los que el contrato de trabajo establece esa cláusula de rendimiento mínimo, se está en presencia de un rendimiento pactado, de manera que si el empresario pretendiera despedir de manera disciplinariamente procedente al trabajador tendría que acreditar no solo el elemento básico de esa disminución pactada, sino que la misma se había producido de manera continuada y voluntaria, lo cual exigiría a la empresa un despliegue de medios probatorios que llevaran a la convicción del juzgador la realidad de tal conducta. De manera en cierto modo diferente, el artículo 49.1 b) del Estatuto de los Trabajadores autoriza con carácter general la extinción del contrato de trabajo por las causas en él válidamente consignadas, salvo que constituyan abuso manifiesto de derecho por parte de empresario. Ya hemos dicho que, en principio, la cláusula de rendimiento mínimo puede resultar válida cuando se consigna en el contrato de trabajo en casos como el aquí examinado, en el que se trata de establecer un número o un valor mínimo de ventas. Pero dicho esto, cuando se ejercita la facultad resolutoria fuera del marco disciplinario y al amparo de lo previsto en el artículo 1.124 CC, la mera disminución del valor pactado no puede significar por sí misma y de una forma objetiva la concurrencia de la causa resolutoria, sino esa facultad ha de ejercitarse, como afirma la doctrina civil más autorizada, con arreglo a los dictados de la buena fe, analizando en el caso la incidencia de los distintos factores que hayan podido conducir a ese incumplimiento de las obligaciones, analizando en todo caso su relevancia. Esa referencia civil al artículo 1124 CC tiene en el ámbito laboral mayor incidencia en casos como el presente, en los que la cláusula resolutoria se puede proyectar en una doble vertiente, la puramente contractual y la disciplinaria, de manera que si la empresa ejercita esa facultad, como aquí ocurre, haciendo así ineficaces las exigencias probatorias de la conducta del trabajador que exigiría el artículo 54 ET, no puede alejarse la invocación de la ausencia de rendimiento de las particularidades como causa resolutoria de los factores, elementos objetivos y subjetivos que puedan influir en la valoración de la existencia de pretendido incumplimiento, y más en casos el que ahora resolvemos en el que la necesidad de que se produzca un valor determinado de ventas puede depender de factores absolutamente ajenos a la voluntad de trabajador, como son la propia voluntad de comprador, la situación del mercado, los precios ofertados, la competencia de otras compañías o la crisis económica. Por ello, si la empresa decide ejercitar esa facultad sin incurrir en abuso manifiesto de derecho, tiene que llevarla a cabo con arreglo a los principios de la buena fe, de manera que ofrezca en su ejercicio elementos suficientes para que pueda alcanzarse la convicción de que hubo realmente un incumplimiento contractual por parte del trabajador. En el caso presente, ya se ha visto que la sentencia recurrida no se atuvo a los anteriores razonamientos, sino que, aceptando la posición empresarial, entendió que en abstracto la cláusula resolutoria era lícita, sin referencia alguna a la existencia o no de otros factores de comparación homogénea o de incidencia en el descenso del número de ventas que tuvieran relación con esas cifras de ventas inferiores a las pactadas. Por ello ha de entenderse aquí que la empresa incurrió, como afirma la sentencia de contraste, en un ejercicio abusivo o manifiestamente fraudulento de la facultad resolutoria, al pretender, tal y como se expresa en la carta de cese, su aplicación directa y con base en los meros resultados o cifras de ventas -extremo que nadie niega- sin ofrecer ningún tipo de referencia a los elementos objetivos o subjetivos que pudieran concurrir para justificar esa medida desde el punto de vista empresarial.....Con arreglo a lo razonado hasta ahora ha de afirmarse que la sentencia recurrida llevó a cabo una interpretación inadecuada del artículo 49.1 b) ET, al declarar válidamente extinguido el contrato de trabajo sin derecho a indemnización alguna para el trabajador, cuando en realidad, como se ha dicho, la extinción se produjo en el

ejercicio manifiestamente abusivo del contenido de la cláusula de rendimiento pactada.....”.

**3.** Del inalterado e incombustible relato histórico de la sentencia de instancia destacamos: A) La actora, Dña. C.B.R. venía prestando servicios por cuenta y dependencia de la empresa A. I.R.,S.A, dedicada a la actividad de intermediación inmobiliaria, en el centro de trabajo sito en c/ Monjas de Santa Catalina nº4, de Valencia, desde el día 25-1-11, con la categoría profesional de Comercial- grupo de cotz, 5, y percibiendo un salario bruto diario de 30 ´70 euros, incluida la prorrata de pagas extras (promedio de las retribuciones devengadas en los últimos 12 meses). Resulta de aplicación a las partes el Convenio Colectivo de Gestión y Mediación Inmobiliaria. B) Dicha relación laboral se formalizó mediante la suscripción por las partes en la fecha indicada de un contrato de trabajo de duración determinada a tiempo completo (39 horas) eventual por circunstancias de la producción. En fecha 16-2-11 ambas partes acordaron modificar la jornada laboral para pasar a prestar sus servicios la actora a jornada de 20 semanales desde el 16-2-11. En fecha 24-1-12 ambas partes acordaron la transformación del contrato en indefinido a tiempo parcial (20h). En fecha 15-4-15 acordaron otra modificación de la jornada de la actora para tenerla de 25 horas semanales desde dicha fecha. En fecha 1-4-14 ambas partes suscribieron un ANEXO al contrato de trabajo de la actora, que obrando en autos se da por reproducido en su integridad, en el que se acordó el sistema de retribución variable de la actora, con los porcentajes sobre los honorarios íntegros facturados y cobrados por la empresa. En el mismo Anexo se pactó una “Cláusula de Rendimiento Mínimo exigible”, del siguiente tenor literal: “Al estar sujeto el puesto de trabajo de comercial a la consecución de un determinado nivel mínimo de ventas, ambas partes acuerdan, al amparo del artículo 49.1.b) del Estatuto de los Trabajadores, fijar como causa de extinción del contrato de trabajo no alcanzar por parte del comercial un volumen de ventas mínimo .En este sentido, ambas partes acuerdan como causa de extinción del contrato de trabajo que el trabajador no realizara operación alguna correspondiente a su prestación de servicios durante dos meses consecutivos o tres alternos, en un periodo de 12 meses, siempre que con carácter previo a adoptarse esta decisión de extinguir el contrato, la empresa haya advertido al trabajador al menos en una ocasión con carácter previo a considerar el incumplimiento del rendimiento mínimo como causa de extinción del contrato. Si la empresa no hiciere advertencia al trabajador del rendimiento mínimo, ello no podrá ser interpretado como una modificación tácita del contrato o renuncia a las acciones que este incumplimiento le confiere, ni le priva de la facultad de ejercer ese derecho respecto de situaciones futuras si así lo estima conveniente. La extinción del contrato de trabajo por esta causa no devengará derecho a indemnización alguna a favor del trabajador. Por voluntad expresa de las partes, se hace constar que cualquier CLÁUSULA de MÍNIMO RENDIMIENTO firmada con anterioridad al presente ANEXO queda anulada, estableciéndose como válida la firmada el día de hoy”. C) En fecha 24-6-16 la empresa demandada comunicó a la actora la extinción de su contrato de trabajo, mediante escrito del siguiente tenor literal: “Por medio de la presente, le comunicamos que la Dirección de la Empresa ha tomado la decisión de extinguir su contrato de trabajo con efectos del día de hoy, 24 de junio, de conformidad con lo establecido en el artículo 49.1.b) del RD 272015, por el que se aprueba el TRL del Estatuto de los Trabajadores. Ud. con fecha 1 de abril de 2014, firmó un Anexo a su contrato de trabajo, en el que se recogía por un lado el sistema de retribución variable por comisiones y por otro, una cláusula de “rendimiento mínimo exigible”, en los siguientes términos: “...ambas partes acuerdan como causa de extinción del contrato de trabajo que el trabajador no realizara operación alguna correspondiente a su prestación de servicios durante dos meses consecutivos o tres alternos, en un periodo de 12 meses...” Si atendemos a sus datos de producción en los últimos 12 meses, se comprueba que Ud. no ha alcanzado los objetivos mínimos, habiendo incurrido en la cláusula de rendimiento mínimo, dado que durante ese periodo Ud. no ha realizado operación alguna en cinco meses,

concretamente en los meses de agosto-15, diciembre-15, Enero -16, marzo -16 y mayo -16. Además siendo el detalle completo el siguiente:

Julio -15	760
Agosto-15	0 (*vacaciones del 3 al 21)
Septiembre-15	1.200
Octubre-15	386
Noviembre-15	1.600
Diciembre-15	0
Enero-16	0
Febrero-16	950
Marzo-16	0
Abril-16	10.578
Mayo-16	0
Junio-16	0 (*A la fecha del despido)

Estas circunstancias le han sido previamente advertidas, puesto que el pasado 1 de febrero, se le entregó carta por la que se le advertía que llevaba dos meses sin realizar operación alguna (diciembre y enero).

Por tanto, habiendo Ud. incumplido su compromiso de rendimiento mínimo, sin que, exista causa objetiva alguna que lo justifique, pues el resto de sus compañeros, sí alcanzan este rendimiento mínimo, se produce la extinción de su relación laboral.

Se le indica que la firma del presente no indica conformidad sino simplemente recepción de la misma“.

D) Que, en efecto, previamente a la entrega de la anterior comunicación extintiva el día 2-2-2016 le fue efectuada la primera de las advertencias, indicándole que en los meses de diciembre de 2015 y enero de 2016 no había realizado operación alguna, recordándole que la no realización de operación alguna durante dos meses consecutivos o tres alternos, en un periodo de 12 meses, podía ser causa de extinción de su contrato. En fecha 30-5-16 le fue efectuada una nueva advertencia, indicándole que durante los cuatro primeros meses del año, su producción había sido de tan sólo 11.527´89 euros, lo que suponía tan solo el 72´46% de los objetivos que tenía fijados para 2016 y que, como sabía, eran de 50.000 euros al año, 15.909´09 a 30 de abril; además, que en los dos meses de los cuatro transcurridos no había realizado una sola operación; situación inasumible para la empresa, pues la falta de producción y ventas, ponía en grave peligro la estabilidad económica de la empresa. Finalmente se le advertía de que, de no cambiar esta situación, la empresa haría valer la cláusula de rendimiento mínimo, como causa de extinción de su contrato.

E) La producción obtenida por los trabajadores de la tienda de Valencia desde junio de 2015 a junio de 2016, fue la siguiente:

	Jun-15	Jul-15	Agost-15	Sept-15	Oct-15	Nov-15	Dic-15	Ener-16	Febr-16	Marzo-16	Abr-16	May-16	Jun-16	Total
Jose Vte. Picallo	6.149	2.051	1.350	10.575	1.740	53	2.904	0	0	775	1.613	739	1.558	29.507
Raquel Rivera	4.460	IT	IT+VAC	1.350	3.000	4.000	0	0	8.067	0	0	0	6.612	27.489
Begoña Navas		Alta 23-7	770	2.566	1.207	6.813	2.606	0	6.230	2.579	5.535	6.249	2.581	37.136
Monica Gil				Alta	713	4.000	1.735	694	4.828	0	baja			11.970
Raquel Aragón	600	0	Vac( 14)	27-0	IT	IT	IT	IT	BAJA					600
Juan Marin	6.040	500	1.755	2.047	0	4.294	746	1.643	2.400	BAJA				19.425

En el mismo periodo la producción de la actora fue la siguiente:

Celia Bruña	8.250	760	VAC	1.200	386	1.600	0	0	950	0	10.578	0	0	23.724
-------------	-------	-----	-----	-------	-----	-------	---	---	-----	---	--------	---	---	--------

A Dña. R.R. la empresa en fecha 27-5-16 también le comunicó escrito informándole de que su producción era tan solo de 8.067 a dicha fecha, lo que suponía un 53% de la pactada de 47.500 al año para 2016 y 15.113´64 a fecha 30 de abril, amén que en tres meses de los cuatro transcurridos no había realizado una sola operación, advirtiéndole que de continuar así, se haría valer su cláusula de rendimiento mínimo, igual a la pactada por la actora. Esta trabajadora, no ha sido despedida. Según la empresa tiene una reducción de jornada y circunstancias distintas.

4. Siendo así que de acuerdo con la doctrina jurisprudencial transcrita parcialmente en el apartado 2 de este fundamento jurídico “la necesidad de que se produzca un valor determinado de ventas puede depender de factores absolutamente ajenos a la voluntad de trabajador, como son la propia voluntad de comprador, la situación del mercado, los precios ofertados, la competencia de otras compañías o la crisis económica. Por ello, si la empresa decide ejercitar esa facultad sin incurrir en abuso manifiesto de derecho, tiene que llevarla a cabo con arreglo a los principios de la buena fe, de manera que ofrezca en su ejercicio elementos suficientes para que pueda alcanzarse la convicción de que hubo realmente un incumplimiento contractual por parte del trabajador. En el caso presente, ya se ha visto que la sentencia recurrida no se atuvo a los anteriores razonamientos, sino que, aceptando la posición empresarial, entendió que en abstracto la cláusula resolutoria era lícita, sin referencia alguna a la existencia o no de otros factores de comparación homogénea o de incidencia en el descenso del número de ventas que tuvieran relación con esas cifras de ventas inferiores a las pactadas. Por ello ha de entenderse aquí que la empresa incurrió, como afirma la sentencia de contraste, en un ejercicio abusivo o manifiestamente fraudulento de la facultad resolutoria, al pretender, tal y como se expresa en la carta de cese, su aplicación directa y con base en los meros resultados o cifras de ventas -extremo que nadie niega- sin ofrecer ningún tipo de referencia a los elementos objetivos o subjetivos que pudieran concurrir para justificar esa medida desde el punto de vista empresarial”, como quiera que la sentencia de instancia basa su pronunciamiento desestimatorio de la pretensión ejercitada, según se indica en su fundamento jurídico tercero en que “el cumplimiento de la condición resolutoria no depende de la empresa sino de la propia trabajadora, que ha sido contratada como Comercial, esto es para la realización de ventas, no constando que tuviera otras funciones distintas, sin que se haya acreditado por la actora que fuera imposible o muy difícil la realización de ventas (una sola venta) sin interrupción durante 2 meses consecutivos o 3 no consecutivos. Y, en este caso, la actora no realizado venta alguna durante 5 meses no consecutivos dentro del periodo de un año, sin que conste la existencia de causas ajenas a su voluntad para la no realización de venta alguna en dicho periodo. En la comparación con el resto de trabajadores del mismo centro de trabajo y durante el mismo periodo, hay uno (D. J.V.P) que no ha hecho ventas solo en dos meses (no en cinco) y el resultado total de las realizadas es superior al de la actora; otro, (Dña. B.N.), que solo no ha hecho ventas un mes y el resultado de las mismas también es superior a las de la actora; otros dos (Dña. M.G. y D. J. M.) que no han permanecido todo el periodo considerado en la empresa, y que sólo no han hecho ventas un mes; Otra ( Dña. R.A.) que solo ha prestado trabajos efectivos en la empresa durante dos meses, dejando realizar ventas un mes, por lo que todas las situaciones descritas son situaciones distintas a las de la actora. Sólo una trabajadora, Dña. R.R., ha quedado acreditado que en el mismo periodo considerado (jun-15 a jun-16) y con igual cláusula contractual de rendimiento mínimo también ha dejado de realizar ventas durante 5 meses no consecutivos; Ahora bien, no podemos asegurar que su situación sea exactamente igual a la de la actora, porque se observa que las ventas

totales son superiores a las de la actora habiendo permanecido un mes de IT y teniendo reducción de jornada, según manifestación de la empresa no contradicha por la parte actora. También desconocemos su antigüedad en la empresa. Por todo lo cual, habiendo incurrido la actora en causa de extinción de su contrato pactada expresamente en el mismo, y cuya ejecución o aplicación por la empresa no resulta abusiva pues, en definitiva, se le ha extinguido el contrato tras 5 meses sin realizar venta alguna, procede la desestimación de la demanda...”.

**5.** Consideramos que la sentencia de instancia al entender que la cláusula resolutoria era lícita, y con referencia a los factores indicados antes (la comparación con el resto de trabajadores del mismo centro de trabajo y durante el mismo periodo, hay uno (D. J.V.P) que no ha hecho ventas solo en dos meses (no en cinco) y el resultado total de las realizadas es superior al de la actora; otro, (Dña. B.N.), que solo no ha hecho ventas un mes y el resultado de las mismas también es superior a las de la actora; otros dos (Dña. M.G. y D. J.M.) que no han permanecido todo el periodo considerado en la empresa, y que sólo no han hecho ventas un mes; Otra (Dña. R.A.) que solo ha prestado trabajos efectivos en la empresa durante dos meses, dejando realizar ventas un mes, por lo que todas las situaciones descritas son situaciones distintas a las de la actora. Sólo una trabajadora, Dña. R.R., ha quedado acreditado que en el mismo periodo considerado (jun-15 a jun-16) y con igual cláusula contractual de rendimiento mínimo también ha dejado de realizar ventas durante 5 meses no consecutivos; Ahora bien, no podemos asegurar que su situación sea exactamente igual a la de la actora, porque se observa que las ventas totales son superiores a las de la actora habiendo permanecido un mes de IT y teniendo reducción de jornada, según manifestación de la empresa no contradicha por la parte actora. También desconocemos su antigüedad en la empresa. Por todo lo cual, habiendo incurrido la actora en causa de extinción de su contrato pactada expresamente en el mismo, y cuya ejecución o aplicación por la empresa no resulta abusiva pues, en definitiva, se le ha extinguido el contrato tras 5 meses sin realizar venta alguna, procede la desestimación de la demanda...), decide desestimar la pretensión ejercitada pese a haber otros trabajadores en circunstancias similares a las de la actora, sobre todo doña R.R., respecto de la que afirma no poder asegurar que su situación sea exactamente igual a la de la actora, refiriendo a la actora la prueba cuando le correspondía a la empresa de acuerdo con la doctrina jurisprudencial antes reseñada, que parte de estimar “en los casos como el presente, en los que el contrato de trabajo establece esa cláusula de rendimiento mínimo, se está en presencia de un rendimiento pactado, de manera que si el empresario pretendiera despedir de manera disciplinariamente procedente al trabajador tendría que acreditar no solo el elemento básico de esa disminución pactada, sino que la misma se había producido de manera continuada y voluntaria, lo cual exigiría a la empresa un despliegue de medios probatorios que llevasen a la convicción del juzgador la realidad de tal conducta”, y sin referencia alguna a la existencia o no de otros factores de comparación homogénea o de incidencia en el descenso del número de ventas que tuvieran relación con esas cifras de ventas inferiores a las pactadas, como la propia voluntad de comprador, la situación del mercado, los precios ofertados, la competencia de otras compañías o la crisis económica, circunstancias tenidas en cuenta por la doctrina jurisprudencial antes anotada, concluimos que la sentencia de instancia ha incurrido en la infracción denunciada del artículo 49.1.b) del Estatuto de los Trabajadores, al haberse producido la decisión extintiva del contrato en abuso manifiesto de derecho y contrariando los principios de la buena fe, en el sentido jurisprudencial antes expresado, abonando esta conclusión además que el propio Convenio Colectivo de aplicación prevea como falta grave la disminución del rendimiento normal en el trabajo de manera no repetida (artículo 49.2. I) del Convenio Colectivo de Gestión y Mediación Inmobiliaria), reservando la calificación de muy grave para la disminución voluntaria y continuada en el rendimiento del trabajo normal o pactado, tal y como también se indica en el artículo 54.2.e) del TR de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, que en razón a todas las circunstancias expresadas entendemos no concurre en la recurrente, y que el

propio Convenio de referencia defina al Comercial (criterios generales) como "Personas físicas que contratadas en una agencia o empresa de intermediación inmobiliaria registrada, poseen el dominio de diversas técnicas y ejecutan con autonomía e iniciativa bajo dependencia de un superior, servicios de captación, comercialización de productos inmobiliarios, compra o alquiler de inmuebles, en contacto directo con los clientes, o a través de distintos canales de comercialización", con lo que no parece que dependa del Comercial exclusivamente la realización de operaciones de tráfico inmobiliario.

**SEGUNDO.- 1.** Corolario de todo lo razonado será la estimación del recurso interpuesto, y con revocación de la sentencia impugnada dar lugar a la pretensión ejercitada, declarando la improcedencia del despido enjuiciado. Sin costas, ante el signo revocatorio del fallo (artículo 235.1 de la LJS).

**2.** Para la fijación de la correspondiente indemnización (artículo 56.1 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, en relación con la Disposición Transitoria Undécima del T.R. de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, que reitera refundiendo lo indicado ya por la Disposición Transitoria quinta.2 de la Ley 3/2012, de 6 de julio), y atendiendo al salario diario de 30,70€, tendremos

- Primer plazo. Hasta el 11-2-2012-- Sueldo diario x meses x 3,75: .....	1496,62
- Segundo plazo. Desde el 12-2-2012 -- Sueldo diario x meses x 2,75: .....	4474,52
- TOTAL: .....	5971,15

## FALLO

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de D<sup>a</sup>. C.B.R. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 9 de Valencia el día 4 de diciembre de 2017 en proceso de despido seguido a su instancia contra A.I.R., S.A., y con revocación de la expresada sentencia y estimación de la pretensión ejercitada declaramos la improcedencia del despido producido en 24 de junio de 2016, condenando a A.I.R., S.A. a estar y pasar por tal declaración y a que a su opción que deberá ejercitar en el plazo de cinco días desde que la presente le sea notificada, readmita a la actora en su puesto de trabajo en las mismas condiciones que regían antes de producirse el despido o le abone, una indemnización de 5971,15€, así como al pago de salarios de tramitación por importe diario de 112,40€ en caso de opción por la readmisión.

Sin costas.

## 2358

**Sentencia núm. 1.130 de 10 de abril de 2018**

**Materia: Conflicto colectivo. Derecho al disfrute de liberación sindical. Acuerdo con las federaciones de transporte de los sindicatos demandantes. Transporte metropolitano de Valencia. Entrada en vigor nueva normativa. Efectividad acuerdo.**

**Juzgado: Estima la demanda formulada por los sindicatos demandantes, reconociéndoles el derecho a seguir disfrutando de la liberación sindical para uno de los afiliados de dichos sindicatos según acuerdo alcanzado en determinada fecha.**

**Sala: Estima el recurso y revoca la sentencia de instancia. La causa del acuerdo alcanzado en virtud del cual se procedió a designar a dos liberados sindicales desapareció desde la aprobación de la Ley 9/2000, de 23 de noviembre de 2000, suprimiéndose la necesidad de nombrar a dos representantes sindicales, perdiendo toda eficacia el acuerdo pactado entre las partes.**

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

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Frente a la sentencia dictada el 27 de diciembre de 2016 por el Juzgado de lo Social número 10 de Valencia por la que se estimaba la demanda interpuesta por los sindicatos CCOO-PV y UGT-PV frente a la Empresa Municipal de Transportes de Valencia, recurre en suplicación esta última, impugnando su recurso ambas representaciones sindicales.

**SEGUNDO.-** Los motivos primero y segundo se encuentran redactados al amparo del apartado b) del art. 193 LRJS, realizándose las siguientes peticiones:

1.- Al motivo primero, se pide sea modificada la redacción del hecho probado primero, interesando que se dé una nueva del siguiente tenor:

*“Como consecuencia de la constitución de la Comisión del Plan de Servicios de Transporte metropolitano prevista por la Ley 1/1991, que estaría integrada entre otros por dos representantes de los Sindicatos con mayor implantación en la Comunidad Autónoma, condición que recaía en las centrales sindicales CCOO y UGT, y a pesar de su derogación por Ley 9/2000, 23 de noviembre, de Constitución de la Entidad Pública de Transporte Metropolitano de Valencia, dichas Centrales Sindicales han venido disfrutando de la liberación sindical de dos trabajadores sin justificación ni contraprestación, hasta que en el año 2012 les fue comunicada por la Empresa la cancelación de dicha liberación y que debían incorporarse a su puesto de trabajo con fecha de efectos 30 de enero de 2012”.*

La propuesta que se hace a la Sala no puede ser estimada, pues lo que se pretende por la recurrente es introducir en el relato fáctico una serie de consideraciones que afectan al acuerdo suscrito y sus consecuencias que no se derivan de la única documental indicada (Sentencia Juzgado de lo Social número 6 de Valencia de 29-1-2004) y que además, predeterminarían el fallo de la resolución, siendo meras conclusiones de parte que no pueden tener cabida en la relación de hechos probados de la sentencia de instancia.

2.- En el motivo segundo, se interesa la modificación del ordinal segundo por entender que se ha producido una errónea valoración de la prueba. Se propone como texto alternativo el siguiente:

*“En el año 2000, en aplicación de la Ley 9/2000, de 23 de Noviembre, de Constitución de la Entidad Pública de Transporte Metropolitano de Valencia, se creó la Entidad Pública de Transporte Metropolitano de Valencia. Su art. 4.f) otorgó a esta Entidad Pública todas las competencias que tenía atribuidas la Comisión del plan de servicios de transporte metropolitano que había creado la Ley 1/1991 antes citada. En esta Ley no se hace ninguna referencia a la existencia de dicha Comisión, ni a que debieran estar presentes los representantes de los Sindicatos en la misma, desapareciendo cualquier referencia a la representación sindical. Es más, en su art. 5 se establece claramente que “los órganos rectores de la entidad son el Consejo de Administración y el Director” y en el art. 6, cuando establece la composición del Consejo de Administración no se hace ninguna referencia a que haya representantes de los Sindicatos, únicamente se incluye entre sus componentes, y en relación a la EMT, a su Gerente.*

*Esta Ley fue a su vez modificada por la Ley 12/2009, de 23 de diciembre, de medidas fiscales, de gestión administrativa y financiera y de organización de la Generalitat, que cambia la denominación a Agencia Valenciana de Movilidad Metropolitana, y mantiene la composición del Consejo de Administración si ningún tipo de representación sindical.*

*No ha quedado acreditado que hayan asistido los representantes sindicales a la Entidad Pública de Transporte Metropolitano de Valencia, y después a la Agencia Valenciana de Movilidad”.*

Tampoco podemos acceder a esta petición, pues la recurrente no propone la redacción de hechos, sino la incorporación del contenido de normas jurídicas y la interpretación que de las mismas lleva a cabo, alcanzado conclusiones que serían favorables a sus intereses y que no pueden ser estimadas.

**TERCERO.-** Los motivos tercero y cuarto se redactan al amparo del apartado c) del art. 193 LRJS, y en virtud de los mismos, se pretende revisar el derecho aplicado en la resolución de instancia. Por su estrecha relación con el fondo del asunto, así como por el hecho de que ambos tienen la misma finalidad, esto es, revocar el pronunciamiento estimatorio de la sentencia dictada por el Juzgado, serán examinados conjuntamente en el presente fundamento de derecho.

1.- En el motivo tercero se denuncia la infracción de los arts. 1261, 1272 1275 y 1276 CC. Sostiene el recurrente en primer término que el acuerdo firmado el 5-5-92 es totalmente nulo pues concurre en el mismo falsedad en su fecha y ser inexistente la relación jurídica que se crea al amparo del mismo.

Con carácter subsidiario plantea que, de darse validez a dicho acuerdo, aquél tuvo su apoyo en la Ley 1/1991 de suerte que desde su derogación por la Ley 9/2000 de 23 de noviembre, y tras la supresión de la comisión del Plan de Servicios de Transporte Metropolitano, ya no se hace referencia alguna a la representación sindical de la Entidad Pública de Transporte Metropolitano de Valencia, perdiendo por tanto toda eficacia el acuerdo firmado.

Por ello, la desaparición sobrevenida de la causa de dicho pacto comporta que el mismo no pueda tener vigencia, desvaneciéndose la causa del negocio y por ende, la justificación de la existencia de dos liberados sindicales.

2.- En el motivo cuarto, se denuncia la infracción del art. 10 del RD Ley 20/2012, de 13 de julio cuyo tenor establece que, a partir de la entrada en vigor de dicho decreto, dejarían de tener validez y surtir efectos, todos los Pactos, Acuerdos y Convenios Colectivos que en materia de tiempo retribuido para ejercer funciones sindicales se hubieran podido suscribir y que excediesen del contenido de la propia norma.

En ello se basa para afirmar que se ha disfrutado de una liberación sindical concedida de manera graciosa e injustificada por parte de la empresa demandada, debiendo tenerse en cuenta que dicha entidad es una empresa pública, cuyo socio único es el Ayuntamiento, debiendo observarse con el máximo rigor posible la legalidad vigente.

Por todo ello, se solicita sea revocada la sentencia de instancia, desestimándose la demanda en todos sus extremos.

Los hechos que debemos valorar para resolver la controversia que se nos plantea, se plasman por el Juzgador a quo en su resolución, constando lo siguientes datos:

1º.- A raíz de la aprobación de la Ley 1/91 que preveía la constitución de la Comisión del Plan de Servicios de Transporte Metropolitano, que estaría integrada entre otros por dos representantes de los sindicatos con mayor implantación en la Comunidad Autónoma, condición que recaía en UGT y CCOO, en fecha 5-5-92 la empresa suscribió un acuerdo con las federaciones sindicales en virtud del cual, EMT concedería una liberación sindical permanente a un afiliado para cada una de las organizaciones sindicales citadas, indicando que los citados derechos sindicales quedarían garantizados al margen de lo que pudiera establecerse en el convenio colectivo.

2º.- En el año 2000 se crea la Agencia Valenciana de Movilidad Metropolitana, suprimiéndose la Comisión del Plan de Servicios de Transporte Metropolitano. Sin embargo, continuó funcionando una Mesa de Movilidad Sostenible para organizar el transporte metropolitano de Valencia en la que estaban presentes los representantes de los sindicatos.

3º.- El 24-1-12 la empresa notificó a los sindicatos demandantes que dejaba sin efecto la concesión y reconocimiento del liberado sindical, ordenando la reincorporación de los liberados sindicales a sus puestos de trabajo con efectos 30-1-12, amprándose en la atribución de competencias en materia de servicio de transporte metropolitano a la Agencia Valenciana de Movilidad Metropolitana desde la fecha de su creación en el año 2000, así como en la delicada situación por la que atravesaba la sociedad en general.

El Juez de instancia, atendiendo a los hechos indicados, estimó la demanda, declarando el derecho a que fuesen mantenidos los dos liberados sindicales de las organizaciones antedichas, con base en dos argumentos: el primero, que la supresión de la Comisión se produjo en el año 2000, no comunicándose a los sindicatos la supresión de los liberados sindicales hasta el año 2012, por lo que no entiende justificada la decisión empresarial de supresión de los liberados, al concederse los mismos con carácter permanente; el segundo, que existe un organismo similar, la mesa de movilidad sostenible, al que siguen acudiendo los liberados sindicales; y tercero, que la situación económica que atraviesa la empresa no puede amparar, si no va seguida de un nuevo cambio normativo o de un nuevo acuerdo, la decisión empresarial.

La Sala, atendiendo a dichos argumentos y los expuestos en el recurso ha decidido revocar la resolución de instancia, no sin antes indicar que no pueden

estimarse los argumentos relativos a la nulidad del acuerdo por su falsedad, cuando consta expresamente que el mismo ha estado vigente y se ha venido aplicando en la empresa sin ser impugnado.

La Ley 1/1994, de 14 de febrero, de Ordenación del Transporte Metropolitano de Valencia, preveía en su art. 9 la regulación de la Comisión del Plan de Transporte Metropolitano de Valencia, siendo el órgano a través del cual se canalizaba el ejercicio de las potestades de planificación, ordenación y coordinación de las Administraciones públicas titulares de los servicios de interés metropolitano. Entre sus funciones, descritas en dicho precepto, se hallaban la elaboración y propuesta de aprobación del plan de servicios de transporte metropolitano y sus modificaciones; medidas de reestructuración de la oferta y coordinación tarifaria y otras de similar naturaleza, proponer fórmulas de colaboración entre las Administraciones Públicas y con las empresas explotadoras para la coordinación de los servicios...etc.

El art. 10 preveía la composición de dicha Comisión, entre los que figuraban el Presidente, un Vicepresidente y varios vocales, estando entre ellos dos representantes de los Sindicatos con mayor implantación de la Comunidad Autónoma, en la forma que reglamentariamente se determinase.

Consecuencia de la creación de dicha Comisión, y de la presencia que necesariamente debían tener esos representantes sindicales, el acuerdo alcanzado entre la empresa demandada y los sindicatos CCOO y UGT preveía la liberación sindical permanente a un afiliado, para cada una de las organizaciones sindicales firmantes del Acuerdo, o su equivalente en número de horas sindicales.

Este acuerdo fue respetado hasta el año 2012, pero no puede obviarse, como así apunta el recurrente, que en el año 2000 fue aprobada la Ley 9/2000, de 23 de noviembre, cuyo objeto era la creación de la Entidad Pública de Transporte Metropolitano de Valencia y la regulación de su estructura y funciones (art. 1).

Dicha Entidad tenía entre otras competencias "*las atribuidas a la Comisión del Plan de Transporte Metropolitano del Área de Valencia en la Ley 1/1991, de 14 de febrero, de la Generalitat Valenciana, de Ordenación del Transporte Metropolitano del Área de Valencia*" [art. 4 f)], y estaba compuesta por el Consejo de Administración, en el que se incluían al presidente, dos vicepresidentes y varios consejeros y representantes, entre los que no se encontraban los de los sindicatos con mayor implantación en la Comunidad Autónoma, como ocurría en la Comisión del Plan de Transporte Metropolitano del Área de Valencia.

Si ello es así, como bien indica la empresa recurrente, la causa del acuerdo alcanzado en virtud del cual se procedió a designar a dos liberados sindicales, desapareció desde la aprobación de la citada norma. A dicha conclusión no obsta que la empresa continuara aplicando durante doce años el acuerdo alcanzado, pues su continuidad en el tiempo, al margen de la normativa expuesta, no puede justificar su mantenimiento.

Es más, por el Juez a quo se dice que siguió funcionando con posterioridad, la denominada Mesa de Movilidad Sostenible, órgano que parece equiparar a la Comisión. Pero ello no puede estimarse así, pues aquélla, creada como un órgano de participación y debate ciudadano, en nada se asemeja al órgano que propició el acuerdo alcanzado en el año 1992, no pudiendo asemejarse ni su composición, ni sus atribuciones.

Es más, se dice por el Magistrado que en dicha Mesa participan también las centrales sindicales demandantes, sin liberación sindical, lo que no obsta para que dicha participación se siga manteniendo. Pero no se justifica la subsistencia de las

condiciones de liberación de horas sindicales cuando el órgano que sustituyó a la Comisión ni siquiera prevé que en su composición estén presentes dos representantes de las organizaciones sindicales más representativas, desapareciendo la motivación del acuerdo alcanzado.

Por todo ello, el motivo tercero de recurso debe ser estimado, revocándose por ende la resolución de instancia. En relación al motivo cuarto de recurso, si bien la norma que se dice infringida no se encontraba en vigor a la fecha en que fue comunicada la pérdida de vigencia del acuerdo y sus consecuencias, lo cierto es que su toma en consideración no haría sino reforzar nuestra argumentación, pues a la entrada en vigor del RD Ley 20/2012, conforme a su exposición de motivos, sería inviable mantener los liberados sindicales que ahora son objeto del presente procedimiento, al quedar limitados expresamente a los previstos por la normativa laboral.

**CUARTO.- 1.-** Procede la devolución del depósito constituido para recurrir, ex art. 203.1 LRJS.

**2.-** No procede la imposición de costas, al no existir parte vencida en el recurso (art. 235.1 LRJS).

En virtud de lo expuesto,

### **FALLAMOS**

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de la EMPRESA MUNICIPAL DE TRANSPORTES DE VALENCIA S.A.U (EMT) frente a la sentencia dictada el 27 de diciembre de 2016 por el Juzgado de lo Social número 10 de Valencia, en autos número 357/2013 seguidos a instancia de la FEDERACIÓN DE TRANSPORTES, COMUNICACIONES Y MAR DE LA UNIÓN GENERAL DE TRABAJADORES (F.T.C.M-U.G.T) y de la CONFEDERACIÓN SINDICAL DE COMISIONES OBRERAS DEL PAÍS VALENCIANO (CCOO-PV) frente a la precitada recurrente; y con revocación de la precitada resolución, y desestimación de la demanda en la instancia, absolvemos a la empresa demandada de todos los pedimentos de la demanda.

Sin imposición de costas.

Procede la devolución del depósito constituido para recurrir.

## 2359

**Sentencia núm. 1.135, de 10 de abril de 2018**

**Materia: Modificación sustancial condiciones de trabajo. Trabajadora al servicio de empresa dedicada a la actividad de la hostelería. La actora tiene un contrato indefinido a jornada parcial. Traslado de la trabajadora a otro centro con motivo de la migración del restaurante a un nuevo sistema de servicio, debiéndose reforzar el área de atención al cliente en el nuevo establecimiento. La actora argumenta represalias en el cambio de puesto de trabajo. Previamente, la empresa había sido demandada por la trabajadora, fallándose la reincorporación de ésta al centro en el que prestaba sus servicios.**

**Juzgado: Desestima la demanda, absolviendo a la demandada de las peticiones deducidas de contrario. La decisión empresarial resulta ajustada a derecho.**

**Sala: Desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia. El cambio obedece a causas organizativas de la empresa. Se ha producido una modificación accidental de las condiciones de trabajo, obedeciendo el traslado a necesidades y potestades organizativas de la empresa. No hay modificación geográfica al no requerirse cambio de domicilio.**

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

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** D<sup>a</sup>. A.A.G. interpone en su día demanda contra la empresa R.M. SAU sobre MODIFICACIÓN SUSTANCIAL DE LAS CONDICIONES DE TRABAJO, solicitando se declare nula o en su caso injustificada la decisión empresarial condenando a la demandada a reponer a la trabajadora en las condiciones de trabajo anteriores a la decisión injustificada y al abono de los daños y perjuicios que la decisión hubiera podido ocasionar durante el tiempo en que ha producido efectos, así como al abono de una indemnización por la lesión del derecho fundamental del artículo 24 CE de 3.000 euros.

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 dicte nueva resolución por la que se anule la recurrida y resolviendo sobre el fondo declare que el traslado lo ha sido como represalia y condene a la empresa, ex artículo 182-1 d) LRJS a que restablezca a la demandante en la integridad de su derecho y a la reposición de la situación al momento anterior a producirse la lesión del derecho fundamental ya tenor del artículo 183 LRJS se le indemnice con los exiguos 3.000 euros solicitados o en su caso se declare la nulidad de la Sentencia de instancia por falta de motivación, defecto de hechos probados e incongruencia omisiva de la misma. La parte demandada por su parte impugna el recurso.

**SEGUNDO.-** Para ello la parte recurrente articula su recurso a través de tres motivos, el primero de ellos al amparo del apartado b) del artículo 193 LRJS a fin de obtener la revisión de los hechos probados, el segundo al amparo del apartado c) del citado artículo teniendo por objeto examinar las infracciones de normas sustantivas o de la Jurisprudencia y finalmente formula un tercer motivo de recurso en que no señala en qué apartado del artículo 193 LRJS lo encuadra pues ni siquiera cita este precepto y en el que señala que “ al tratarse la declaración de la empresa y la testifical de pruebas que no pueden acceder a la modificación de hechos que establece la ley,

pero siendo hechos que la Sentencia debería haber estimado por ser necesarios...”, cita a continuación dos Sentencia de la Sala en las que se indica que el Juzgador debe reflejar en su Sentencia no sólo los hechos precisos para su propio fallo sino también los imprescindibles para resolver los recursos extraordinarios y con amparo en las mismas señala que “razones de orden público obligan a declarar la nulidad de la Sentencia de instancia por falta de motivación, defecto de hechos probados e incongruencia omisiva de la misma”, y que salvo que se admita la declaración de la empresa y la testifical y por tanto se estime la demanda se debe anular la Sentencia a fin de que se reflejen todos los hechos, no sólo los necesarios para el fallo sino para poder resolver los recursos extraordinarios.

Pese al orden que establece el escrito de recurso, por razones lógicas debemos entrar a resolver primero este tercer motivo pues al instarse la nulidad de la Sentencia parece que está alegando la infracción de normas procesales, y así un motivo de los recogidos en el apartado a) del artículo 193 LRJS, aunque nada mencione al respecto. Aun siendo flexibles con los requisitos que deben observarse a la hora de redactar del recurso de suplicación y podamos entender que se está articulando uno de dichos motivos del apartado a) del artículo 193 LRJS, el mismo debe ser desestimado. En este sentido dispone el artículo 193 a) [Ley Reguladora de la Jurisdicción Social \(RCL 2011, 1845\)](#) que “El recurso de suplicación tendrá por objeto: a) *Reponer los autos al estado en que se encontraban en el momento de cometerse una infracción de normas o garantías del procedimiento que haya producido indefensión.*” En consonancia con lo anterior, el artículo 196.2 Ley Reguladora de la Jurisdicción Social establece que “*En el escrito de interposición del recurso, junto con las alegaciones sobre su procedencia y sobre el cumplimiento de los requisitos exigidos, se expresarán con suficiente precisión y claridad, el motivo o los motivos en que se ampare, citándose las normas del ordenamiento jurídico o la jurisprudencia que se consideren infringidas. En todo caso se razonará la pertinencia y fundamentación de los motivos.*”. De modo que para el éxito del recurso de suplicación por quebrantamiento de forma contemplado en el art. 193.a) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, la doctrina (recaída con relación al artículo 191 a) [Ley de Procedimiento Laboral \(RCL 1995, 1144 y 1563\)](#), de igual formulación al actual 193 a) Ley Reguladora de la Jurisdicción Social ) viene exigiendo la concurrencia de los siguientes requisitos:

1º) Que en el procedimiento de instancia se haya infringido una norma procesal o una de las garantías procesales explícitas en la [Constitución \(RCL 1978, 2836\)](#), pero no basta con que el órgano judicial haya incurrido en una irregularidad formal, sino que es además necesario, que tal infracción determine la indefensión del afectado ( [STC 158/1989 \(RTC 1989, 158\)](#) y [124/1994 \(RTC 1994, 124\)](#)).

2º) Que la indefensión consiste en un impedimento del derecho a alegar y demostrar en el proceso los propios derechos y, en su manifestación más trascendente, es la situación en que se impide a una parte, por el órgano judicial en el curso del proceso el ejercicio del derecho de defensa, privándola de ejercitar su potestad de alegar y, en su caso justificar sus derechos e intereses para que le sean reconocidos o para replicar dialécticamente las posiciones contrarias en el ejercicio del indispensable principio de contradicción ( [STC 89/1986 \(RTC 1986, 89\)](#)).

3º) Que se cite por el recurrente la norma o garantía cuya infracción se denuncia (STs [23 noviembre 1988 \(RJ 1988, 8866\)](#) y [6 junio 1990 \(RJ 1990, 5022\)](#) ).

4º) Que el defecto procesal sea invocado, por la parte que, sin haberlo provocado, haya resultado perjudicada por el mismo ( [Ss TC 159/1988 \(RTC 1988, 159\)](#) y [48/1990 \(RTC 1990, 48\)](#) ).

5º) Que se haya formulado protesta en tiempo y forma.

En el presente caso en el motivo tercero, la parte recurrente pese a instar la nulidad de la Sentencia si no se estima la petición de su demanda, no cita la norma procesal infringida que como establece una general y constante jurisprudencia es requisito indispensable para que prospere un motivo de nulidad al amparo del artículo 193.a) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, no citando ni tan siquiera

el artículo 24 CE que en todo caso señala la Jurisprudencia no se satisface con la cita de un precepto como el artículo 24 de la Constitución Española, que ciertamente es fundamento, principio e inspiración del sistema procesal, pero que por tal razón es de índole genérica y carece del estricto carácter procesal o adjetivo que se precisa concorra en la norma infringida. Lo que se desprende del citado motivo tercero es que la parte recurrente discrepa de la valoración de la prueba realizada por el Juzgador a quo, en concreto de la valoración de la prueba testifical y de interrogatorio de la empresa y lo que pretende es que se lleve a cabo una nueva valoración conforme a lo que se recoge en el motivo segundo del recurso y si no se hace así por la Sala entiende debe realizarse una nueva Sentencia por el Juzgado de Instancia en la que se lleve a cabo esa valoración, cuando sin embargo la citada Sentencia ha valorado tales testificales y declaración de la empresa como así lo expresa al final de cada uno de los hechos probados, haciéndolo con arreglo a las reglas de la sana crítica, siendo tal valoración la que debe prevalecer frente a la más subjetiva de la parte recurrente salvo que acredite que tal valoración no se ha ajustado a tales reglas. No se cumplen así los requisitos en orden a la formulación de un motivo de los recogidos en el apartado a) del artículo 193 LRJS y ello ya llevaría a desestimar dicho motivo de recurso. En todo caso, si bien es cierto que existe una clara doctrina constitucional, como por ejemplo, la contenida en la sentencia 278/06, que señala que el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión ([artículo 24.1](#) de la Constitución Española) incluye el derecho a obtener de los órganos judiciales una respuesta razonable, motivada, fundada en Derecho y congruente con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes durante la substanciación del proceso ([SSTC 186/2001 \(RTC 2001, 186\)](#) y [264/2005 \(RTC 2005, 264\)](#)). En particular la congruencia de las resoluciones judiciales, - [STC 20/1982 \(RTC 1982, 20\)](#) -, se mide por el ajuste o adecuación entre lo resuelto y los términos en que las partes han formulado sus pretensiones y peticiones, de manera tal que no puede la sentencia otorgar más de lo que se hubiera pedido en la demanda, ni menos de lo que hubiera sido admitido por el demandado, ni otorgar otra cosa diferente, que no hubiera sido pretendida y que como indica la [Sentencia del Tribunal Constitucional 14/1.991, de 28 de enero \(RTC 1991, 14\)](#): "La obligación de motivar las Sentencias que el [art. 120.3](#) CE impone a los órganos judiciales, puesta en conexión con el derecho a la tutela judicial protegido por el art. 24.1 de la propia CE, conduce a integrar en el contenido de esta garantía constitucional el derecho del justiciable a conocer las razones de las decisiones judiciales y, por tanto, del enlace de las mismas con la Ley y el sistema general de fuentes, de la cual son aplicación. La motivación de las Sentencias es, por consiguiente, una consecuencia necesaria de la propia función judicial y de su vinculación a la ley y el derecho constitucional del justiciable a exigirla, encuentra su fundamento, por otro lado coincidente con el interés general de la comunidad, en que el conocimiento de las razones que conducen al órgano judicial a adoptar sus decisiones constituye instrumento, igualmente necesario, para contrastar su razonabilidad a los efectos de ejercitar los recursos judiciales que proceden y, en último término, a oponerse a decisiones arbitrarias que resulten lesivas del derecho a la tutela judicial efectiva que reconoce la CE, lo cierto es que el recurso se limita sin más a alegar un defecto de motivación, de incongruencia y de insuficiencia de hechos probados que no aclara en forma alguna en qué consiste y que se centra únicamente en esa diferente valoración de la prueba llevada a cabo por el Juzgador a quo frente a la más subjetiva que pretende la parte recurrente. La Sentencia resuelve sobre todas las pretensiones formuladas en la demanda, como se advierte de la mera lectura de los fundamentos de derecho segundo y tercero de la Sentencia, argumentando la razón por la que considera que la decisión de la demandada no constituye una represalia frente a la trabajadora y que además viene amparada en el poder organizativo de la empresa, de manera que se motiva de forma suficiente y adecuada la decisión alcanzada en el fallo, partiendo de los hechos que conforme a la prueba practicada, se han declarado probados, y en modo alguno concurre causa alguna para decretar la nulidad de la Sentencia interesada en ese último motivo, por lo que en todo caso el mismo debe ser íntegramente desestimado.

**TERCERO.-** El primer motivo de recurso ya hemos señalado se destina a la revisión de los hechos declarados probados, solicitando así la inclusión de un nuevo hecho probado, el noveno, que debe tener la siguiente redacción: “9.- Desde el mes de octubre de 2016 hasta el 25 de abril de 2017 la empresa ha contratado a 31 trabajadores.” Se funda para ello en la vida laboral de la empresa obrante a los folios 74 al 84 de la empresa, que lo que recogen es la vida laboral de la empresa en los centros de trabajo que tiene en Valencia, no identificándose en qué centro de trabajo concreto se contrata a cada trabajador. Si bien en la referida vida laboral se aprecian nuevas contrataciones de trabajadores en el periodo indicado, no consta ni trata la parte actora de introducirlo vía revisión de hechos probados, los centros en los que se han ido contratando los trabajadores y además no se argumenta en forma alguna la trascendencia de tal revisión que como decimos se refiere a las contrataciones durante más de seis meses en todos los centros de la empresa en Valencia, para alterar el sentido del fallo. La doctrina judicial viene sosteniendo que los hechos declarados probados pueden ser objeto de revisión mediante este proceso extraordinario de impugnación (adicionarse, suprimiese o rectificarse), si concurren las siguientes circunstancias:

a) que se concrete con precisión y claridad el hecho que ha sido negado u omitido, en la resultancia fáctica que contenga la sentencia recurrida;

b) que tal hecho resalte, de forma clara, patente y directa de la prueba documental o pericial obrante en autos, sin necesidad de argumentaciones más o menos lógicas, puesto que concurriendo varias pruebas de tal naturaleza que ofrezcan conclusiones divergentes, o no coincidentes, han de prevalecer las conclusiones que el Juzgador ha elaborado apoyándose en tales pruebas;

c) que se ofrezca el texto concreto a figurar en la narración que se tilda de equivocada, bien sustituyendo alguno de sus puntos, bien completándola;

d) que tal hecho tenga trascendencia para llegar a la modificación del fallo recurrido, pues, aun en la hipótesis de haberse incurrido en error, si carece de virtualidad a dicho fin, no puede ser acogida. Como en este caso no se aclara la trascendencia de la revisión interesada pues nada se argumenta al respecto y las alegaciones formuladas en el segundo motivo de recurso señalando que de tal vida laboral se desprende que se contratan 15 empleados en cada uno de los dos centros en los que se implanta el nuevo sistema no tienen apoyo probatorio alguno pues ya hemos señalado que no se puede deducir de los documentos citados en qué centro se producen las contrataciones y tampoco la categoría de los trabajadores contratados para ver si es la misma que la de la trabajadora demandante, no podemos acceder a la revisión interesada.

**CUARTO.** – En el segundo motivo de recurso formulado al amparo del apartado c) del artículo 193 LRJS denuncia la parte actora la vulneración del artículo 96-1 LRJS en relación con el artículo 24 CE y asociado con ello la vulneración de los artículos 182-1 d) y 183 LRJS. La denuncia de tales preceptos hace referencia únicamente a la alegación de la demanda sobre la vulneración de los derechos fundamentales de la trabajadora, señalando al respecto la Sentencia recurrida como así lo reconoce el escrito de recurso, que la trabajadora ha apartado indicios bastantes de la existencia de la vulneración de la garantía de indemnidad desde el momento que consta que ante su negativa a aceptar un traslado a A. y tras su impugnación judicial la empresa lo dejó sin efecto y paralelamente dispuso su traslado a CC N.C.. Si bien se reconoce la existencia de tales indicios, señala la Juzgadora a quo, que los mismos han quedado desvirtuados por la acreditación de la concurrencia de la causa organizativa y productiva consistente en que en los Restaurantes de A. y CC N.C. de Valencia se implantó un nuevo sistema de servicio a mesas con instalación de paneles o kioscos de autopedido precisando en consecuencia mayor atención al cliente para darle a conocer el servicio, y además se argumenta que el nuevo centro de trabajo está más cerca del domicilio de la actora que aquel en el que venía antes prestando servicios. Frente a tales datos que extrae la Sentencia recurrida del relato de hechos

probados, en concreto los hechos probados 6 y 8, argumentando que a la vista de los mismos y conforme a lo previsto en el artículo 40 ET al no exigir el cambio de centro de trabajo cambio de residencia, el traslado debe reputarse amparado por el poder organizativo empresarial, la parte recurrente no denuncia la infracción de precepto sustantivo alguno en el que haya podido incurrir la Sentencia o bien Jurisprudencia que no haya sido debidamente aplicada en la misma, sino que lo que hace es proceder nuevamente a valorar la prueba practicada. De este modo procede a valorar la declaración de la Gerente de Valencia a partir de la cual extrae determinados hechos que recoge en tal motivo de recurso pero que no trata de introducir vía revisión de hechos probados y a partir de esos nuevos hechos que no constan en el relato fáctico concluye señalando que la medida de cambio de centro no estaba en modo alguno justificada y que estuvo motivada por una represalia. El recurso de Suplicación no tiene la naturaleza de la apelación ni de una segunda instancia, sino que resulta ser de naturaleza extraordinaria, casi casacional. Y ello se traduce, entre otras consecuencias, en que legalmente se imponga (art. 196 LRJS : "en todo caso se razonará la pertinencia y fundamentación de los motivos, citándose las normas del ordenamiento jurídico o la jurisprudencia que se consideren infringidas") la necesidad de denunciar y razonar adecuadamente la infracción de una específica disposición legal, por cuanto que la parte dispositiva de la sentencia que se recurre -exclusivo objeto final del recurso de Suplicación- únicamente es rectificable en virtud de una apreciada infracción normativa que previamente se hubiese señalado y argumentado, siendo constante la doctrina jurisprudencial que afirma que la falta de una correcta denuncia de vulneración de disposiciones legales o Jurisprudencia, determinan que el recurso devenga estéril y deba ser desestimado. En este caso como hemos señalado sólo se citan preceptos referidos a la alegación de la vulneración de los derechos fundamentales, habiendo aplicado sin embargo la Sentencia de forma correcta tales preceptos pues de hecho aprecia al amparo del artículo 96 LRJS la existencia de indicios de la vulneración de los derechos fundamentales, si bien partiendo del contenido del artículo 40 ET y de los hechos acreditados reflejados en el relato fáctico considera que tales indicios han quedado desvirtuados, y no cita el escrito de recurso precepto alguno de carácter sustantivo en relación a tal traslado de centro de trabajo que pudiera haber sido infringido por la sentencia recurrida y que pueda llevar a entender que los referidos indicios no han quedado en modo alguno justificados. No se ajusta así el escrito de recurso a los requisitos que deben observarse en este recurso de carácter extraordinario y además procede a valorar la prueba practicada tratando de combatir los extremos recogidos en el relato fáctico de la sentencia olvidando así que como viene señalando la Jurisprudencia no hay indefensión en el hecho de que el juez de instancia otorgue diferente valor a las pruebas practicadas cuando, la carga de la prueba de los hechos corresponde a las partes, mientras que al Juez corresponde la determinación de los hechos probados, decidiendo "en conciencia y mediante una valoración conjunta", pues es doctrina constante del Tribunal Supremo (entre otras, la STS 17 de Diciembre de 1990 ), así como del Tribunal Constitucional (sentencia 81/88 de 28 de abril) la de que 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, pues no sólo abarca a los que enumera la Ley de Enjuiciamiento Civil, sino también el comportamiento de las partes en el transcurso del proceso e incluso sus omisiones) 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 LRJS. Ello implica, atendiendo a la especial naturaleza del Recurso de Suplicación, que el Tribunal Superior no puede efectuar una nueva ponderación de la prueba sino realizar un control de la legalidad de la Sentencia recurrida en la medida que le sea pedido y sólo de excepcional manera puede hacer uso de la facultad de revisar las conclusiones fácticas con base en concreto documento auténtico o prueba pericial que obrante en autos patentice de manera clara, evidente y directa, de forma

contundente e incuestionable y sin necesidad de acudir a hipótesis, conjeturas, suposiciones o argumentaciones más o menos lógicas, naturales o razonables, el error de aquel juzgador cuya facultad de apreciación no puede ser desvirtuada por valoraciones distintas o conclusiones diversas de parte interesada. En concreto, en lo que afecta a la prueba testifical que es la que sustancialmente procede a valorar la parte recurrente, ha de destacarse que estamos ante un medio de prueba inhábil para revisar en suplicación por lo que tampoco ha de prosperar la valoración que de la misma realiza el Magistrado de instancia bajo la alegación de un error de derecho, salvo que los razonamientos que han llevado al juzgador a su conclusión fáctica, carezcan de la exigible lógica, por no haberse ajustado la valoración de la prueba a la sana crítica que señala el art. 326 LEC y en el caso de autos no se aprecia tal valoración irracional. Ante la defectuosa construcción de este motivo de recurso y constando que como indica la Sentencia recurrida la empresa aportó datos objetivos que justificaban de sí existían razones organizativas que amparaban la decisión de cambio de centro de trabajo adoptada más allá del propósito de la empresa de vulnerar los derechos fundamentales de la trabajadora y que en todo caso no estamos ante un supuesto de movilidad geográfica pues el traslado de centro de trabajo no exige el cambio de residencia de la actora pues incluso el nuevo centro de trabajo está más cerca del domicilio de la actora que el centro en el que estaba adscrita antes de Enero del 2017 constado que incluso la actora ya había trabajado en otros periodos en dicho centro de trabajo en CC N.C. en la Calle X. de Valencia, obedeciendo por ello el traslado a las necesidades y potestades organizativas de la empresa, y que no se produce una modificación en las condiciones de trabajo de la demandante al pasar a trabajar a ese centro de N.C. pues sigue realizando horas complementarias, no advertimos infracción alguna en la que haya podido incurrir la Sentencia recurrida al así declararlo y debemos en consecuencia confirmar la resolución recurrida. La Sentencia del TS de 9 febrero 2010 (R. 1605/2009) al respecto señala: «c) *El traslado de centro de trabajo sin cambio de domicilio y respetando la categoría y funciones, se viene considerando por la reiterada jurisprudencia de esta Sala como una modificación accidental de las condiciones de trabajo y encuadrable dentro de la potestad organizativa del empresario. En este sentido, entre otras (SSTS/IV 19-diciembre-2002 -rcud 3369/2001 (RJ 2003, 2349), 18-marzo-2003 -rcud 1708/2002,16-abril-2003 -rcud 2257/2002, 19-abril-2004 -rcud 1968/2003, 14-octubre- 2004 -rcud 2464/2003, 18-diciembre-2007 -rcud 148/2006, 5-diciembre-2008 -rcud 1846/2007), la STS/IV 26-abril-2006 (rcud 2076/2005) (RJ 2006, 3105), concluye que "desde el momento en que la movilidad geográfica que disciplina aquel precepto -art. 40- exige cambio de residencia (Sentencias de 14/10/04-rcud 2464/03; 27/12/99 (RJ2000,2029) -rcud 2059/99 -; 8/09/90 -rec. 134/90 -; 05/06/90 recurso por infracción de ley-; 16/03/89 -recurso por infracción de ley-), hasta el punto de que tal supuesto se ha calificado de «elemento característico del supuesto de hecho del Art. 40.1 ET (RCL 1995, 997)» ( Sentencia de 12/02/90 (RJ 1990, 903) -recurso por infracción de ley-) y de que la movilidad geográfica haya de considerarse «débil o no sustancial» cuando no exige «el cambio de residencia que es inherente al supuesto previsto en el artículo 40 ET (RCL 1995, 997)»(Sentencias de 18/03/03 (RJ 2003, 3650) -rcud 1708/02 -; 16/04/03 (RJ 2003, 4531) -RCUD 2257/02 -; 27/12/99 -rec. 2059/1999 (RJ 2000, 2029) -)», con ello resulta obligado colegir que "los supuestos de movilidad que no impliquen aquel cambio [bien de forma permanente, en el traslado; bien de forma temporal, en el desplazamiento] están amparados por el ordinario poder de dirección del empresario reglado en los arts. 5.1.c) y 20 ET (RCL 1995, 997), no estando sujetos a procedimiento o justificación algunos, a excepción del preceptivo informe del Comité de Empresa [art. 64.1.4º b) ET (RCL 1995, 997), para el supuesto de traslado -total o parcial- de las instalaciones]". E incluso se afirma que aunque hipotéticamente tales cambios pretendieran encuadrarse como un supuesto de movilidad funcional, la conclusión sería la misma, argumentando que "Así, en la Sentencia de 27/12/99 - rec. 2059/1999 (RJ 2000, 2029) - se decía: «Como quiera que existe un espacio de movilidad sin regulación legal, ya que el art. 39 del ET (RCL 1995, 997) sólo disciplina los supuestos de movilidad funcional y el art. 40 los de*

*movilidad geográfica que exigen el cambio de residencia, algún sector de la doctrina científica, ha optado por incluir los cambios de puesto de trabajo desde un centro a otro sito en la misma localidad, como supuestos de movilidad funcional. Pues bien, tanto si se extiende dicha calificación de movilidad funcional [a los citados cambios de centro], como si califica a éstos, más propiamente, como casos de movilidad geográfica lato sensu, débil, o no sustancial por no llevar aparejado el cambio de residencia, es lo cierto que, en cualquier caso, quedan excluidos del art. 40 [ET \(RCL 1995, 997\)](#) en-origen estilo-fuente="cursiva" y deben ser incardinados en la esfera del ius variandi del empresario» (en el mismo sentido, considerando tales supuestos como expresión del poder de dirección, también la [STS 19/12/02 \(RJ 2003, 2349\)](#) -rec. 3369/01-). Poder empresarial, añadimos ahora, que hemos de entender -con autorizada doctrina- como «ius variandi» común, en tanto que facultad de especificación de la prestación laboral y de introducir en ella modificaciones accidentales, frente al especial que supone acordar las modificaciones sustanciales a que se refiere el art. 41 [ET \(RCL 1995, 997\)](#)". Como analiza dicha sentencia nos encontramos ante una modificación accidental propia del ius variandi del empresario y como además no se produce de forma arbitraria o irracional sino que se ampara en una causa organizativa que se explicita en la comunicación de cambio de centro de trabajo, estimamos con la Sentencia recurrida que se han desvirtuado los posibles indicios de vulneración de los derechos fundamentales de la trabajadora y tras desestimar el recurso formulado debemos confirmar la Sentencia de instancia.*

**QUINTO.-** De conformidad con lo previsto en el artículo 235 LRJS dada la condición del recurrente de beneficiario del derecho a la asistencia jurídica gratuita, no procede la imposición de costas.

Por ello;

VISTOS los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

### **FALLAMOS**

Que desestimando el recurso de suplicación interpuesto por D<sup>a</sup>. A.A.G. contra la sentencia de fecha uno de Junio de 2017 dictada por el Juzgado de lo Social número 5 de los de Valencia en autos 127/2017 seguidos sobre MOVILIDAD GEOGRÁFICA a instancias de la recurrente frente a la empresa R.M. SAU confirmamos la Sentencia recurrida en su integridad.

Sin costas.

## 2360

**Sentencia núm. 1.138, de 10 de abril de 2018**

**Materia: Despido. Trabajadora al servicio de organización internacional que presta servicios para la misma en virtud de tres contratos sucesivos celebrados con diferentes empresas de trabajo temporal. La trabajadora es despedida por razones productivas (cierre del centro de trabajo). Cesión ilegal de trabajadores. Falta de jurisdicción de organismo de instancia respecto al organismo internacional.**

**Juzgado: Estima la excepción de falta de jurisdiccional internacional respecto del organismo internacional y estima la demanda declarando nulo el despido de la trabajadora, condenando a la mercantil demandada a readmitir a la trabajadora y el abono solidario de las cuatro empresas codemandadas de los salarios dejados de percibir desde el día del despido hasta el día de la readmisión de la trabajadora.**

**Sala: Estima en parte los recursos de suplicación interpuestos por la demandante y una de las empresas codemandadas en la instancia frente a la sentencia recaída en autos sobre despido, anulando la resolución judicial para que se dicte otra que entre sobre el fondo del asunto.**

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

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** La sentencia recaída en la instancia resolvió estimar parcialmente la demanda formulada por el despido de la trabajadora demandante, declarándolo nulo y condenando a la mercantil “S.S.M., SA” a su readmisión inmediata, con la condena solidaria a las codemandadas, al considerar existente cesión ilegal, de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la efectividad de la readmisión. A su vez, el citado fallo estimó la falta de jurisdicción del órgano de instancia respecto de la también codemandada Oficina Europea de Propiedad Intelectual, conocida como OAMI atendida su anterior denominación “Oficina de Armonización del Mercado Interior”, al considerar el juzgador de instancia que los tribunales españoles carecen de jurisdicción internacional para decidir la controversia planteada con respecto a dicho organismo.

Contra dicha sentencia se plantean tres recursos, tanto por la trabajadora demandante, que cuestiona la excepción acabada de citar, así como por dos de las empresas demandadas, en este caso “R.E. SA, ETT” y la citada al principio de la presente resolución, solicitándose por la primera que se le absuelva atendida su falta de legitimación pasiva y la alegada caducidad de la acción de despido, mientras que por “S.S.M., SA” su representación letrada reclama la nulidad de la sentencia por insuficiencia de sus hechos probados, aparte de negar la existencia de cesión fraudulenta de mano de obra, que es el sustento del fallo objeto de recurso.

En definitiva, dada la heterogeneidad de los temas que se integran en cada uno de los diversos recursos, es conveniente que se empiece por examinar el citado en último término por plantear una cuestión que caso de ser estimada acarrearía la nulidad de la sentencia y la reposición de los autos al momento de haberse cometido la infracción procesal. El motivo en que se formula esta petición, apoyado en el artículo 193 “a” de la LRJS, censura a la sentencia la infracción de los artículos 97.2 de la citada norma adjetiva, en relación con el 218 de la LEC y el 248.3 de la LOPJ, pues descansando el fallo recurrido en la existencia de cesión ilegal, considera que el relato histórico de aquella adolece de una falta absoluta de datos imprescindibles para

decidir, y a la postre impugnar por vía de recurso, la discusión jurídica correspondiente, que no es otra que discernir la existencia o inexistencia de dicha cesión ilegal y la existencia o no de sucesión de empresa, todo lo cual le provoca indefensión.

Los hechos probados de la sentencia recurrida, en lo que atañe a esta cuestión concreta, establecen que la demandante prestó servicios para la OAMI desde el 2 de diciembre de 2008 hasta el 31 de diciembre de 2014, en que fue despedida, a través de tres sucesivos contratos, el primero con la empresa "A., ETT, SA", hasta el 31 de marzo de 2009; el siguiente, desde el día 1 de abril de 2009 hasta el 30 de abril de 2011, siendo la empleadora "R.E. SA, ETT", y el tercero con la empresa "J., SA" desde el 2 de mayo de 2011 hasta el 31 de diciembre de 2014, al resultar esta última compañía adjudicataria de un contrato con la OAMI para la recepción del correo y la preparación y codificación de datos en relación con las demandas presentadas por este organismo. Tras señalar su jornada y retribución, la sentencia indica que el 15 de diciembre de 2014 se comunicó a la actora por parte de "J.SA" el cese en la prestación de sus servicios por cierre del centro de trabajo, poniendo a su disposición la indemnización cuyo monto precisaba a continuación.

Aparte, llama la atención a la Sala que siendo también demandada la mercantil aquí recurrente, y a la postre condenada en el fallo por considerar haber sido empleadora de la trabajadora demandante, el relato fáctico no destine ni una sola línea a establecer en qué momento de la secuencia temporal laboral de la demandante aparece como tal, al margen de que en el apartado de la sentencia en que se decide acerca de la excepción de falta legitimación pasiva de esta última compañía se diga taxativamente "que participó en el ciclo laboral de la trabajadora de un modo u otro", sin mayor precisión y determinación cronológica.

**SEGUNDO.-** Constituye doctrina consolidada que el relato de hechos probados de una sentencia, al hilo de lo dispuesto en las normas citadas precedentemente, debe reunir los datos necesarios para fundamentarla a partir de las pruebas practicadas en el acto de juicio, con la claridad y con el contenido preciso para que, tanto el tribunal como las partes destinatarias de la resolución judicial conozcan de manera cabal cuál es el fundamento de la ulterior decisión, y estas últimas puedan en su caso recurrirla con garantía. De la lectura de los hechos probados acabada de transcribir es evidente que tal finalidad no se alcanza, principalmente por omitirse en estos cuál ha sido la forma de prestarse el servicio encomendado por la principal, los medios utilizados y el personal asignado en cada caso, amén de no mencionarse los elementos de la transmisión y el ejercicio de los correspondientes poderes empresariales, y como colofón, el total olvido de la empresa recurrente en la descripción del iter laboral de la trabajadora.

Por su parte, los largos fundamentos jurídicos de la sentencia, por lo que se refieren al tratamiento de la cesión ilegal, tras teorizar acerca de la descentralización productiva y la posibilidad de las ETTS de contratar trabajadores para cederlos temporalmente a otra empresa, recoge las manifestaciones de las partes en el acto de juicio en relación a este problema, singularmente la publicación por parte de la OAMI de la licitación del servicio auxiliar de la digitalización de la correspondencia, que en un momento inicial se adjudicó a J. SA, así como las declaraciones de diversos testigos, que en realidad depusieron acerca de cuál era su propia relación con las codemandadas, así como referencia a lo que los letrados de las mercantiles que comparecieron al acto de juicio manifestaron al respecto de la cesión, concluyendo, y de ahí el sesgo del fallo, que OAMI no se limitó a la comprobación del correcto trabajo de las empresas prestadoras del servicio sino que ejercía las veces de verdadero empresario con la mano de obra de otra empresa, estando implicadas en dicho fraude las cuatro empresas codemandadas, dos de ellas no comparecidas al acto de juicio, y la extensión de la condena a la recurrente "S.S.M., SA" no se deduce, como antes se

puso de relieve, de que aquella fuera empleadora de la trabajadora accionante con precedencia al 31 de diciembre de 2014, fecha del cese de aquella, pues si nos atenemos a la documentación obrante en autos parece que esta última resulta adjudicataria del servicio a partir del 1 de enero de 2015.

Por tanto, ni tan siquiera acudiendo a los fundamentos jurídicos de la sentencia recurrida encontramos datos con indiscutible valor fáctico que permitieran salvar el insuficiente relato del apartado de hechos probados y evitar la nulidad de la sentencia, pues como se ha señalado, lo que existen son conclusiones y valoraciones a partir de lo manifestado en el acto de juicio por los testigos que allí depusieron, pero sin que existan hechos objetivos, fruto de la reflexión del juez, que permitan establecer sin género de duda la existencia de dicha cesión ilegal, y sobremanera, que den pie a las recurrentes a articular con un mínimo de rigor y sin causarles indefensión, su oposición a esta figura jurídica.

Por tanto, sin perjuicio de lo que después se dirá, procede que se declare la nulidad de la sentencia de instancia con la finalidad de que se colmen sus insuficiencias fácticas, que se deberán suplir en su relato histórico conforme lo expresado en el primer párrafo del presente fundamento jurídico, y determinar asimismo con claridad la participación de la recurrente "S.S.M. SA" en la prestación del servicio adjudicado y precisar cuándo y cómo tuvo lugar la misma.

**TERCERO.-** Con independencia de lo acabado de exponer, se dijo al principio que el recurso de la trabajadora demandante se ceñía a combatir la parte del fallo recurrido que estimaba la excepción de falta de jurisdicción internacional del juzgado respeto de la OAMI, al entender que se trata de un organismo comunitario y que conforme el protocolo publicado el 26 de octubre de 2012 relativo a los privilegios e inmunidades de la Unión Europea, goza de inmunidad de jurisdicción.

Entendemos que este recurso se debe examinar al ser preciso que se despeje ahora el problema de si la entidad aludida puede ser demandada, y eventualmente condenada, a las resultas del pleito seguido en la instancia y con esa finalidad se plantea un único motivo, amparado en el artículo 193 "c" de la LRJS, censurándose la infracción, por aplicación indebida, del artículo 21 del Reglamento UE nº 1215/2012, así como la inaplicación del artículo 25.1 de la LOPJ.

Se argumenta en síntesis que las circunstancias relativas a la prestación de servicios de la demandante son suficientes para atribuir la competencia a los Juzgados y Tribunales españoles, pues el lugar de prestación de los servicios, el de la celebración del contrato de trabajo, y el domicilio de la agencia o delegación radican en España, aparte de que tanto el Convenio de Bruselas como el Reglamento 44/2001 y el Reglamento 1215/2012 establecen como fuero general el del domicilio del demandado sito en territorio de la Comunidad Europea, y esta última disposición comunitaria fija un fuero electivo para demandar a la empresa en el estado miembro de la Unión más favorable a sus intereses.

La sentencia, a pesar de que los servicios se prestan en España, en concreto en Alicante, y que la contienda versa sobre un contrato de trabajo individual, que supone que la competencia se determine por el fuero territorial del lugar en que la persona jurídica demandada tenga su sede, siendo que la OAMI tiene su sede y actividad principal en Alicante, y que ésta pactó con las mercantiles contratistas la sumisión expresa a los juzgados de dicha ciudad, estima la excepción aludida al principio acudiendo a lo señalado en el artículo 12 del Protocolo del Tratado de funcionamiento de la Unión Europea, relativo a los privilegios e inmunidades de la Unión.

Pero la Sala no comparte la postura acogida en el fallo de entender, exclusivamente respecto la OAMI, la falta de jurisdicción internacional, pues la

disposición previamente citada dispone que los funcionarios y agentes de la Unión Europea gozarán, en el territorio de los estados miembros, de inmunidad de jurisdicción respecto de los actos realizados por aquellos con carácter oficial, incluidas sus manifestaciones orales y escritas, sin perjuicio de su responsabilidad ante la Unión Europea y la competencia de su Tribunal de Justicia, en definitiva se trataría de preservar exclusivamente la inmunidad de los funcionarios comunitarios, como una suerte o especie de inmunidad parlamentaria, cuando estos actúan en el ejercicio o en el marco de la soberanía del Estado correspondiente y siempre con carácter oficial, lo que excluye los actos que se realizan en la esfera privada. La sentencia recurrida destaca, de ahí que acoja la excepción, que aunque la disposición citada alude a las personas físicas, al ser la OAMI, a través de sus agentes, quién subcontrata a las empresas codemandadas la ejecución del servicio de "mail room", por ello debe gozar de inmunidad de jurisdicción, extendiendo indebidamente a una entidad el privilegio que ostenta exclusivamente el funcionario, máxime no es el funcionario o agente que suscribe el contrato quien debe soportar las eventuales consecuencias del litigio, sino la propia entidad comunitaria, aparte de que aún en el hipotético caso de estimarse correcta esa suerte de traslación del privilegio de inmunidad, al versar el acto concreto, esto es, la suscripción de un contrato de ejecución de servicios, de las características de un acto de mera gestión jurídica que podría realizar un simple particular, tampoco entraría en la esfera estrictamente oficial a que alude la norma mencionada, que repetimos, privilegia exclusivamente a funcionarios y agentes con dicha inmunidad jurisdiccional. Aparte de esto, lo que alega la representación de la OAMI (hoy EUIPO) respecto un eventual reconocimiento de relación laboral de la demandante con una institución comunitaria a resultas de la sentencia recurrida, es un problema, que caso de producirse, no se puede ahora anticipar por fallar el presupuesto básico, que no es otro que la condena de dicho órgano comunitario.

En definitiva, al haberse vulnerado en la resolución recurrida las normas aludidas en el motivo se estimará este, y al tiempo de dictarse nueva sentencia para subsanar el contenido insuficiente de los hechos probados se deberá discernir en esta si a la OAMI se deben extender o no las consecuencias de la cesión ilegal, con independencia de los razonamientos que se recogen en el texto del que se hace eco la recurrente, al no ser posible que la Sala, por primera vez, entienda que al citado organismo se deban desplegar las consecuencias del despido, lo cual supondría privar del derecho al recurso a dicha parte.

Todo lo acabado de expresar implica, en suma, la nulidad de la sentencia recurrida y que no sea posible entrar a conocer en este momento procesal del recurso que se formula por parte de la mercantil "R.E. SA, ETT", pues las cuestiones que se suscitan en este son de fondo y se deberá estar a lo que se decida en la sentencia que se deberá dictar por el juzgado de instancia a consecuencia de la estimación de los otros dos recursos en la parte que se ha examinado.

## **FALLO**

Estimamos en parte los recursos de suplicación formulados por D<sup>a</sup>. M.J.W. y S.S.M., SA frente la sentencia del Juzgado de lo Social nº 3 de los de Alicante de 26 de septiembre de 2016, recaída en autos sobre despido instados por la citada en primer lugar frente a A. ETT, R.E. SA ETT, J. SA, S-S.M. SA, OAMI y FONDO DE GARANTÍA SALARIAL y en consecuencia, anulamos la citada resolución judicial para que, una vez firme la presente resolución, se devuelvan los autos al juzgado de instancia y se dicte nueva sentencia de fondo en el sentido expresado en los precedentes fundamentos jurídicos.

Se decreta la devolución a las recurrentes de los aseguramientos prestados para recurrir.

## 2361

**Sentencia núm. 1.151, de 11 de abril de 2018**

**Materia: Reconocimiento de derecho y cantidad: Reconocimiento gratificación de formación. Personal al servicio de Ente demandado que ejerce funciones de formadores, con la categoría de mando intermedio y cuadro. Los demandantes son personal docente de la Subdirección de formación y realizan funciones lectivas, así como el resto de funciones docentes. Aplicación normativa laboral de la empresa. Sistema retributivo: derecho a percibir determinada cantidad en concepto de retribución por formación. Compatibilidad complementos retributivos. Efecto positivo de cosa juzgada. Doctrina jurisprudencial.**

**Juzgado: Desestima la excepción de prescripción del derecho alegada por la empresa demandada estimando la alegación de cosa juzgada en sentido positivo por la parte actora, y estima las demandadas deducidas por la confederación sindical demandante, en nombre e interés de determinados trabajadores, declarando el derecho de estos al cobro de la gratificación de formación, más un recargo del 10% de intereses en concepto de mora.**

**Sala: Estima en parte el recurso del organismo demandando, confirmando la sentencia de instancia respecto a cinco de los trabajadores, y revoca la sentencia de instancia respecto a un trabajador, al cual se le deniega el derecho a percibir la gratificación de formación, por incompatibilidad con sus complementos retributivos.**

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

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Se recurre por la demandada ADMINISTRADOR DE INFRAESTRUCTURAS FERROVIARIAS (ADIF) la sentencia del Juzgado de lo Social de procedencia y posterior Auto de rectificación que, estimando las demandas de D. J.D. M. y OTROS CINCO, declaró el derecho de los demandantes al cobro de la gratificación de formación y la condenó a abonar a cada uno 6.922'24 euros del periodo de mayo de 2015 a septiembre de 2016, ambos inclusive, por dicho concepto, clave 113, más la cantidad de 576'85 euros de recargo por mora.

Articula el recurso a través de cuatro motivos: el primero, al amparo del apartado a) del artículo 193 de la LJS, para nulidad de la sentencia; el segundo, al amparo del apartado b), para revisión de hechos probados y, el tercero y el cuarto, 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 estimación del recurso, revoque la dictada en la instancia y dicte otra en su lugar desestimando la demanda y absolviéndola.

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

**SEGUNDO.-** En el primer motivo del recurso, amparado en el apartado a), se alega infracción por la sentencia del artículo 400.2 de la LEC en relación con el instituto de la cosa juzgada, pues la aplicación del precepto no puede suponer la vulneración del derecho de defensa. Argumenta que la sentencia basa su fallo básicamente en el efecto positivo de la cosa juzgada pues, efectivamente, los demandantes del presente procedimiento obtuvieron sentencia favorable a sus pretensiones del Juzgado de lo Social nº 11 y del Juzgado nº 8 de Valencia. Sin embargo, esa aplicación del principio de cosa juzgada en las presentes actuaciones vulnera, en su opinión, el derecho de defensa ya que, en este procedimiento, a

diferencia de los dos anteriores, si se ha probado que todos los demandantes tienen incluida en su componente fijo la clave 113 reclamada, por lo que la percepción de manera independiente llevaría a su doble abono, sin que el hecho de que la empresa en el primer procedimiento no probara ningún extremo, pueda significar que la misma tenga que padecer una “condena en cascada” y que, además, ha supuesto que el Juzgador no valore la prueba aportada en este procedimiento, limitándose a transcribir la primera sentencia que, a su vez, es “copia” de la STSJ de Cataluña de 18-7-14, circunstancia que determina la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva dado que la sentencia recurrida no analiza la prueba aportada, debiendo reponer los autos al estado en que se encontraban en el momento de cometerse la infracción.

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

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

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

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

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

Pues bien, en nuestro caso, la sentencia no se basa exclusivamente en el efecto positivo de la cosa juzgada, no contraviniendo lo dispuesto en el artículo 400.2 de la LEC ni atentando al derecho de defensa de la parte. El artículo 222.4 de la LEC dice que “Lo resuelto con fuerza de cosa juzgada en la sentencia firme que haya puesto fin a un proceso vinculará al tribunal de un proceso posterior cuando en este aparezca como antecedente lógico de lo que sea su objeto, siempre que los litigantes de ambos procesos sean los mismos o la cosa juzgada se extienda a ellos por disposición legal” y el artículo 400.2 de la LEC dice “De conformidad con lo dispuesto en el apartado anterior, a efectos de litispendencia y de cosa juzgada, los hechos y los fundamentos jurídicos aducidos en un litigio se considerarán los mismos que los alegados en otro juicio anterior si hubieran podido alegarse en éste” y los hechos que ahora se alegan en el presente pleito ya pudieron alegarse y, en su caso, probarse, en los anteriores, por lo que el reconocimiento del derecho a la percepción de la gratificación en las anteriores sentencias, que es antecedente lógico de lo aquí reclamado produce el efecto vinculante que señala el artículo 222.4, en el caso de los cinco demandantes a

los que afecta la sentencia del Juzgado n.º 11 que es la que tiene firmeza. No así al demandante Sr. D., que no lo fue del pleito en que recayó la sentencia del Juzgado 11 y si sólo del pleito en que recayó la sentencia del Juzgado n.º 8 que sigue sin ser firme (fue recurrida en Suplicación dictándose la sentencia de esta Sala de 4-4-17 que la mantuvo por el efecto positivo de la cosa juzgada respecto de los otros cinco demandantes y la revocó respecto del Sr. D. y que se encuentra recurrida en Casación) y seguramente por eso, la sentencia recurrida entra en el fondo y no se basa exclusivamente en el efecto positivo de la cosa juzgada. Debe tenerse en cuenta igualmente que ninguna modificación posterior de circunstancias se ha alegado ni acreditado.

Por lo demás, la insuficiencia de hechos probados que la parte pueda apreciar no es causa de nulidad al poder la parte suplirla mediante el motivo del apartado b) del artículo 193 de la LJS, máxime cuando se alega documental y así lo utiliza la parte (con independencia de cuál sea el resultado de la revisión que proceda).

En consecuencia, se rechaza la petición de nulidad de la sentencia.

**TERCERO.-** En revisión de hechos probados se solicita la adición de un nuevo Hecho Probado Primero Bis del siguiente tenor:

"D. J.N.L. percibía habitualmente la clave 113 antes de acceder a la categoría de Mando Intermedio y Cuadro. Tras su acceso a dicha categoría, su retribución en concepto de sueldo (clave 002) se incrementó de 818,05 euros a 3.015 euros y su retribución total es muy superior a la que percibía antes del acceso a la nueva categoría.

D. J.D.M. percibía habitualmente la clave 113 antes de acceder a la categoría de Mando Intermedio y Cuadro. Tras su acceso a dicha categoría su retribución en concepto de sueldo (clave 002) se incrementó de 693,01 euros a 2.579,59 euros y su retribución total es muy superior a la que percibía antes del acceso a la nueva categoría.

D. J.M.P.M. percibía habitualmente la clave 113 antes de acceder a la categoría de Mando Intermedio y Cuadro. Tras su acceso a dicha categoría, su retribución en concepto de sueldo (clave 002) se incrementó de aproximadamente 778,66 euros a 2.537,57 euros y su retribución total es muy superior a la que percibía antes del acceso a la nueva categoría.

D. E.J.A.E. percibía habitualmente la clave 113 antes de acceder a la categoría de Mando Intermedio y Cuadro. Tras su acceso a dicha categoría, su retribución en concepto de sueldo (clave 002) se incrementó de 1.141,15 euros a 2.541,36 euros y su retribución total es muy superior a la que percibía antes del acceso a la nueva categoría.

D. F.J.L.C no percibía habitualmente la clave 113 antes de acceder a la categoría de Mando Intermedio y Cuadro. Tras su acceso a dicha categoría, su retribución en concepto de sueldo (clave 002) se incrementó de 728,06 euros a 2.602,99 euros y su retribución total es muy superior a la que percibía antes del acceso a la nueva categoría.

D. A.C.M.O no percibía habitualmente la clave 113 antes de acceder a la categoría de Mando Intermedio y Cuadro. Tras su acceso a dicha categoría, su retribución en concepto de sueldo (clave 002) se incrementó de 1.177,85 euros a 2.524,94 euros y su retribución total es muy superior a la que percibía antes del acceso a la nueva categoría".

Se apoya en los documentos que detalla con indicación de los números de documentos y de los folios en que obran, consistentes en nóminas y certificados confeccionados por la propia parte proponente de la revisión referidos a cada uno de los demandantes, de los que considera resulta que cuatro de los demandantes percibían habitualmente la clave 113 antes de adscribirse o ascender a la categoría de mando intermedio y cuadro y que, cuando se adscribieron o ascendieron dejaron de percibir el salario mediante claves, aunando todas ellas en el componente fijo que es muy superior al que percibían antes de ingresar en la nueva categoría, de modo que

se incluye en componente fijo de su salario, muy superior al que percibían antes y, en el caso de D. F.J.L. y D. A.C., que no percibían habitualmente la clave 113 antes de acceder a la categoría de mando intermedio y cuadro, perciben un componente casi idéntico al tener incluido en el mismo la clave 113, de modo que también la tienen incluida en su retribución fija.

La STS de 18-1-11 (recurso 98/09) y las en ella citadas (como la de 11-10-07 y 5-11-08), así como otras muchas posteriores, dicen: <<Respecto del error en la apreciación de la prueba..., para que la denuncia del error pueda ser apreciada es precisa la concurrencia de los siguientes requisitos: a) que se concrete con claridad y precisión el hecho que haya sido negado u omitido en el relato fáctico, b) que tal hecho resulte de forma clara, patente y directa de la prueba documental o pericial obrante en autos y sin necesidad de argumentaciones o conjeturas, c) que se ofrezca el texto concreto a figurar en la narración que se tilda de equivocada, bien sustituyendo o suprimiendo alguno de sus puntos, bien complementándolos y d) que tal hecho tenga trascendencia para modificar el fallo de instancia.>> A todo lo anterior debe añadirse las exigencias que son consustanciales o implícitas en cuanto que ha de tratarse de “hechos probados”, lo que descarta las argumentaciones, meras manifestaciones o comentarios y las conclusiones o calificaciones jurídicas, así como los hechos negativos o no probados y los conformes por no necesitar prueba.

En el presente caso estimamos que no concurren los requisitos que hemos señalado como b) y d), ya que lo que la parte pretende se añada no resulta de los documentos en que se apoya de forma clara y directa y sin necesidad de argumentaciones o conjeturas, además de haber sido confeccionados por ella sin que conste reconocimiento de la parte demandante, ni que fueran adverbados y ratificados en juicio y, en definitiva, no revelan el error patente judicial preciso, tratándose además de una cuestión de interpretación normativa, como luego veremos y, por último, no permiten variar el sentido del fallo respecto de cinco de los demandantes ya que se ve condicionado por el efecto positivo de la cosa juzgada.

En consecuencia, no se accede a la revisión fáctica solicitada.

**CUARTO.-** En el examen del derecho, se alega en sus dos motivos lo mismo que en el Recurso 1824/16, en que recayó la sentencia de esta Sala de 4-4-17 a que antes nos hemos referido y entre las mismas partes, cuya exposición, criterio y solución aquí mantendremos por razones de seguridad e igualdad, siendo que el TS aún no ha unificado doctrina, habiendo dictado varios Autos de inadmisión de casación por falta de contradicción -entre ellos uno reciente de 7-2-18, en el recurso 328/17-, pero aún no tenemos sentencia de unificación.

Pasamos, por ello, a reproducir la mayor parte de los fundamentos segundo y tercero de nuestra referida sentencia de 4-4-17:

<<se viene a argumentar la misma infracción normativa, así del artículo 436 del X Convenio colectivo de la RENFE en relación con el régimen aplicable a los Mandos Intermedios, que consta en su marco regulador fijado en el XII Convenio colectivo de RENFE, Título IV, apartado III 6.2 y apartado VI Disposiciones transitorias epígrafe 6.2, Boe 14 de Octubre de 1998, alegando en relación a tal normativa, que no puede prevalecer la interpretación literal del artículo 436 citado con la interpretación sistemática, que con la interpretación acogida por la Sentencia de instancia se acoge un supuesto de espiguelo normativo y que lo resuelto supone una alteración de lo pactado cuando los actores acceden a la categoría de Mando Intermedio. Se señala además que la gratificación de formación reclamada no es un complemento de puesto, que la Sentencia del TSJ de Cataluña que acoge la Sentencia de instancia incurre en distintas incoherencias y no puede servir para estimar la pretensión de los actores, citando al efecto otras Sentencias que acogen precisamente el criterio de ADIF y argumentando que en la interpretación de tal normativa debe tenerse en cuenta el criterio hermenéutico establecido por el Tribunal Supremo.

En el presente caso como se ha señalado, lo que se discute es el derecho de los actores a percibir la gratificación denominada de formación, no discutiendo la

demandada que los actores realizan funciones lectivas, así como funciones docentes como preparación de soportes técnicos y pedagógicos, corrección de exámenes...tal y como así se expresa en el hecho probado segundo de la Sentencia. Pese a tales funciones docentes, la Entidad demandada discrepa de la Sentencia de instancia al considerar que la categoría de Mando intermedio tiene una estructura salarial propia regulada en el epígrafe VI de las disposiciones transitorias del XII Convenio colectivo, en la que se establecen los conceptos salariales que perciben, así un componente fijo calculado con arreglo a los conceptos salariales fijos de cada trabajador, entre los que se encuentra la clave 113 que se calcula en base a las percepciones acreditadas en las nóminas de 1997 y que pasa a engrosar tal componente fijo y un componente variable y otro de puesto y que si se accede a la pretensión de los actores se produciría un enriquecimiento injusto de los mismos al abonarse dos veces el mismo concepto, alegando además que según el marco regulador de los Mandos Intermedios, los conceptos retributivos fijados en el Sistema de retribución son incompatibles con cualquier otra compensación.

Sobre esta cuestión se han venido pronunciando los Tribunales Superiores de Justicia, con soluciones discrepantes, pues mientras unos como el de Castilla y León, acoge la solución dada por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en la Sentencia citada en la resolución recurrida, así la de 18 de Julio del 2014 que es firme al no haberse admitido la contradicción por el Tribunal Supremo, otros como el de Aragón en su Sentencia 825/16 de 21-12-16 acoge la postura de ADIF pronunciándose en los mismos términos el TSJ de Madrid en Sentencia de 18 de diciembre del 2015 – ésta sólo obiter dicta- y en otras posteriores, no habiendo sido resuelta la cuestión por la Sala cuarta, hasta la fecha.

Frente a tal diversidad de planteamientos y posturas, en este caso concurre una circunstancia añadida pues todos los actores a excepción del Sr. J.D., han visto ya resuelta la pretensión ahora formulada en sentido estimatorio en Sentencia anterior que es firme. Así se recoge en los hechos probados, en concreto en el Séptimo, haciendo mención a la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Social 11 de Valencia que en reclamación formulada por los actores del abono de la clave 113 referida a periodos anteriores, dictó Sentencia favorable a su pretensión que es firme. Derivado de ello y tal y como se vino a afirmar en la Sentencia de instancia en el penúltimo apartado del fundamento de derecho primero aunque no se mencionara expresamente la aplicación del efecto positivo de la cosa juzgada y se alega por los trabajadores al impugnar el recurso, es de aplicación para tales trabajadores el efecto positivo de la cosa juzgada material que obliga a adoptar la misma solución en su día adoptada sobre la misma cuestión controvertida en Sentencia firme, reconociéndoles la suma interesada por el concepto de clave 113. Estamos ante la misma cuestión ya resuelta por Sentencia firme aunque referida a otro periodo salarial, lo que no impide al no constar circunstancias posteriores que obliguen a ello, la aplicación de tal efecto positivo de la cosa juzgada. En este sentido viene afirmando la Jurisprudencia que el desconocimiento de la eficacia de lo ya resuelto por sentencia firme en actuaciones posteriores implica un quebranto del efecto positivo de la cosa juzgada que tiene trascendencia constitucional al constituir una de las formas en que se lesiona el derecho a la tutela judicial efectiva, como ya declaró la [sentencia del TC 15/02 \(RTC 2002, 15\)](#), y más recientemente en la [sentencia 216/09 \(RTC 2009, 216\)](#) en estos términos: "Como hemos reiterado en numerosas ocasiones, «una de las perspectivas del derecho a la tutela judicial efectiva que reconoce el art. 24.1 [CE \(RCL 1978, 2836\)](#) es la que se manifiesta en el derecho a que las resoluciones judiciales alcancen la eficacia perseguida por el Ordenamiento, lo que supone tanto que aquéllas se ejecuten en sus propios términos como el respeto a las situaciones jurídicas declaradas, sin perjuicio de que se haya establecido legalmente su eventual modificación o revisión por medio de ciertos cauces extraordinarios» (por todas, [STC 193/2009, de 28 de septiembre \(RTC 2009, 193\)](#), F.2). Existe, en efecto, «una innegable conexión entre la inmodificabilidad de las resoluciones judiciales y el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del

art. 24.1CE, pues si éste comprende la ejecución de los fallos judiciales, su presupuesto lógico ha de ser el principio de la inmodificabilidad de las resoluciones judiciales firmes, que así entra a formar parte de las garantías que el art. 24.1CE consagra (...) De esta manera el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24.1CE actúa como límite que impide a los Jueces y Tribunales variar o revisar las resoluciones judiciales definitivas y firmes al margen de los supuestos y casos taxativamente previstos por la Ley, incluso en la hipótesis de que con posterioridad entendiesen que la decisión judicial no se ajusta a la legalidad» (entre otras, SSTC 285/2006, de 9 de octubre (RTC 2006, 285), F. 2.a; 234/2007, de 5 de noviembre (RTC 2007, 234); 67/2008, de 23 de junio (RTC 2008, 67), F. 2; 185/2008, de 22 de diciembre (RTC 2008, 185), F. 2; y 22/2009, de 26 de enero (RTC 2009, 22), F. 2)." Por otra parte, la incidencia en el caso presente de lo dispuesto en el art. 222.4 de la LEC (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892) sobre el efecto positivo de la cosa juzgada no es dudosa, a la vista de la jurisprudencia actual y vigente sobre esa clase de eficacia en el caso de sucesivas reclamaciones judiciales sobre el mismo objeto pero en diferentes períodos temporales. La declaración del derecho a percibir la clave 113 producida por sentencia firme, surte efecto de cosa juzgada respecto de procesos posteriores en los que se reclaman las diferencias por la falta de abono de tal clave de nuevos períodos temporales. De este problema se ha ocupado la Sala 4ª del TS en sentencias del TS de 11-11-08 (RJ 2008, 7661), 22-12-08 (RJ 2008, 8257), 3-3-09 y 20-1-10 (RJ 2010, 3108) y tal doctrina se expresa en estos términos (sentencia de 22-12-08 (RJ 2008, 8257)): "SEGUNDO.- 1) Como se indicó en el anterior fundamento jurídico, la cuestión que procede resolver en el presente recurso se concreta en determinar si existe cosa juzgada en un supuesto como el presente en el que se reclamaron cantidades por un concepto que ya fue objeto de decisión firme en un proceso anterior, y que vuelve a reproducirse si bien en relación con un período de tiempo posterior sin que se haya modificado la norma ni ninguna otra circunstancia de la que aquel dependiera. El examen del recurso tiene su centro de decisión en las previsiones que en relación con la cosa juzgada se contienen en el art. 222 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en cuanto precepto de cuya interpretación depende la solución del caso, de acuerdo con lo que en el mismo se dispone cuando dice lo siguiente: "1.- La cosa juzgada de las sentencias firmes, sean estimatorias o desestimatorias, excluirá, conforme a la ley, un ulterior proceso cuyo objeto sea idéntico al del proceso en que aquélla se produjo. 2.- La cosa juzgada alcanza a las pretensiones de la demanda y de la reconvenición, así como a los puntos a que se refieren los apartados 1 y 2 del artículo 408 de esta Ley. Se considerarán hechos nuevos y distintos, en relación con el fundamento de las referidas pretensiones, los posteriores a la completa preclusión de los actos de alegación en el proceso en que aquéllas se formularon. 4.- Lo resuelto con fuerza de cosa juzgada en la sentencia firme que haya puesto fin a un proceso vinculará al tribunal de un proceso posterior cuando en éste aparezca como antecedente lógico de lo que sea su objeto, siempre que los litigantes de ambos procesos sean los mismos o la cosa juzgada se extienda a ellos por disposición legal." 2) La misma cuestión aquí planteada ha sido ya resuelta por la reciente sentencia de esta Sala de 11-11-2008 (RJ 2008, 7661) (rec.- 207/2008), y en ella se acordó la desestimación del recurso y la confirmación de la sentencia recurrida, por entender, de acuerdo con lo estimado por la sentencia recurrida, que debía operar la cosa juzgada material de la primera sentencia denegatoria del incremento reclamado en su aspecto positivo o vinculante para procesos posteriores por cuanto al haberse denegado el incremento en una primera sentencia firme quedaba cerrada la posibilidad de que la misma reclamación aun referida a períodos posteriores pudiera prosperar. Lo que dice textualmente dicha sentencia al hilo de lo dispuesto en el art. 222 precitado y citando sentencias anteriores, es que "como puede observarse el precepto en primer lugar establece lo que la doctrina ha llamado efecto negativo de la cosa juzgada, la exclusión de un proceso posterior con idéntico objeto, y, posteriormente, el llamado efecto positivo, la vinculación del tribunal que conozca de un proceso posterior a lo resuelto ya por sentencia firme. Para el juego del efecto negativo, para la exclusión de un nuevo proceso, es necesario que el objeto de los

*mismos sea idéntico, que la pretensión sea la misma, lo que no se requiere para la aplicación del llamado efecto positivo, pues la vinculación a lo antes resuelto la impone el precedente que constituye un antecedente lógico del objeto del nuevo proceso, que ya fue examinado y resuelto en otro anterior de forma prejudicial, motivo por el que la seguridad jurídica obliga a respetarlo. Como dijimos en nuestras sentencias de 23 de octubre de 1995 (RJ 1995, 7867) (Rec. 627/95) y de 27 de mayo de 2003 (RJ 2003, 5740) (Rec. 543/02), el efecto positivo de la cosa juzgada requiere, aparte de la identidad de sujetos, una conexión entre los pronunciamientos, sin que sea necesaria una completa identidad de objetos que excluiría el segundo proceso de darse, "sino que para el efecto positivo es suficiente, como ha destacado la doctrina científica, que lo decidido -lo juzgado- en el primer proceso entre las mismas partes actúe en el segundo proceso como elemento condicionante o prejudicial, de forma que la primera sentencia no excluye el segundo pronunciamiento, pero lo condiciona vinculándolo a lo ya fallado". Por ello, como dice nuestra sentencia de 29 de mayo de 1995 (RJ 1995, 4455) (Rec. 2820/94), "no es necesario que la identidad se produzca respecto de todos los componentes de los dos procesos, sino que, aunque en alguno de ellos no concurra la más perfecta igualdad, es bastante con que se produzca una declaración precedente que actúe como elemento condicionante y prejudicial que ha de dictarse en el nuevo juicio... Esto no significa que lo resuelto en pleito anterior sea inmodificable indefinidamente pues, si cambian las circunstancias, no opera la presunción legal pero, en caso de no producirse esta alteración, se produce la eficacia material de la cosa juzgada". Y aplicando la reflexión anterior relativa a la cosa juzgada material al caso concreto debatido señala cómo "la aplicación de lo dicho al caso examinado obliga a desestimar el recurso y a confirmar la sentencia recurrida que sigue la buena doctrina. En efecto, el objeto de los anteriores procesos fue el mismo que el de éste: el complemento a pagar por la empresa por la prejubilación del actor y, más concretamente, si para el cálculo de ese complemento debían computarse y de qué forma las pagas extras de beneficios del año 1999. La causa de pedir, entendida como el hecho al que van anudadas las consecuencias jurídicas cuya efectividad se reclama, al pedir la tutela judicial, ha sido la misma en los procesos anteriores, donde la pretensión ejercitada ha sido igual: que las pagas extras de beneficios del año 1999 se computaran para el cálculo del complemento por prejubilación a cargo de la demandada. Ciertamente que en el nuevo proceso se reclaman diferencias por ese complemento con un periodo de tiempo distinto, pero ese dato no desvirtúa lo dicho, porque no existen acaecimientos posteriores que integren una causa de pedir distinta. (...) Es cierto que el factor tiempo, como determinante del nacimiento del derecho y de su contenido, influye en la delimitación del objeto del proceso, pero tal factor sólo será relevante cuando los acaecimientos posteriores constituyan una diferente causa de pedir, lo que no acaece en el supuesto que nos ocupa, por cuanto, la pretensión no se funda en un hecho nuevo y distinto que de contenido al derecho ejercitado, cual requiere el núm. 2 del artículo 222 de la L.E.C (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892).*

*Tal solución la avala el que, conforme al artículo 400-1 de la Ley citada, en la demanda deben alegarse cuantos hechos y fundamentos jurídicos puedan fundar el derecho ejercitado, sin que quepa reservar alguno para su alegación en un proceso posterior, mandato que sanciona el núm. 2 del mismo artículo al disponer... "a efectos de cosa juzgada, los hechos y los fundamentos jurídicos aducidos en un litigio se considerarán los mismos que los alegados en otro juicio anterior si hubiesen podido alegarse en éste". En efecto, una interpretación conjunta de los preceptos citados nos muestra que los hechos y los fundamentos jurídicos que pudieron alegarse en un proceso anterior no pueden fundar la modificación de lo resuelto por sentencia firme, lo que sólo procede cuando con posterioridad han acaecido hechos nuevos que han generado un nuevo derecho e integrado una distinta causa de pedir. Y ello porque es contrario a los principios constitucionales de seguridad jurídica y tutela judicial efectiva el que inste un nuevo proceso con el mismo objeto que otro anterior, aunque modificando circunstancias accesorias de la pretensión, para*

*corregir los errores de todo tipo que se hubieran podido cometer en el mismo." 3) En definitiva, dado que en los presentes autos el demandante reclamó, como ocurría en el caso de la sentencia anterior, el reconocimiento de unos incrementos que ya le habían sido denegados siendo la misma la causa de pedir aun cuando la primera pretensión y la segunda se refirieran a períodos distintos, debe jugar con toda su fuerza el principio de la cosa juzgada material sin que por lo tanto proceda la estimación de la pretensión deducida por el demandante." De otro lado, en la sentencia del TS de 13-6-08 (RJ 2008, 5352) se precisa, aunque en relación con el efecto negativo o excluyente de la cosa juzgada material, que "impide un ulterior proceso cuyo objeto sea idéntico al del proceso en que aquélla se produjo (art. 222.1 LEC), con independencia de aportaciones o vicisitudes jurisprudenciales posteriores. Las razones de seguridad jurídica que sustentan el instituto de la cosa juzgada cierran el paso, sin duda, a la eventualidad de reabrir litigios ya decididos por el hecho de que la jurisprudencia haya establecido una nueva doctrina, o haya matizado doctrina anterior, o incluso haya modificado la tesis acogida en anteriores pronunciamientos".*

En consecuencia, se ha de concluir en el presente caso respecto de todos los trabajadores demandantes a excepción de D. J.D., que resulta de aplicación a los mismos la excepción de cosa juzgada material en su vertiente positiva, lo que obligaba a la Sentencia de instancia a reconocerles las cantidades reclamadas por el concepto clave 113, siendo por ello ajustada a derecho la resolución recurrida.

<<Respecto del demandante D. J.D. que no formuló demanda anterior reclamando este mismo concepto, es por primera vez en la resolución recurrida cuando se examina si tiene el mismo derecho o no a la gratificación de formación solicitada, y partiendo del relato fáctico de la Sentencia y de la normativa de aplicación discrepamos de la solución que acoge la Sentencia de instancia conforme a la Sentencia que cita del TSJ de Cataluña y estimamos con arreglo a los argumentos vertidos en el escrito de recurso que no tiene derecho tal trabajador a la gratificación solicitada en la demanda y en consecuencia a las cantidades derivadas de tal concepto reclamadas en la demanda.

Conforme a la normativa citada en el escrito de recurso, el artículo 436 de la Normativa Laboral de ADIF regula la "gratificación por formación" (clave 113) de los siguientes colectivos, 1) el personal docente de la Dirección de Formación y Selección, 2) los profesores de clases prácticas afectos a la Dirección de Formación y selección y 3) el personal colaborador en actividades docentes. El apartado III del "sistema de retribuciones" contenido en el marco regulador de mando intermedio y cuadro, dispone que "el sistema retributivo de los trabajadores con la categoría laboral de mando intermedio y cuadro se configura con un componente fijo por una parte, y un componente variable por otra, y cuando concurren las circunstancias indicadas en el apartado 3.2 se establecerá un complemento de puesto en función de las específicas características del puesto de que se trate", indicando además que el sistema de retribución compuesto por los 3 elementos referidos es incompatible con cualquier otra compensación salarial, al señalar que "estos conceptos retributivos de componente fijo y variable y, en su caso, el complemento de puesto y la naturaleza propia del desempeño profesional del mando intermedio y cuadro, son incompatibles con cualquier otra compensación salarial". Los conceptos que constituyen el componente fijo se determinan en el punto 6.2 en el sentido de que "con carácter general el componente fijo se determina con arreglo a los conceptos salariales fijos de cada trabajador, indicados en el anexo II...", y el citado anexo II bajo el título de "relación de conceptos salariales que se integrarán en la retribución inicial fija de cada trabajador", incluye como clave 113 la "gratificación docente". El apartado 6.2.1 párrafo 3º dispone que "el componente variable, así como las claves de abono 113, 338, 358 y 571, se calcularán en base a las percepciones acreditadas en las nóminas del año 1997, sin considerar posibles regularizaciones efectuadas".

A la vista de la citada normativa y analizando la misma como lo indica el TSJ de Aragón en su Sentencia 825 de 21 de diciembre del 2016 conforme a distintos

pronunciamientos Jurisprudenciales referidos a tal colectivo de Mandos Intermedios y Cuadro, podemos afirmar que tal colectivo tiene un sistema retributivo concreto y determinado. Así lo indica la Sentencia de la Audiencia Nacional 34/2007 de 19 de marzo considerando que la voluntad convencional quiso perfilar una normativa específica en materia retributiva de tal colectivo, refiriéndose también a esta normativa específica en materia retributiva la STS de 7-11-15 y del mismo modo la Sentencia de la citada Sala cuarta de fecha 7-7-09 al afirmar que la autonomía colectiva “ estableció un régimen diferenciado en las condiciones de trabajo de los MIC y una retribución específica y concreta en donde excluía la antigüedad al estar incluida en el componente fijo retributivo”. Partiendo de este marco retributivo diferenciado, como se recoge en la Sentencia citada del TSJ de Aragón cuyo criterio compartimos, las disposiciones transitorias del convenio que regulan el cálculo del componente fijo de la retribución de tal colectivo, al indicar que en tal componente se incluirán una pluralidad de conceptos salariales que se integrarán en la retribución inicial fija de cada trabajador, indicados en el anexo II, entre los que se incluye la gratificación docente (clave 113), lo que trata es de que la integración de tal colectivo en ese nuevo marco retributivo no conlleve una disminución en la retribución que venían percibiendo antes tales trabajadores y a tal efecto se incluye en tal componente fijo, que es consolidable, tal gratificación por formación, si la venían percibiendo los trabajadores, y calculada en función de las percepciones del trabajador acreditadas en las nóminas del 1997. De este modo los trabajadores que antes de su integración como Mandos Intermedios realizaban tales funciones docentes y percibían tal gratificación, al llevarse a cabo tal integración, para evitar una merma retributiva, se incluye tal gratificación docente en el componente fijo en función de lo percibido en las nóminas del año 1997, y como tal componente fijo es consolidable, aunque dejaran de realizar funciones docentes, seguirían percibiendo a través de tal componente fijo, la gratificación por formación. Pero tal intención de que la integración en este marco retributivo propio de los Mandos Intermedios, no produzca a los mismos una merma retributiva, no supone que tengan derecho pese a la existencia de esa regulación normativa propia, a seguir percibiendo la gratificación por formación que con arreglo al artículo 436 de la Normativa Laboral de ADIF antes citada venían percibiendo, y ello pues su Marco Retributivo propio recoge de forma expresa la incompatibilidad de los complementos retributivos de los Mandos Intermedios con cualquier otra compensación salarial y como más allá de la integración de lo percibido en 1997 por gratificación por formación en el componente fijo, ninguna previsión se recoge en su propio marco retributivo sobre el derecho a seguir percibiendo además la gratificación por formación del artículo 436 de la Normativa Laboral de ADIF, debemos estimar el recurso formulado por la Entidad demandada respecto de tal trabajador, D. J.D., considerando que no tiene derecho a las cantidades reclamadas en la demanda por gratificación por formación y que procede la íntegra desestimación de la demanda por el mismo instada. Debe advertirse que si se concediera el derecho solicitado, el citado demandante estaría percibiendo por partida doble la referida gratificación por formación con el enriquecimiento injusto que ello conlleva como así lo alega la Entidad Recurrente, así por un lado al incluirla en el componente fijo si bien calculada de acuerdo con lo percibido en el año 1997, y además como otro plus salarial que no se contempla en el Marco Retributivo de los MIC que además recoge expresamente la incompatibilidad de tal marco con cualquier otra compensación salarial.

En consecuencia, estimamos en parte el recurso de suplicación formulado, confirmando la Sentencia recurrida respecto de todos los trabajadores a excepción de D. J.D., respecto del cual procede revocar el pronunciamiento de la Sentencia que condena a la demandada a abonarle determinadas cantidades por gratificación por formación y en su lugar procedemos a desestimar la demanda instada por el mismo, con absolución de la demandada de los pedimentos formulados por el citado trabajador>>.

**CUARTO.-** De conformidad con lo establecido en el artículo 235 de la Ley de la Jurisdicción Social, ante la estimación parcial del recurso no procede imposición de costas.

### **FALLAMOS**

Estimando en parte el recurso de suplicación interpuesto por la demandada ADMINISTRADOR DE INFRAESTRUCTURAS FERROVIARIAS contra la Sentencia de fecha 15 de noviembre de 2016 y rectificada por Auto de 8 de marzo de 2017, dictados por el Juzgado de lo Social núm. 12 de Valencia, en autos 54/16 (y acumulados 55 a 59/16) sobre RECONOCIMIENTO DE DERECHO Y CANTIDAD, siendo parte recurrida D. J.D.M. Y OTROS CINCO, revocamos en parte dicha Sentencia en el pronunciamiento relativo al trabajador D. J.d.m., respecto del cual desestimamos la demanda instada por el mismo frente a la Entidad Recurrente con absolución de ADIF de la pretensión de abono de la gratificación por formación y confirmamos la referida Sentencia y Auto en todo lo demás. Sin costas.

## 2362

**Sentencia núm. 1.186, de 17 de abril de 2018**

**Materia: Asistencia sanitaria: Reconocimiento de derecho. Condición de asegurado y beneficiario a efectos de asistencia sanitaria en España. La actora es ciudadana argentina con permiso de residencia como familiar de un ciudadano de la Unión Europea. Concesión tarjeta de residencia. Derecho a prestación sanitaria. Cumplimiento de los requisitos para poder acceder a la misma.**

**Juzgado: Estima la demanda declarando el derecho de la actora a ser beneficiaria de asistencia sanitaria a través del Sistema Nacional de Salud y con cargo a fondos públicos, condenando al organismo demandado a pasar por esta declaración con las consecuencias inherentes.**

**Sala: Desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia. La Sala no tiene competencia en materia de extranjería por lo que no puede entrar a cuestionar si la concesión de la tarjeta de residencia a la actora es o no ajustada a derecho o si sigue teniendo derecho a la misma, ni puede denegársele el derecho a la asistencia sanitaria con sustento en una indebida concesión de la residencia legal que ostenta.**

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

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Al amparo del apartado c) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS), se articula el único motivo del recurso de suplicación interpuesto por el INSS contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 5 de los de Valencia, que estimó la demanda y declaró el derecho de la actora a ser beneficiaria de asistencia sanitaria a través del Sistema Nacional de Salud y con cargo a fondos públicos, condenando al INSS a estar y pasar por dicha declaración con las consecuencias inherentes. La resolución judicial razonó que la actora, nacional de un país no perteneciente a la Unión Europea (es de Argentina), es titular de una autorización para residir en España, por lo que es titular del derecho a la asistencia sanitaria como asegurada, en aplicación de lo dispuesto en el art. 2 del RD 1192/2012 de 3 de agosto que a su vez desarrolla el art. 1.2 del RD Ley 16/2012. Señala que no es de aplicación el art. 7 del RD 240/2007 de 16 de febrero.

La parte recurrente entiende infringidas las siguientes normas: art. 2.1.b 3º del RD 1192/2012 de 3 de agosto que regula la condición de asegurado y de beneficiario a efectos de la asistencia sanitaria en España con cargo a fondos públicos a través del Sistema Nacional de Salud; art. 31 de la LO 4/2000 de 11 de enero, sobre derechos y libertades de extranjeros en España y su integración social, y los arts. 46 y 47 del RD 557/2011 de 20 de abril por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000. Alega la entidad gestora que, de acuerdo con la normativa citada, a los ciudadanos extranjeros no comunitarios y a sus familias a cargo que deseen residir temporalmente en España sin realizar un trabajo lucrativo, se les exigen los mismos requisitos que establece el art. 7 del RD 240/2007 para los ciudadanos comunitarios. Y que los ciudadanos extranjeros no cumplirán el requisito del art. 2.1.b) del RD 1192/2012 de carecer de cobertura obligatoria de la prestación sanitaria por otra vía, puesto que para residir legalmente en España deben acreditar que disponen de cobertura sanitaria. Por ello, concluye que la demandante, nacional argentina y residente en Náquera (Valencia), titular de permiso de residencia como familiar de ciudadano de la UE (su hijo) válido hasta el 19-12-2018, no cumple con dicho requisito pues no consta que disponga de seguro de enfermedad, público o privado.

**SEGUNDO.-** Expuesto lo anterior y partiendo de la base fáctica no discutida de que la demandante, nacional argentina y residente en Náquera (Valencia), es titular de permiso de residencia como familiar de ciudadano de la UE (su hijo) válido hasta el 19-12-2018, debemos indicar que existen pronunciamientos de Tribunales Superiores de Justicia en casos sustancialmente iguales al aquí enjuiciado, y en concreto debemos referirnos a la sentencia del TSJ de Galicia de 21-12-2017, que contempla un supuesto muy semejante y en el que asimismo el INSS denegó la asistencia sanitaria, el Juzgado de lo Social la concedió y la entidad gestora recurrió en suplicación. En dicha sentencia se razona y argumenta lo siguiente: “Una vez establecido esto, (se refiere al dato de que la actora está en posesión de una tarjeta de residencia temporal de familiar de ciudadano de la UE con caducidad en 11 de junio de 2020, toda vez que su hija es ciudadana española), y en atención a los temas planteados por la recurrente, e incluso los que ha entrado a resolver la Juez a quo, hemos de determinar hasta dónde abarca la competencia de la jurisdicción social, y está claro que nosotros somos competentes para determinar si la actora tiene derecho o no, en condición de asegurada, a la prestación de asistencia sanitaria (art. 2. o) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social), pero somos totalmente incompetentes para resolver si la concesión de la tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión que ostenta la actora es o no ajustada a derecho, por lo que las manifestaciones que sobre esta cuestión ha realizado la Juzgadora a quo, y las que realice esta Sala, solo tendrá efectos prejudiciales (art. 4 LRJS) sin que en absoluto la corrección o no de la concesión de dicha tarjeta pueda afectar a la denegación o concesión del derecho de la actora.

**TERCERO.-** Comenzando por la cuestión relativa a si la actora tiene o no derecho a la prestación solicitada hemos de acudir al RD 1192/2012 de 3 de agosto en donde se regula de forma separada la condición de asegurado (art 2) de la condición de beneficiario de una persona asegurada (art. 3). En el presente caso la demandante solicita su derecho, y la Juez así lo reconoce, en base a una alegación de que reúne la condición de asegurada, por lo que necesariamente hemos de acudir al art. 2 precitado que establece: Principio del formulario

*1. A efectos de lo dispuesto en este real decreto, son personas que ostentan la condición de aseguradas las siguientes:*

*a) Las que se encuentren comprendidas en alguno de los supuestos previstos en el artículo 3.2 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, que son los siguientes:*

*1.º Ser trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia, afiliado a la Seguridad Social y en situación de alta o asimilada a la de alta.*

*2.º Ostentar la condición de pensionista del sistema de la Seguridad Social.*

*3.º Ser perceptor de cualquier otra prestación periódica de la Seguridad Social, como la prestación y el subsidio por desempleo u otras de similar naturaleza.*

*4.º Haber agotado la prestación o el subsidio por desempleo u otras prestaciones de similar naturaleza y encontrarse en situación de desempleo, no acreditando la condición de asegurado por cualquier otro título. Este supuesto no será de aplicación a las personas a las que se refiere el artículo 3 ter de la Ley 16/2003, de 28 de mayo.*

*b) Las no comprendidas en el apartado anterior ni en el artículo 3 de este real decreto que, no teniendo ingresos superiores en cómputo anual a cien mil euros (límite que ha quedado sin efecto por STC 139/2016 de 21 de julio) ni cobertura*

*obligatoria de la prestación sanitaria por otra vía, se encuentren en alguno de los siguientes supuestos:*

*1.º Tener nacionalidad española y residir en territorio español.*

*2.º Ser nacionales de algún Estado miembro de la Unión Europea, del Espacio Económico Europeo o de Suiza y estar inscritos en el Registro Central de Extranjeros.*

*3.º Ser nacionales de un país distinto de los mencionados en los apartados anteriores, o apátridas, y titulares de una autorización para residir en territorio español, mientras ésta se mantenga vigente en los términos previstos en su normativa específica.*

La sentencia de instancia considera que la situación de la actora es encuadrable en el punto 2.b. 3 del RD 1192/2012 ya que: a) tiene nacionalidad cubana, b) es titular de una autorización para residir en España, y c) no consta que tenga cobertura sanitaria por otras vías.

La recurrente discrepa de este último punto, el c), ya que necesariamente tiene que tener la cobertura porque si no, no se le habría reconocido la residencia temporal en España. Se trata, en definitiva, de una cuestión de prueba de no concurrencia de uno de los requisitos de acceso a la prestación, al considerar la Entidad Gestora que ha de "presumirse" que la actora tiene tal cobertura.

Pero tal presunción no es hábil a los efectos pretendidos ya que:

a) como luego veremos el criterio dominante ante en las Salas de lo Contencioso administrativo de los Tribunales Superiores es, para que caso de reagrupamiento de familiares extranjeros no comunitarios de un ciudadano español, que no se le exige el cumplimiento de los requisitos del art. 7 RD 240/2007, por lo que no tendría que acreditar, a efectos de obtención de la tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la UE, ni la suficiencia de recursos económicos ni la cobertura sanitaria durante su estancia en España. Por lo tanto, difícilmente podemos presumir tal cobertura cuando no nos consta si para dársele la tarjeta de residente que ostenta se le exigió aportar el correspondiente seguro sanitario. En definitiva, no hay prueba fehaciente del hecho indicio sobre el que la Entidad Gestora construye su argumentación (art. 385 LEC).

b) la única forma que tendría la demandante de "destruir" dicha "supuesta presunción", sería realizando una prueba de un hecho negativo (que no tiene cobertura sanitaria por otra vía) y no se puede exigir la prueba de un hecho negativo; y

c) por el principio de facilidad probatoria ex art. 217.7 LEC, teniendo mayores posibilidades la Entidad Gestora, como Administración Pública, de acreditar la realidad de dicha cobertura, sin que ni siquiera conste que hubiese solicitado en forma procesal oportuna (libramiento de oficios) la petición de información a la autoridad administrativa competente en relación a los requisitos que se tuvieron en consideración para conceder la tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión Europea a la actora.

Por lo tanto, la actora tiene la condición de asegurada durante todo el tiempo que dicha autorización para residir se mantenga en vigor, y así ya se han pronunciado de forma reiterada varios Tribunales Superiores de Justicia, (entre otros STSJ de Cantabria de 19 de diciembre de 2014, rsu 814/2014, Castilla León de 10 de abril de 2014, rsu 231/2014, Asturias de 14 de febrero de 2014 rsu 106/2014) en cuyas sentencias se concluye que si los peticionarios, en el momento de formular la solicitud tienen una

autorización de residencia en territorio español en vigor, necesariamente tienen la condición de asegurados/as prevista en el 2.b.3º del RD 1192/2012, en tanto en cuanto dicha autorización permanezca vigente, y aun cuando hubiesen variado los requisitos que en su momento se tuvieron en consideración para reconocerle tal permiso de residencia. Y añaden que si la Entidad Gestora *"entendiera que la residencia le fue indebidamente concedida a la actora, por no reunir los requisitos para ello, podrá en su caso solicitar que se inste la declaración de lesividad art 103 y concordante de la Ley 30/1992 Legislación citada que se aplica de 26 de octubre Ley de Régimen Jurídico de Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común y ello en relación con los arts. 43 y ss de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, Legislación citada que se aplica. Pero lo que no puede la recurrente es dejar de inaplicar las consecuencias legales del reconocimiento del citado derecho de forma unilateral por entender que la concesión de la residencia en su día a la actora por la Autoridad competen para ello se incumplía uno de los requisitos para su concesión y por incumplirse el mismo la demandante ya no tiene acceso a uno de los derecho que ser titular de aquella le deparan"*.

El contenido de estos pronunciamientos nos llevan al otro grupo de cuestiones planteadas por la recurrente en relación con la exigencia, en el caso de autos, de los requisitos del art. 7 del RD 240/2007, y sobre las cuales, como antes señalamos, no nos corresponde pronunciarnos más que a meros efectos prejudiciales. Y a tales efectos señalaremos que es cierto que la Sala de lo Contencioso administrativo de este Tribunal Superior ha señalado (en sentencia citada por el recurrente y otras como la 27 de octubre de 2016, recaída en el Recurso 144/2016) que en el caso de reagrupación de parientes de ciudadanos españoles no les resultan exigibles los requisitos del Art. 7 del Real Decreto 240/2007, Legislación citada que se aplica, por lo que no tienen que justificar la suficiencia de medios económicos, y tampoco cabe aplicar la Orden de 9 de julio de 2012, que tiene un objetivo, el de evitar el perjuicio económico para España, que no juega en este caso, por mucho que en el preámbulo se diga que esta materia debe aplicarse a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en concreto la sentencia de 1 de junio de 2010, Jurisprudencia citada a favor alcance del término de familiar de un ciudadano de la Unión Europea, por lo que el término familiar de un ciudadano de un Estado miembro de la Unión Europea incluye a los familiares de un ciudadano español que se reúnan o acompañen al mismo; pues si son los ciudadanos europeos no españoles, y en su caso sus familiares, los que generan en España aquellos gastos por la prestación de servicios sanitarios y sociales de difícil reembolso, a ellos ha de aplicarse, sin extensión a los familiares no comunitarios de los ciudadanos españoles, postura que no solo mantenía esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Galicia en el momento en el que se le reconoce a la actora la tarjeta de residencia temporal de familiar de ciudadano de la UE, sino que era la mantenida por gran parte de los Tribunales Superiores españoles: (País Vasco, 29 de noviembre de 2016, recurso 323/2016, Madrid 28 de noviembre de 2016, rec 605/2016, Castilla León 18 de noviembre de 2016, rec. 166/2016, así como sentencias del TSJ de Navarra, Cantabria, etc.).

Sin embargo, no parece ser esta la postura que sostiene el Tribunal Supremo en reciente sentencia de 18 de julio de 2017, rec. 298/2016, que determina que "el Real Decreto 240/07 - con independencia y al margen de la Directiva -, en cuanto disposición de Derecho interno, es también aplicable a la reagrupación de familiares extranjeros (cualquiera que sea su nacionalidad) de españoles, hayan -o no- hecho uso de su derecho a la libre circulación y residencia por el Espacio Común Europeo, y, concretamente, su art. 7" añadiendo que: "Al español, es cierto, no se le podrá limitar -salvo en los casos legalmente previstos- su derecho fundamental a circular y residir libremente en el territorio español (art. 19 CE Legislación citada), pero esto no obsta para que cuando pretenda reagrupar a familiares extranjeros quede sometido a requisitos o condiciones, en este caso, los mismos que al resto de los ciudadanos europeos. Los presupuestos, pues, de los que deriva el derecho de residencia del

familiar extranjero del español residente en España son la nacionalidad española del reagrupante y concurrencia de alguno de los requisitos previstos en el art. 7, y, una vez surgido ese derecho, se aplicará el art. 8, de naturaleza meramente procedimental". En definitiva, concluye la precitada sentencia que dando "Respuesta a la cuestión que presenta interés casacional objetivo para la fijación de jurisprudencia: "Determinación de la aplicabilidad o no del artículo 7 del Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, a la reagrupación de familiares no comunitarios de ciudadanos españoles": Con base en cuanto ha sido expuesto, el art. 7 del RD 240/07 es aplicable a la reagrupación de familiares no comunitarios de ciudadanos españoles".

Pero en todo caso, reiteramos, estos pronunciamientos son a meros efectos prejudiciales ya que esta Sala de lo Social no tiene competencia en materia de extranjería y no puede entrar a cuestionar si la concesión de la tarjeta de residencia a la actora es o no ajustada a derecho, o si siguen teniendo derecho a la misma, ni puede denegársele el derecho a la asistencia sanitaria con sustento en una indebida concesión de la residencia legal que ostenta, por lo que necesariamente hemos de desestimar el recurso interpuesto y confirmar la sentencia de instancia.

La aplicación de la anterior doctrina judicial al caso de autos, así como teniendo en cuenta que los recursos se dan contra el fallo y no contra los razonamientos jurídicos, nos lleva a concluir con la desestimación del recurso del INSS y la confirmación de la sentencia de instancia.

**TERCERO.-** No ha lugar a imponer condena en costas al INSS habida cuenta que la Entidad Gestora recurrente está incluida dentro de las excepciones previstas en el art. 235.1 LRJS .

VISTOS los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

### **FALLO**

Desestimamos el recurso de suplicación presentado por la Letrada de la Administración de la Seguridad Social en nombre y representación del INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, contra la sentencia de fecha 10-10-2016 del Juzgado de lo Social nº 5 de Valencia; y en consecuencia, confirmamos íntegramente la misma. Sin costas.

## 2363

**Sentencia núm. 1.187, de 17 de abril de 2018**

**Materia: Prestación por desempleo. Cese de relación laboral: Impugnación. Extinción de la relación laboral. El trabajador tiene derecho a cobrar los salarios de tramitación. Cobro indebido de la prestación por desempleo iniciada con anterioridad a la impugnación del cese. Compensación salarios de tramitación con cobro indebido. Diferencias en el cálculo a la hora de regularizar la prestación indebidamente percibida.**

**Juzgado: Desestima la demanda, absolviendo al organismo público demandado de las pretensiones deducidas de contrario, confirmando íntegramente las resoluciones administrativas objeto de impugnación en el presente procedimiento.**

**Sala: Estima el recurso, estableciendo la cuantía a devolver por el actor en cantidad inferior a la establecida en la sentencia de instancia.**

**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 solicitaba dejarse sin efecto la resolución del SPEE en que se declaraba el cobro indebido de la prestación por desempleo en la cuantía de 2.789,29 euros, por incompatibilidad con los salarios de tramitación abonados por el FGS en el periodo indicado en dicha resolución administrativa.

Así, en primer término, y en base al artículo 193 “b” de la LRJS, se solicita la supresión del décimo cuarto hecho probado, en razón a que lo expresado en el noveno ordinal de dicho relato fáctico es contradictorio con lo que se dice en el hecho aludido al principio.

En realidad, el motivo debe decaer, no porque no sea cierto lo que se acaba de expresar, sino por que dicha incongruencia interna de la sentencia debería de ser puesta de manifiesto por conducto de la letra “a” de dicho precepto adjetivo, y todo esto al margen de lo que después se dirá.

**SEGUNDO.-** En el apartado destinado al examen del derecho aplicado, se censura a la sentencia la infracción del artículo 209.5 de la LGSS.

Se argumenta brevemente, dejando al margen lo que se dice en el último párrafo del motivo aludiendo a una agravación de las secuelas de la muñeca derecha afectada por el accidente, pues sin duda se refieren esas líneas a un litigio distinto y que los manes informáticos han trasladado a dicho escrito, que conforme con la resolución dictada por el SPEE el 23 de diciembre de 2015, y estimando en parte la reclamación previa del hoy recurrente, la cuantía pendiente de devolución por el cobro indebido de prestaciones de desempleo en el periodo objeto de controversia asciende a 1.178,28 euros, siempre teniendo en cuenta que esta prestación se compatibilizó indebidamente con salarios de tramitación abonados por el FGS. Como quiera que la sentencia recurrida, en atención a las sucesivas resoluciones existentes en el expediente de referencia, olvida lo que en esta resolución se establece y por el contrario, al desestimar la demanda, confirma una anterior resolución de dicho organismo gestor notificada al recurrente el 16 de febrero de 2015 en la que se establece que la cuantía a devolver es la mencionada al principio de la presente

sentencia, es evidente que debe ser revocada, y, accediendo a lo que se solicita en el presente recurso, considerar que la suma que debe reintegrarse al SPEE por la parte recurrente es la inferior de 1.178,28 euros.

En consecuencia, se estimará el recurso y se revocará la sentencia de instancia.

### **FALLO**

Estimamos el recurso de suplicación formulado por don J.S.L. contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 14 de los de Valencia de 30 de enero de 2017, recaída en autos sobre desempleo frente al SPEE, y con revocación de la citada resolución judicial, debemos declarar y declaramos que la cantidad que se debe reintegrar por dicho recurrente al citado organismo, por percepción indebida de prestación de desempleo, asciende a 1.178,28 euros, condenando a las partes a estar y pasar por esta resolución.

## 2364

**Sentencia núm. 1.203, de 17 de abril de 2018**

**Materia: Prestación de viudedad. El causante de la pensión de viudedad es un pensionista de jubilación por el Régimen General de la Seguridad Social cotizante en España y distintos países de la Unión Europea. Cálculo del importe de la pensión de viudedad. La actora demandante solicita que la pensión se calcule sin la “prorrata temporis”. Aplicación normativa comunitaria sobre coordinación de los sistemas de seguridad social. Reconocimiento petición formulada por la demandante.**

**Juzgado: Desestima la demanda absolviendo a los organismos codemandados de la pretensión deducida frente a las mismas.**

**Sala: Desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia. La aplicación del reglamento comunitario viene a confirmar que de acuerdo con la legislación española no se cumplen las condiciones exigidas para tener derecho a la prestación de viudedad al no haberse cubierto el periodo de cotización de 500 días en los cinco años inmediatamente anteriores al fallecimiento del causante. Tampoco accederse a la petición subsidiaria de incremento, al haberse desestimado la petición principal.**

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

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** 1. La sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 2 de Alicante desestimó la demanda presentada por doña M.A.W.B., por la que se impugnaba la resolución del Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) de 14 de diciembre de 2015, confirmada por la de 25 de febrero de 2016, en la que se acordó reconocer a la Sra. W. la pensión de viudedad por importe mensual de 64,64 euros, de acuerdo con las siguientes bases de cálculo:

Fecha de efectos- 1.01.2015  
Base reguladora- 908,83 euros  
Porcentaje aplicable a la base- 52  
Pensión teórica- 472,59  
Días de cotización en España- 1.712  
Días en Alemania y Holanda- 15.639  
Prorrata temporis a cargo de España- 9,86  
Pensión básica- 46,60  
Actualización- 17,88  
Revalorizaciones- 0,16  
Total mensual- 64,64

2. Frente a esta resolución judicial se interpone el presente recurso de suplicación que se sustenta en un motivo único redactado al amparo del apartado c) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS), en el que se denuncia la infracción del artículo 174.1 de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS) –texto refundido de 1994-, en relación con el artículo 3.1 del Decreto 158/1966.

Se argumenta por la recurrente que la sentencia de instancia al aplicar la prorrata temporis de la pensión de jubilación del cónyuge de la actora a la pensión de viudedad, realiza una interpretación restrictiva de los requisitos exigidos para lucrar esta pensión pues –continúa argumentando- “la regla de la prorrata temporis se aplica únicamente cuando la pensión no se lucra con los requisitos del Derecho

español, y ha de acudir a las cuotas extranjeras, lo que no es nuestro caso, porque (...) la recurrente no necesitaba de las cuotas holandesas para lucrar la viudedad, tenía 500 cuotas de la carencia necesaria, con más de 1700 que tenía su esposo cotizadas en España”.

**SEGUNDO.-** 1. Planteada la cuestión en los términos expuestos conviene comenzar recordando los datos fácticos que son necesarios para resolver el recurso y que no son objeto de controversia. Así consta lo siguiente:

- a) La demandante estuvo casada con don M.L.L.
- b) Según se refleja en el relato de hechos probados de la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 6 de Alicante de fecha 31 de enero de 2007 (autos 530/2006) –incorporada a las actuaciones, a la que se remite el hecho probado tercero de la sentencia recurrida-, el Sr. L.L. tenía acreditados los siguientes periodos de cotización: 441 días en España (entre 1956 y 1958 a los que se añadieron otros 1271 como asimilados, lo que supone un total de 1712 días); 32 años y 9 meses en Holanda (entre los años 1950 y 2000); y 10 años y 8 días en Alemania desde 1963. Con efectos de 21 de marzo de 2000 se le reconoció al Sr. L. por la Seguridad Social española una pensión de jubilación que, finalmente y como consecuencia de la mencionada sentencia, quedó fijada en el 100% de una base reguladora de 908,83 euros, siendo a cargo de España un porcentaje del 10,58 %.
- c) El 20 de diciembre de 2014 se produjo el fallecimiento del Sr. L. y la demandante solicitó el reconocimiento de la pensión de viudedad, con el resultado que se ha expuesto en el apartado 1 del fundamento de derecho primero de esta resolución.

3. Como ya se ha señalado y se expresa con toda claridad en el escrito de recurso, lo que pretende la Sra. W. es que el importe de su pensión de viudedad se calcule sin la prorrata temporis, esto es, que se le abone por el INSS una pensión mensual de 472,59 euros, equivalente al 52% de la base reguladora de 908,83 euros.

4. Atendidos los hechos que constan probados el recurso no puede prosperar. El artículo 174.1 LGSS/1994, vigente al tiempo del hecho causante, exige para lucrar la pensión de viudedad haber “completado un periodo de cotización de quinientos días, dentro de un periodo ininterrumpido de cinco años, inmediatamente anteriores a la fecha del hecho causante de la pensión”. Como se ha expuesto en el apartado 1 letra b) del fundamento de derecho segundo de esta resolución, este requisito no concurre en el presente caso pues la última cotización del Sr. L. en España se remonta al periodo comprendido entre el mes de agosto de 1957 y el mes de febrero de 1958, y el hecho causante de la pensión de viudedad se produjo con su fallecimiento en el mes de diciembre de 2014.

Ahora bien, como resulta que el Sr. L. había prestado servicios y cotizado en otros países de la Unión Europea, como son Alemania y Holanda, resulta de aplicación el Reglamento (CE) nº 883/2004 el Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre coordinación de los sistemas de Seguridad Social -que vino a sustituir al Reglamento (CEE) nº 1408/71, del Consejo. Y este Reglamento dedica su capítulo V a las pensiones de vejez y supervivencia; y en concreto, por lo que respecta al pago de las prestaciones su artículo 52 dispone, en lo que aquí interesa, lo siguiente:

“1. La institución competente calculará el importe de la prestación potencialmente adeudada:

a) en virtud de la legislación que aplique, únicamente si las condiciones exigidas para tener derecho a las prestaciones se han cumplido exclusivamente con arreglo a la legislación nacional (prestación nacional);

b) calculando un importe teórico y posteriormente un importe real (prestación prorrateada), de la siguiente manera:

i) el importe teórico de la prestación será igual a la prestación que el interesado habría causado en el supuesto de que todos los períodos de seguro y/o de residencia cumplidos de acuerdo con las legislaciones de los demás Estados miembros se hubieran cumplido de acuerdo con la legislación que dicha institución aplique en la fecha en que se liquide la prestación. En caso de que, con arreglo a dicha legislación, el importe no dependa de la duración de los períodos cumplidos, se considerará que dicho importe constituye el importe teórico,

ii) la institución competente establecerá a continuación el importe real de la prestación prorrateada, aplicando al importe teórico la proporción entre la duración de los períodos cumplidos antes de la fecha de la materialización del riesgo de acuerdo con la legislación que la institución aplique y la duración total de los períodos cumplidos antes de la fecha de la materialización del riesgo de acuerdo con las legislaciones de todos los Estados miembros afectados.”

La aplicación de este precepto nos conduce a la desestimación del recurso, pues, como hemos visto, conforme a la legislación española no se cumplían las condiciones exigidas para tener derecho a la prestación de viudedad dado que no se había cubierto un periodo de cotización de quinientos días en los cinco años inmediatamente anteriores al fallecimiento del Sr. L. Por tanto, de acuerdo con la regla contenida en el apartado b) del artículo 52 del Reglamento 883/2004, el INSS solo venía obligado a abonar el importe de la prestación prorrateada tal y como así hizo en la resolución impugnada que fue confirmada por la sentencia recurrida. Siendo ello así, el recurso debe ser desestimado.

5. Resta hacer una referencia al último párrafo del motivo del recurso en el que se pide que la pensión de 472,59 euros mensuales, que se corresponde con el importe que se reclama en este procedimiento, se incremente con las actualizaciones y revalorizaciones habidas desde 21-3-2000, fecha de la concesión inicial de la pensión de jubilación del causante.

Esta petición no puede ser atendida al haberse desestimado la pretensión principal, de la que se hace depender esta, que pretendía fijar el importe de la pensión mensual en 472,59 euros, sin que, además, se haya invocado por la recurrente la norma sustantiva o la doctrina jurisprudencial en la que se apoya esta petición, tal y como exigen los artículos 193 c) y 196.2 LRJS.

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

## FALLO

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de M.A.W.B. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 2 de Alicante de fecha 7 de diciembre de 2016 (autos núm. 162/2016); y, en consecuencia, confirmamos la resolución recurrida.

Sin costas.

## 2365

**Sentencia núm. 1.209, de 17 de abril de 2018**

**Materia: Pensión de jubilación: Derecho a la prestación. Cotización para el acceso a la prestación demandada. Carencia mínima necesaria. Aplicación “Teoría del paréntesis”. Cumplimiento de los requisitos para poder beneficiarse.**

**Juzgado: Desestima la demanda, absolviendo al órgano administrativo demandado de cuantos pedimentos se deducen en su contra.**

**Sala: Desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia. La actora no cumple los requisitos mínimos de carencia para poder acceder a la prestación pretendida. La demandante ha permanecido durante más de diez años alejada del mundo laboral no concurriendo en ella circunstancia personal, familiar, de salud o de cualquier otra índole, que pudiese justificar esos largos periodos al margen del mundo laboral, siendo por ende la sola voluntad de la actora la causa de permanecer tan dilatado periodo de tiempo apartada de la búsqueda activa de empleo.**

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

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Se recurre en suplicación por la representación letrada de Doña F.F.F. la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 3 de Alicante, en fecha 11 de octubre de 2016, por la que se desestimaba su demanda, interpuesta frente al INSS, denegando el reconocimiento de la prestación de jubilación pretendida.

**SEGUNDO.-** en un primer motivo de recurso, redactado al amparo del apartado b) del art. 193 LRJS, se solicita la revisión de los hechos declarados probados, interesando se completen los mismos en los siguientes términos:

*“Que la Sra. F figura como demandante de empleo desde el 03/03/2006 hasta más allá de la fecha del hecho causante, 17/05/2015 (fecha en que cumplió los 65 años) por lo que, si computáramos 15 años atrás desde el 03/03/2006 llegamos al día 3/3/1991. Y, según su informe de vida laboral, el 3/3/1991 la dicente se encontraba dada de alta en el régimen general, estando en dicha situación hasta el 31/3/1993, habiendo cotizado por tanto más de dos años dentro de esos 15, concretamente 749 días (18 días en la empresa I.R.M. S.L y 731 días cobrando prestación por desempleo”.*

Indica como documentos en los que basa su pretensión, la vida laboral de la demandante así como certificado del SERVEF obrante al folio 16 del expediente.

Esta petición ha de ser rechazada, pues no se deriva de forma literosuficiente de la documental indicada y lo que pretende la recurrente es que a través de la redacción que se pretende incorporar, se predetermine el fallo de la recurrida, a través de la aplicación de la teoría del paréntesis, que sostiene en su beneficio y cuya materialización no puede constar en hechos probados.

**TERCERO.-** En un segundo motivo de recurso, redactado al amparo del apartado b) del art. 193 LRJS, se solicita la revisión de las normas jurídicas aplicadas en la sentencia de instancia, que no se citan en ningún caso, citando asimismo sentencia de la Sala Cuarta de 14-03-2012.

Entiende la recurrente que le es aplicable la doctrina del paréntesis, pues al haber cotizado 25 años, 7 meses y un día, estando inscrita como demandante de

empleo durante casi 9 años y 5 meses, antes de solicitar la pensión de jubilación, se ha de entender que el tiempo que no estuvo inscrita como demandante de empleo es muy inferior a todo el tiempo cotizado, incorporándose al mercado laboral tras su alejamiento temporal.

Y que, por ello, debe reconocerse a la misma la prestación de jubilación solicitada, al cumplirse todos los presupuestos necesarios para ello.

Los hechos declarados probados en la resolución de instancia no constatan expresamente los periodos cotizados de la demandante, remitiéndose tanto en dicho relato como en la fundamentación jurídica, a lo previsto en el expediente administrativo. Dado que dichos datos no se han puesto en duda por ninguna de las partes, consta por ende acreditado para esta Sala que la actora cumplió 65 años de edad el 17-05-2015, solicitando prestación de jubilación el 18-8-2015 que le fue denegada.

Es relevante señalar que extinguió la última de las prestaciones por desempleo percibidas el 21-03-1993, dándose de baja como demandante de empleo en fecha 13-12-1995. No volvió de nuevo a figurar como demandante de empleo hasta el 03-03-2006, situación en la que no consta haya cursado baja al momento de solicitar su jubilación.

Antes del 21-03-1993 había cotizado un total de 9344 días, en los periodos trabajados para la empresa I.R.M. S.L y como perceptora de la prestación por desempleo. En los 15 años anteriores al hecho causante, no constan días cotizados.

Atendiendo a dichos datos, el recurso ha de ser desestimado. Hemos de aplicar para ello la doctrina de la Sala Cuarta prevista en Sentencia de 20-02-2018, rcud. 1845/2016, que explica pormenorizadamente la denominada "teoría del paréntesis" y su aplicación. Se dice en ella lo siguiente:

A la vista de estos antecedentes, la conclusión no puede ser otra que la de entender que la aplicación adecuada del artículo 161. 1 b) LGSS, en relación con el requisito de estar en alta o situación asimilada cuando se han producido diversas interrupciones en la inscripción como demandante de empleo, a efectos de valorar la concurrencia de la preceptiva carencia específica, es la que se contiene en la sentencia de contraste.

Como dicho precepto dispone "1. Tendrán derecho a la pensión de jubilación, en su modalidad contributiva, las personas incluidas en este Régimen General que, además de la general exigida en el apartado 1 del art. 124, reúnan las siguientes condiciones:.... b) Tener cubierto un período mínimo de cotización de 15 años, de los cuales al menos 2 deberán estar comprendidos dentro de los 15 años inmediatamente anteriores al momento de causar el derecho. A efectos del cómputo de los años cotizados no se tendrá en cuenta la parte proporcional correspondiente por pagas extraordinarias.

En los supuestos en que se acceda a la pensión de jubilación desde una situación de alta o asimilada al alta, sin obligación de cotizar, el período de 2 años a que se refiere el párrafo anterior deberá estar comprendido dentro de los 15 años anteriores a la fecha en que cesó la obligación de cotizar."

Por su parte, el art. 36 del RD 84/1996, considera como situación asimilada a la de alta, la "de paro involuntario una vez agotada la prestación, contributiva o asistencial, siempre que en tal situación se mantengan la inscripción como desempleado en la oficina de empleo", en coincidencia con la consolidada doctrina jurisprudencial en esta materia, que dando sentido al requisito de estar en situación

asimilada a la de alta al paro involuntario para acceder a la pensión de jubilación, ha declarado que ello supone el mantenimiento de la voluntad de incorporación al trabajo tras el agotamiento de la prestación o el subsidio de desempleo, para puntualizar que la persistencia de esa voluntad de trabajo ha de evidenciarse por el mantenimiento de la inscripción ininterrumpida y actualizada como demandante de trabajo en la correspondiente oficina de empleo (SSTS 29 de mayo de 1992, 17 de noviembre de 1992 y 1 de abril de 1993, 20 de enero de 2003, rcud.1290/2002, entre otras muchas) (...).

Centrados de esta forma los términos del debate y como explica la STS de 15 de enero de 2010, rcud.948/2009, es aquel requisito de carencia específica sobre el que ésta Sala "ha aplicado la denominada teoría del "paréntesis" cuando la ausencia de tal periodo mínimo de cotización específico se produce por una imposibilidad en el beneficiario de trabajar, manifestada a través de una pérdida de la ocupación cotizada, del agotamiento de prestaciones por desempleo y de una posterior inscripción persistente en la oficina de empleo".

Tras lo que la precitada sentencia hace suyos los argumentos de la STS 19 de julio de 2001, rcud. 4384/2000, que resume esa doctrina a propósito de la carencia específica exigida en un caso de viudedad, estableciendo que en determinados supuestos en los que la legislación exige que las cotizaciones acumuladas se acrediten en un período próximo al acaecimiento de la contingencia protegida, "...el cómputo de este período se distienda mediante la exclusión de 'tiempos muertos' o 'paréntesis'".

Los criterios jurisprudenciales para la aplicación de esa "doctrina del paréntesis", cabe recordar, tal y como se dice en la STS citada, en la que se recogen otras anteriores de la Sala, que son los siguientes:

1) No cabe reducción de los períodos de carencia o cotización impuestos en las normas legales y reglamentarias (TS, IV, 5-10-97).

2) Los intervalos excluidos del cómputo del período o plazo reglamentario anterior al hecho causante son, en principio, aquellos en que el asegurado no pudo cotizar por circunstancias de infortunio o ajenas a su voluntad, como la situación de desempleo.

3) También cabe excluir de dicho cómputo, a efectos del cumplimiento de los requisitos de alta y cotización, un "interregno de breve duración en la situación de demandante de empleo" que no revele "voluntad de apartarse del mundo laboral" (TS, IV, 12-3-1998 y 9-11-1999).

4) "La valoración de la brevedad del intervalo de ausencia del mercado de trabajo se ha de hacer en términos relativos, que tengan en cuenta el tiempo de vida activa del asegurado, su 'carrera de seguro', y también en su caso la duración del período de reincorporación al mundo del trabajo posterior a su alejamiento temporal" (TS, IV, 25-7-2000)".

Conforme a la doctrina expuesta, la teoría del paréntesis no puede ser aplicada y por ende, retrotraer el cómputo de los dos años de carencia específica al momento anterior al que se produjo el cese de la obligación de cotizar, pues desde que en fecha 21-3-1993 se extinguió la prestación por desempleo percibida por la trabajadora, figurando de alta como demandante de empleo hasta el 13-12-1995, momento en que se produjo su baja, no volvió a darse de alta en el sistema hasta el 03-03-2006, esto es, 10 años y tres meses después.

No consta que en dicho periodo concurrieran en la actora, circunstancia personal, familiar, de salud o de cualquier otra índole, que de alguna forma pudiese justificar esos largos periodos al margen del mundo laboral, siendo por ende la sola voluntad de la actora la causa de permanecer tan dilatado periodo de tiempo apartada de la búsqueda activa de empleo. A ello no obsta que con posterioridad, el 3 de marzo de 2006, se diera de alta de nuevo como demandante de empleo para causar derecho a la prestación.

Por tanto, no cumpliéndose la carencia específica, ante la imposibilidad de aplicar la teoría del paréntesis por las razones expuestas, procede desestimar el recurso y con él, confirmar la sentencia de instancia.

**CUARTO.-** No procede la imposición de costas, al gozar la recurrente del beneficio de justicia gratuita, ex art. 235.1 LRJS.

En virtud de lo expuesto

### **FALLAMOS**

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de DOÑA F.F.F. frente a la sentencia dictada el 11 de octubre de 2016 por el Juzgado de lo Social número 3 de Alicante, en autos número 869/2015 seguidos a instancia de la precitada recurrente frente al INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL; y en consecuencia, confirmamos íntegramente la resolución recurrida. Sin imposición de costas.

## 2366

**Sentencia núm. 1.215, de 19 de abril de 2018**

**Materia: Responsabilidad pago prestación. Incapacidad permanente absoluta derivada de enfermedad profesional. Trabajador que ejerce tareas de marmolista en la empresa en que presta sus servicios hasta el cese de la actividad. Responsabilidad exclusiva en el pago de la prestación por la mutua con la que se tiene concertada la cobertura contingencias profesionales. Determinación aseguradores responsables de las prestaciones de incapacidad permanente derivada de enfermedad profesional durante el tiempo de exposición. Responsabilidad compartida.**

**Juzgado: Desestima la demanda, absolviendo a los demandados de las pretensiones deducidas en su contra. Responde únicamente la mutua que tiene cubiertas las prestaciones en el momento del hecho causante. No hay responsabilidad compartida.**

**Sala: Estima el recurso declarando la responsabilidad compartida en el pago de la prestación entre el INSS y la mutua demandada en la instancia, estableciéndose los porcentajes de responsabilidad entre las partes.**

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

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** De dos motivos consta el recurso de suplicación entablado por la representación letrada de la MUTUA U.M. frente a la sentencia del Juzgado de lo Social nº Dieciséis de los de Valencia que desestima la demanda y confirma la Resolución de la Dirección Provincial del Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) de 23 de septiembre de 2015 por la que se declaró a D. E.A.S. afecto de incapacidad permanente absoluta derivada de enfermedad profesional, declarando la responsabilidad de la MUTUA U.M. al abono de la indicada prestación, habiendo sido impugnado el recurso por el trabajador codemandado, D. E.A.S., conforme se expuso en los antecedentes de hecho.

El primero de los motivos se introduce por el cauce del apartado b del art. 193 de la Ley de la Jurisdicción Social (LJS) y tiene por objeto la revisión de los hechos declarados probados y en concreto la adición de un nuevo hecho probado que sería el séptimo y que de prosperar tendría este tenor: *"7. Los factores de riesgo a los que estaba expuesto el trabajador E.A. durante los 35 años en que estuvo dado de alta en la empresa A.D.J. eran: "exposición al sílice". Que el trabajador no utilizaba ninguna prenda de protección personal ni medida de prevención para evitar la inhalación del polvo de sílice, salvo los últimos 4-5 años de su vida laboral (2008-2013) en que se introdujo el chorro de agua en el corte y lijado como medida de protección, años durante los cuales estaba asegurado con Mutua U.M."*

La redacción solicitada se sustenta en el folio 116 del expediente administrativo donde se recoge las manifestaciones del trabajador D. E.A.S. y no puede ser acogida por cuanto que no constituye un medio de prueba hábil a efectos del recurso de suplicación ya que no cabe confundir el soporte de una prueba -interrogatorio de parte o testifical - con la naturaleza de la misma, por lo que su documentación física no muda su naturaleza y la convierte en prueba documental, dotándola de potencialidad para modificar el relato de los hechos (véanse por ejemplo, SSTS 28/09/98 -rco 5149/97 -; 02/02/00 -rco 245/99 -; 14/03/05 - rev. 57/03 -; 17/07/12 -rco 36/11 -; SG 18/03/14 -rco 125/13 -; y 08/03/16 -rco 82/15 -).

**SEGUNDO.-** En el correlativo motivo de recurso que se formula por el cauce del apartado c del art. 193 de la LJS se denuncia la infracción de la doctrina jurisprudencial recogida en las sentencias de diversos Tribunales Superiores de Justicia que declaran la responsabilidad compartida entre el INSS y la Mutua, en casos similares al de autos. Aunque las sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia no constituyen jurisprudencia a efectos de este extraordinario recurso, conforme se desprende de lo establecido en el art. 1.6 del Código Civil, la cita de las indicadas sentencias permite entender que lo que se insta es la aplicación de la legislación que en las mismas se recoge, así como la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo que en las mismas se refleja.

La cuestión ahora planteada se centra en determinar la entidad responsable en el pago de las prestaciones de incapacidad permanente, derivada de enfermedad profesional cuando el trabajador ha estado expuesto al agente causante de la misma antes y después de 2008, y bajo una cobertura de la contingencia con diferentes aseguradoras, y si la misma debe recaer exclusivamente sobre la Mutua demandante o ha de ser compartida entre dicha Mutua y el INSS que fueron las aseguradoras de la contingencia protegida durante el tiempo de exposición.

Como indica nuestro Alto Tribunal entre otras en la reciente sentencia de 19 de diciembre de 2017, Sentencia: 1029/2017, Recurso: 2898/2016, "Para resolver la cuestión planteada debemos remitirnos a lo resuelto en las sentencias de esta Sala, de 4 y 10 de julio de 2017 [rcud 913/2016 y 1652/2016, respectivamente], seguidas de las SSTS 15 de noviembre de 2017 [rcud 446/2016 ], 22 de noviembre de 2017 [rcud 1210/16 y 3636/2016 ] y 28 de noviembre de 2017 [rcud 29762016], entre otras, en relación con las prestaciones derivadas de enfermedad profesional y la determinación de la entidad responsable cuando ha existido una sucesión en el aseguramiento, entre el INSS y las Mutuas aseguradoras que lo fueron a partir de 2008, en donde se señala que:

1.- La enfermedad profesional, a diferencia de lo que sucede con el accidente de trabajo y aunque se exteriorice en un momento concreto, se va generando de forma silente e insidiosa en el tiempo y por la exposición del trabajador a las condiciones laborales que contribuyen a su formación por lo que no es posible establecer que la entidad responsable de las prestaciones que provoca dicha contingencia sea la aseguradora del momento en el que se manifiesta la enfermedad.

2. En el periodo en el que se está desarrollando la enfermedad es posible que concurren diferentes aseguradoras de la contingencia y, más concretamente, a partir del 1 de enero de 2008, momento en el cual el INSS deja de la aseguradora exclusiva de la enfermedad profesional, pudiendo ser asumida por las Mutuas.

3. La Sala ha elaborado una doctrina en orden a la determinación de las entidades aseguradoras que deben responder de las prestaciones de la Seguridad Social, derivadas de enfermedad profesional, cuando concurren diferentes entidades en el tiempo, siendo recogida dicha doctrina en las SSTS de 12 de marzo de 2013, recurso 1959/2012; 4 de marzo de 2014, recurso 151/2013 y 6 de marzo de 2014, recurso 126/2013, entre otras)

4. Igualmente, y respecto de diferentes contingencias, profesionales y comunes en supuestos en los que se procede a revisar por agravación una situación de invalidez derivada de accidente de trabajo y concluir por la existencia de un grado superior pero por confluencia de dolencias comunes, también se ha concluido en la existencia de una responsabilidad compartida [SSTS de 29 de octubre de 2002, rcud 82/2002, y 1 de diciembre de 2003, rcud 4268/2002].

5. Del mismo modo se ha recordado lo que esta Sala viene afirmando de forma reiterada en estos extremos y en relación con el hecho causante, al señalar que "la

regla general es que la responsabilidad corresponde a aquella entidad en la que está asegurada la contingencia en el momento en el que se produce el hecho causante" y en la que destacamos que "La noción de hecho causante, que es fundamental para determinar el momento en que ha de entenderse causada la prestación a efectos de derecho transitorio o para fijar el nacimiento de una situación protegida en aquellos casos en los que los distintos efectos del accidente se despliegan de forma sucesiva (incapacidad temporal, incapacidad permanente o muerte), no sirven para determinar la entidad responsable de las secuelas que derivan del accidente de trabajo, pues a estos efectos la fecha del accidente es la única que cuenta porque éste es el riesgo asegurado, y, por lo tanto, es la fecha de producción del accidente la que determina la aseguradora, aunque el efecto dañoso (la incapacidad o la muerte) aparezca con posterioridad" [ SSTS de 1 de febrero de 2000 (Rec.- 200/99 ), 7-2-2000 (Rec.- 435/99 ), 21-3-2000 (Rec.- 2445/99 ), 14-3-2000 (Rec.- 3259/99), citadas en la STS de 19 de enero de 2009, rcud 1172/2008] .

No obstante, la enfermedad profesional presenta particularidades en su generación y manifestación que permiten entender que, respecto de ellas, "el hecho causante no se produce en un momento concreto y determinado, sino que va gestándose a lo largo del tiempo hasta que se exteriorizan las dolencias" por lo que "como durante el periodo anterior al 1 de enero de 2008 el trabajador estuvo sometido a los elementos susceptibles de generar la enfermedad profesional - silicosis crónica complicada- y durante este periodo el riesgo estaba asegurado en el INSS y con posterioridad a esa fecha siguió sometido a la exposición a dichos riesgos -periodo en el que la contingencia estaba asegurada en M.- la responsabilidad derivada de las prestaciones que por contingencia de enfermedad profesional le han sido reconocidas al trabajador, ha de ser imputada a ambas entidades, en proporción al tiempo de exposición del trabajador a los citados riesgos."

La aplicación de la anterior doctrina pone de manifiesto que la sentencia de instancia no resulta ajustada a derecho ya que existiendo una exposición al agente causante de la enfermedad (el sílice) desde el 22-12-1976 y con posterioridad a 1 de enero de 2008 -como se advierte en los hechos probados, en concreto en el hecho probado primero, lo que derivó en la invalidez declarada en 2015-, no es posible imputar toda la responsabilidad a la Mutua que asumió el riesgo con posterioridad a 2008 y que fue la última en cubrir dicha contingencia profesional respecto al trabajador D. E.A.S., por ende, liberar al INSS del pago de la prestación, como ha resuelto la sentencia recurrida, cuando desde 1972 y hasta 2008 el INSS cubría la contingencia, sino que debe ser imputada a ambas entidades, en proporción al tiempo de exposición del trabajador al riesgo, tal y como solicita la Mutua recurrente, lo que determina la estimación del recurso y la revocación de la sentencia de instancia a fin de estimar la demanda y declarar la responsabilidad compartida de la prestación de incapacidad permanente absoluta de D. E.A.S. entre el INSS y la Mutua U.M. en los porcentajes interesados y cuya cuantía no ha sido controvertida, por lo que el INSS responderá en el porcentaje del 82,85% y la Mutua U.M. en el porcentaje del 17,15%.

**TERCERO.-** De conformidad con lo dispuesto en el artículo 203 LJS, se acuerda que una vez firme la presente sentencia, se proceda a la devolución de la consignación o, en su caso, la cancelación de los aseguramientos prestados, así como del depósito constituido para recurrir.

## FALLO

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de Mutua U.M., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº Dieciséis de los de Valencia y su provincia, de fecha 8 de febrero de 2017, en virtud de demanda presentada a instancia de la recurrente frente al Instituto Nacional de la Seguridad Social, la

Tesorería General de la Seguridad Social, MC M., la empresa J.A.D. y el trabajador E.A.S. y en consecuencia, revocamos la sentencia recurrida y con estimación de la demanda, declaramos la responsabilidad compartida en la prestación de incapacidad permanente absoluta para todo trabajo de E.A.S., teniendo que abonar dicha prestación el Instituto Nacional de la Seguridad Social en el porcentaje del 82,85% y la Mutua U.M. en el porcentaje del 17,15%, condenando a todos los codemandados a estar y pasar por dicha declaración.

Se acuerda que una vez firme la presente sentencia, se proceda a la devolución de las cantidades consignadas o, en su caso, la cancelación de los aseguramientos prestados y del depósito constituido para recurrir.

## 2367

**Sentencia núm. 1.221, de 19 de abril de 2018**

**Materia: Minusvalía: Discapacidad. Revisión grado. Diferenciación entre la discapacidad que se calcula en porcentaje y los factores sociales a la hora de integrar el concepto de grado de discapacidad.**

**Juzgado: Estima parcialmente la demanda declarando a la actora afecta de un grado de discapacidad del 53%, con efectos a partir determinada fecha.**

**Sala: Estima el recurso incrementando el porcentaje de discapacidad. Debería haberse integrado en el informe médico el porcentaje de discapacidad y los factores sociales complementarios. Procede su inclusión.**

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

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Frente a la sentencia de instancia que estimando en parte la demanda presentada en materia de determinación del grado de discapacidad o minusvalía de la Sra M.V., y le concede el 53% de acuerdo con lo así determinado por el Informe médico forense, interpone la parte actora recurso de suplicación. En un único motivo redactado al amparo de la letra b) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social –en adelante, LRJS-, solicita la revisión del hecho probado tercero, mediante la supresión de la palabra “grado” para sustituirla por la palabra “porcentaje”, pues ésta es la expresión que usa el médico forense en su informe obrante al folio 48. Señala la recurrente que, aceptando dicho cambio, es importante señalar que ambas expresiones no significan lo mismo, a la vista de lo expresado en el art. 5 del RD 1971/1999 de 23 de diciembre, en virtud de la actualización terminológica y conceptual de su Disposición adicional segunda, en la que se ha sustituido la expresión minusvalía por la de discapacidad. Por ello entiende que cuando el Forense menciona el 53% se refería al porcentaje de discapacidad, no al grado de discapacidad que se obtiene sumando a lo anterior los factores sociales complementarios, que en el presente supuesto son de 10 puntos, tal y como le reconoció la Generalitat. Y procede aceptar la revisión solicitada, pues sirve para esclarecer la cuestión, y aplicar correctamente la normativa aplicable, al observarse que cuando señala el porcentaje del 53% solo menciona las dolencias, no siendo competencia de dicho informe determinar ni cuantificar los señalados factores sociales.

**SEGUNDO.-** Entrando a analizar la normativa de aplicación al presente recurso, el Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad. Última actualización: 15 de septiembre de 2017, señala, en lo que aquí interesa, en su Artículo 4.- Grado de discapacidad, lo que sigue: “1. La calificación del grado de discapacidad responde a criterios técnicos unificados, fijados mediante los baremos descritos en el Anexo I del presente Real Decreto, y serán objeto de valoración tanto las discapacidades que presente la persona, como, en su caso, los factores sociales complementarios relativos, entre otros, a su entorno familiar y situación laboral, educativa y cultural, que dificulten su integración social. El grado de discapacidad se expresará en porcentaje. (...). Por su parte, el Artículo 5 Valoración, señala: “1. La valoración de la discapacidad, expresada en porcentaje, se realizará mediante la aplicación de los baremos que se acompañan como anexo I, apartado A), del presente Real Decreto.

2. La valoración de los factores sociales complementarios se obtendrá a través de la aplicación del baremo contenido en el anexo I, apartado B), relativo, entre otros

factores, a entorno familiar, situación laboral y profesional, niveles educativos y culturales, así como a otras situaciones del entorno habitual de la persona con discapacidad.

3. Para la determinación del grado de minusvalía, el porcentaje obtenido en la valoración de la discapacidad se modificará, en su caso, con la adición de la puntuación obtenida en el baremo de factores sociales complementarios en la forma prevista en el párrafo siguiente y sin que ésta pueda sobrepasar los 15 puntos (...).

Por tanto, distingue claramente la normativa dicha diferencia entre la discapacidad, que se calcula en porcentaje, y los factores sociales a la hora de integrar el concepto de Grado de discapacidad, por lo que al no constar que el informe médico forense que es el que ha servido a la sentencia de instancia para valorar, de acuerdo con los valores combinados, el porcentaje de discapacidad de la actora, incluyera los factores sociales complementarios, procede su inclusión.

**TERCERO.-** No procede condena en costas.

### **FALLO**

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de DOÑA M.C.M.V., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº. SIETE de los de ALICANTE, de fecha 15 de Noviembre del 2016; y, en consecuencia, revocamos la sentencia recurrida y declaramos que el grado de discapacidad de la actora es del 63%, condenando a la Generalidad Valenciana a que le reconozca los derechos y beneficios que la citada declaración conlleva.

Sin costas.

## 2368

**Sentencia núm. 1.238, de 19 de abril de 2019**

**Materia:** Despido. Trabajadora al servicio de empresa dedicada al diseño, fabricación y desarrollo de accesorios para el automóvil. Contrato indefinido a tiempo completo. Aplicación del convenio colectivo provincial para la industria, tecnología y servicios del sector del metal. Solicitud de excedencia voluntaria para el cuidado de hijos y posterior excedencia voluntaria concedida por un año. Durante los últimos tres meses de excedencia la actora trabaja para otra empresa cliente de la anterior. La actora solicita reingreso en la empresa, el cual le es denegado por no existir vacantes en su categoría. Mas tarde es readmitida y ese mismo día se le comunica su despido disciplinario. Transgresión buena fe contractual. Deslealtad. El marido de la actora había sido despedido con anterioridad.

**Juzgado:** Desestima la demanda declarando la procedencia del despido de la trabajadora, sin derecho a indemnización ni a salarios de tramitación.

**Sala:** Estima el recurso y revoca la sentencia de instancia declarando la improcedencia del despido. No quedan acreditados los requisitos comunes de culpabilidad y gravedad en la conducta de la trabajadora para dar lugar a la procedencia del despido. Al haber optado la empresa por la extinción de la relación laboral, procederá a indemnizarla en base al artículo 56.1 y D.T. 11 del ET, calculada hasta la fecha del despido como cese efectivo de trabajo, teniendo en cuenta los elementos base no discutidos de salario diario y antigüedad.

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

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Se recurre por la demandante D<sup>a</sup> S.P.F la sentencia del Juzgado de lo Social 17 de Valencia que, desestimando su demanda, declaró procedente el despido disciplinario de 3-10-2016 (aunque por error material manifiesto en el fallo dice 2013) de que había sido objeto por parte de su empresa SRG G.L. SLU.

Articula el recurso a través de dos motivos, al amparo del apartado c) del artículo 193 de la LJS, para el examen de las infracciones de normas sustantivas y doctrina jurisprudencial que indica y termina suplicando Sentencia por la que, con revocación de la recurrida, se declare la improcedencia de su despido condenando a la demandada a las consecuencias legales inherentes a tal declaración.

Ha sido impugnado por la demandada, oponiéndose e interesando la confirmación de la sentencia recurrida.

**SEGUNDO.-** En los dos motivos del recurso, que son susceptibles de examen conjunto, se alega infracción, por apreciación indebida de la concurrencia de la causa de despido, del artículo 205.2 de la LJS, en relación con los artículos 54.1 y 2 d) y 55.4 del ET, 21.1 del ET, 9.1 y 3 de la CE; en relación con el 1253 del Código Civil y 386 de la LEC, que regulan la prueba de presunciones e infracción, por inaplicación, del artículo 56.1 del ET en relación con el 105 de la LJS, en la medida en que no existe prueba alguna que acredite la comisión por la actora de ningún incumplimiento grave ni culpable que pueda justificar el despido por transgresión de la buena fe contractual en los términos detallados en la carta de despido. Argumenta, en síntesis, que la sentencia no ha cumplido con la legalidad ordinaria ni con los valores y principios constitucionales exigidos para fundamentar la aplicación de la cláusula general de la buena fe al haber apreciado la causa de despido de quebrantamiento de la buena fe contractual sin darse los requisitos de gravedad y culpabilidad; presumiendo una

connivencia, además no alegada en la carta, faltando el enlace preciso y lógico entre los hechos declarados probados y los consignados como tales en el Fundamento Segundo de la sentencia y sin respetar que el aspecto extraprocesal de la presunción de inocencia limita las facultades empresariales disciplinarias, en cuanto relación entre particulares, de modo que, cuando no mantiene la consideración de no autor o partícipe en un hecho delictivo y le despiden por un incumplimiento laboral inexistente está afectando a otros derechos fundamentales como la imagen del trabajador, su honor y su intimidad, haciéndole objetivo de una grave reprobación social y laboral que conlleva la pérdida del empleo cuestionando anticipadamente su comportamiento legal y ético sin que haya existido la sanción penal y entendiéndose que, pese a ser jurisdicciones distintas, el trabajador imputado penalmente también ostenta el derecho a ser tratado como inocente en las relaciones de todo tipo.

**TERCERO.-** Para resolver, hemos de partir de los hechos imputados en la carta de despido y de los hechos probados. Así:

I) El despido de la demandante, como nos resume la sentencia, se fundó en el artículo 54.1 y 2 d) del ET y en los arts. 16 c) y f) y el art. 17 c) del Convenio aplicable -el de la industria, la tecnología y los servicios del Sector del Metal de la provincia de Valencia-: trasgresión de la buena fe contractual, fraude, deslealtad o abuso de confianza y realización de actividades que implican competencia desleal a la empresa. Los hechos concretos que imputa a la trabajadora son los siguientes:

- mientras estaba en situación de excedencia voluntaria, ha estado trabajando como TRADE para la empresa R., propiedad del Sr. P.P., y a través de facturaciones, se ha lucrado de ese comercio, lo que ha sido perjudicial y contrario a los intereses de la empresa, trasgrediendo la buena fe contractual (párrafo 4º de la carta de despido)

- el alta en RETA de la trabajadora y su contrato como TRADE con la empresa T.A.R. S.L. tiene por objeto el asesoramiento industrial, y el diseño y montaje, materias que la actora conoce a partir de su trabajo en la empresa, produciéndose "ilícita convergencia con las actividades de nuestra empresa"; facturación por unos cometidos que obedecen a "una maniobra para aflorar las cantidades que abonaba R. a su esposo y que suponen un porcentaje de las facturas que R. nos giraba. (párrafo 5º de la carta de despido)

Concluye la empresa, en la carta de despido, que la conducta de la trabajadora "ha creado una situación de riesgo, ha producido un efecto pernicioso para la Organización y ha vulnerado los principios rectores de esta empresa". (párrafo 6º de la carta).

En definitiva, le imputa hechos supuestamente ocurridos durante la excedencia, hechos que la demandante niega, así como que sean constitutivos de competencia desleal y que tuviera pacto de no concurrencia.

II) Los hechos probados ya se han transcrito en los antecedentes de esta resolución y, de ellos, cabe destacar y sintetizar lo siguiente: a) La demandante, con antigüedad de 1-9-99 y categoría de Grupo 6, tras disfrutar de una excedencia para cuidado de hijo desde el 1-2-15 al 31-8-15, pasó a disfrutar desde el día siguiente de otra voluntaria con un año de duración y, tras denegarle una reincorporación, le comunicó que accedía a la misma debiendo personarse el 3-10-16, en que le entregó la carta de despido disciplinario con efectos de esa misma fecha; b) El marido de la demandante, que también era trabajador de la demandada, había sido despedido con efectos de 15-6-16 por hechos relacionados con los que motivaron el despido de la actora, dictándose sentencia por el Juzgado nº 8 que declaró la procedencia del despido - esta sentencia ha sido revocada por la de esta Sala de 21-3-18 (recurso 161/18) en que se ha declarado la improcedencia y que podemos utilizar aunque por el momento no es firme-; c) Del 1 de abril al 30-6-16, la actora figuró de alta en RETA para realizar actividad económica de intermediarios del comercio de productos como TRADE por cuenta de la empresa cliente R., que era proveedora de la demandada, habiendo suscrito el 14-3-16 un contrato privado con ella para prestar servicios profesionales de asesoramiento industrial y el mismo día suscribió otro con otra empresa para prestarle

servicios profesionales de confección de contabilidad, modelos fiscales y trámites de Seguridad Social; d) Cuando el marido de la demandante fue despedido, el responsable del departamento accedió al ordenador con el que trabajaba, propiedad de la empresa, solicitando claves de acceso. Al tomar conocimiento del estado del ordenador, se advirtió la presencia de documentación que no era de la empresa (ficheros electrónicos que apuntaban a la existencia de un esquema de reparto de importes, generados con pedidos posiblemente irregulares, que habían sido facturados por R. S.L. a la empresa demandada); e) En el análisis del equipo informático utilizado por el marido de la actora se detectó que entre el año 2008 y el 2016 se llevó en dicho equipo informático un control extracontable en un documento Excel, en el que aparecen registradas 2.450 líneas correspondientes con pedidos realizados a R. con un importe bruto de 866.034 euros. Tales pedidos se corresponden con pedidos reales efectuados por R. a SRG. Varios pedidos son irregulares. En el año 2016, el 50% del importe total bruto de los pedidos irregulares realizados a R. correspondientes al segundo trimestre de 2016 figuran como facturados por la demandante a R.; f) Entre los documentos que se hallaban archivados en el ordenador que utilizaba el marido de la actora mientras prestaba servicios por cuenta de la demandada, se hallan unas facturas y albaranes fechados en 2016 en los que figura la demandante y como cliente R.

**CUARTO.-** La sentencia recurrida dice en su Fundamento Segundo que ciertamente entre las partes litigantes no se concertó pacto alguno de no concurrencia, pero que el artículo 21 del ET se halla redactado en términos más amplios que los de la existencia de pacto expreso, al indicar que “no podrá efectuarse la prestación laboral de un trabajador para diversos empresarios cuando se estime concurrencia desleal”. Sin embargo, a continuación, la propia sentencia dice que “no consta que la demandante haya llevado a cabo para el cliente R. trabajos que puedan calificarse como competencia desleal”. También dice que “No consta que la demandante tuviera acceso al equipo informático que manejaba su marido, el Sr. R., ni durante la situación de excedencia ni anteriormente, dadas las tareas que tenía encomendadas la demandante en la empresa, de carácter manual, ni que las facturas y albaranes a nombre de la actora que aparecieron en el equipo informático utilizado por el marido de la demandante cuando prestaba servicios en la empresa las haya confeccionado ella, pues no se hallan firmadas y su autoría ha sido negada en el acto de juicio por la trabajadora.”

Sin embargo, para concluir en la procedencia del despido, argumenta que “La prueba practicada... han acreditado la realización por parte de la trabajadora de conductas contrarias a la buena fe contractual en el ámbito laboral que justifican la decisión extintiva, por su gravedad, pues si bien la demandante se hallaba en situación de excedencia ... el hecho de darse de alta en RETA el 1 de abril de 2016 para prestar servicios como TRADE para el cliente T.A.R. S.L., empresa cliente de la demandada, respecto de la que se ha tomado conocimiento de unas irregularidades en la facturación de productos, con ocasión del despido del marido de la demandante el 16 de junio de 2016, al acceder la empresa demandada al equipo informático manejado por el marido de la demandante, propiedad de la empresa, tras su despido, existiendo facturas y albaranes a nombre de la actora y respecto del cliente T.A.R. S.L., con indicios de fraude y perjuicio económico para la demandada, hechos que están siendo objeto de investigación en la vía penal, justifica la decisión extintiva por parte de la empresa, pues, con independencia de que fuera la actora o no la autora de tales albaranes y facturas, se aprecia cuanto menos connivencia con su marido para darse de alta en RETA como TRADE para el cliente R., realizara o no la demandante actividad económica real para dicha empresa”. Con ello pasa a apreciar una “connivencia” con su marido que ni fue imputada en la carta de despido ni resulta vía presunción judicial por falta de enlace preciso con los hechos si probados, con lo que incurre en las infracciones imputadas del artículo 105.2 de la LJS y del 386 de la LEC.

Por otro lado, como ya se dijo en nuestra anterior sentencia, relativa al despido

del marido de la actora, << el Tribunal Supremo subrayó en sentencia de 19 de julio de 2010 "cabe concluir en interpretación y aplicación del art. 54.1 y 2.b) ET, 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, no solo como un canon hermenéutico de la voluntad de las partes reflejada en el consentimiento, sino también como una fuente de integración del contenido normativo del contrato, y, además, constituye un principio que condiciona y limita el ejercicio de los derechos subjetivos de las partes para que no se efectúe de una manera ilícita o abusiva con lesión o riesgo para los intereses de la otra parte, sino ajustándose a las reglas de lealtad, probidad y mutua confianza, convirtiéndose, finalmente, este principio general de buena fe en un criterio de valoración de conductas al que ha de ajustarse el cumplimiento de las obligaciones recíprocas, siendo, por tanto, los deberes de actuación o de ejecución del contrato conforme a la buena fe y a la mutua fidelidad o confianza entre empresario y trabajador una exigencia de comportamiento ético jurídicamente protegido y exigible en el ámbito contractual; 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, lo que acontece cuando se quiebra la fidelidad y lealtad que el trabajador ha de tener para con la empresa o se vulnera el deber de probidad que impone la relación de servicios para no defraudar la confianza en el trabajador depositada, justificando el que la empresa no pueda seguir confiando en el trabajador que realiza la conducta abusiva o contraria a la buena fe. 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, pues basta para tal calificación el quebrantamiento de los deberes de buena fe, fidelidad y lealtad implícitos en toda relación laboral, aunque, junto con el resto de las circunstancias concurrentes, pueda tenerse en cuenta como uno de los factores a considerar en la ponderación de la gravedad de la falta, con mayor o menor trascendencia valorativa dependiendo de la gravedad objetiva de los hechos acreditados; D) Igualmente carece de trascendencia y con el mismo alcance valorativo, la inexistencia de una voluntad específica del trabajador de comportarse deslealmente, no exigiéndose que éste haya querido o no, consciente y voluntariamente, conculcar los deberes de lealtad, siendo suficiente para la estimación de la falta el incumplimiento grave y culpable, aunque sea por negligencia, de los deberes inherentes al cargo. 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, al igual que debe efectuarse en la valoración de la concurrencia de la "gravedad" con relación a las demás faltas que pueden constituir causas de 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... 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... Por consiguiente, como destaca, entre otras muchas, la STS/IV 27-enero-2004 (rcud 2233/2003) es doctrina de esta Sala la de que " el enjuiciamiento del despido debe abordarse de forma gradualista buscando la necesaria proporción ante la infracción y la sanción y aplicando un criterio individualizador que valore las peculiaridades de cada caso concreto (sentencias de 19 y 28 febrero, 6 abril y 18 de mayo de 1990, 16 mayo 1991 y 2 de abril y 30 de mayo de 1.992, entre otras)" >>.

Pues bien, creemos que en el caso de la actora -y con mayor motivo-, a partir de todo lo expuesto, la base de la apreciación por la sentencia recurrida de la causa de despido es débil y escasa, además de que, de darse el quebrantamiento de la buena fe y la pérdida justificada de confianza, faltarían los requisitos comunes de culpabilidad y gravedad. En efecto, lo único que consta es que la actora, durante su situación de excedencia, se dio de alta en RETA para realizar actividad económica de intermediarios del comercio de productos como TRADE por cuenta de la empresa cliente R., que era proveedora de la demandada, habiendo suscrito el 14-3-16 un contrato privado con ella para prestar servicios profesionales de asesoramiento industrial y el mismo día suscribió otro con otra empresa para prestarle servicios profesionales de confección de contabilidad, modelos fiscales y trámites de Seguridad Social, pero habiéndose descartado la competencia desleal; sin que conste tuviera acceso al equipo informático que manejaba su marido, ni durante la situación de excedencia ni anteriormente, como tampoco que las facturas y albaranes a nombre de la actora que aparecieron en el equipo informático utilizado por el marido de la demandante cuando prestaba servicios en la empresa las haya confeccionado ella y, ya hemos dicho, que la "connivencia con su marido" no se le imputaba en la carta de despido, de modo que se aprecia la infracción de los artículos 54.1 y 2 d) y 55.4 del ET, en relación con la doctrina jurisprudencial antes expuesta.

En consecuencia, procede la estimación del recurso y revocación de la sentencia, para declarar la improcedencia del despido con las consecuencias legales inherentes, significando que, habiendo hecho uso la empresa en juicio (como se nos dice en el Antecedente Tercero de la sentencia recurrida) de la opción por la extinción, lo que permite el artículo 110.1,a) de la LJS, la condena será al pago de la indemnización prevista en el artículo 56.1 y DT 11 del ET, por tanto, calculada hasta la fecha del despido como cese efectivo en el trabajo, teniendo en cuenta los elementos base no discutidos de salario diario de 54'24 euros y de antigüedad de 1-9-99 (hecho probado primero de la sentencia), según el módulo de 45 días por año de servicios hasta el 12-2-12 y de 33 desde esa fecha, con prorrateo en ambos por meses de los periodos inferiores al año, siendo así el importe, salvo error, se obtiene de 38.868'38 euros, conforme al siguiente desglose: de 1-9-99 a 12-2-12, corresponden 562'5 días (12 años y 6 meses) y de 12-2-12 a 3-10-16, corresponden 154 días (4 años y 8 meses). Total días 716'6 por el salario diario de 54'24 euros.

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

## FALLAMOS

Estimando el recurso de suplicación formulado por la demandante D<sup>a</sup> S.P.R. contra la Sentencia de fecha 16 de enero de 2018, dictada por el Juzgado de lo Social núm. 17 de Valencia, en autos 870/16 sobre DESPIDO DISCIPLINARIO, siendo parte recurrida la empresa SRG G.L. SLU, revocamos la referida Sentencia y, estimando la demanda, declaramos la improcedencia del despido de 3-10-16 de la demandante y condenamos a la empresa demandada a que, habiendo optado en juicio por la extinción, abone a la demandante la cantidad de 38.868'38 euros en concepto de indemnización hasta el despido. Sin costas.

## 2369

**Sentencia núm. 1.247, de 19 de abril de 2019**

**Materia: Reconocimiento de derecho. Relación laboral. Personal sanitario que presta sus servicios para organismo demandado. Las actoras han venido prestando sus servicios con sucesivos contratos de duración determinada e ininterrumpidamente y sin solución de continuidad. A partir de determinada fecha se les designa como funcionarias interinas. Declaración carácter indefinido de la relación laboral.**

**Juzgado: Estima parcialmente la demanda y declara la relación laboral que mantiene las demandantes con el organismo demandado de carácter indefinido no fijo.**

**Sala: Desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia. No se han producido las infracciones denunciadas en el recurso.**

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

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** D<sup>a</sup>. M.E.H.M. interpone su día demanda contra la empresa CONSORCIO HOSPITALARIO PROVINCIAL DE X. en ejercicio de acción de reconocimiento de derechos solicitando que se declare que ostenta una relación laboral indefinida y subsidiariamente no fija con la empresa demandada.

La sentencia de instancia estima en parte la demanda declarando que la relación laboral de la demandante con el organismo demandando tiene carácter indefinido no fijo y frente a dicho pronunciamiento 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 absuelva a la demandada de todas las peticiones.

D<sup>a</sup> E.F.M. interpuso otra demanda en los mismos términos que la anterior frente al CONSORCIO HOSPITALARIO PROVINCIAL DE X. solicitando igualmente se declare que ostenta una relación laboral indefinida o subsidiariamente indefinida no fija con la demandada. Dicha demanda recayó igualmente en el Juzgado de lo Social 3 de Castellón de la Plana que dictó Sentencia estimando también en parte la demanda y declarando que la relación laboral que la demandante mantiene con el organismo demandado tiene carácter indefinido no fijo. Frente a dicha Sentencia el organismo demandado interpuso igualmente recurso de suplicación solicitando que tras estimarse el mismo se revocara la Sentencia de instancia y se desestimara la demanda y por Auto de fecha 5 de Julio del 2017 dictado por la Sala se acordó la acumulación de los recursos citados seguidos ante esta Sala de lo Social con los números 2135/17 y 2136/17.

En primer lugar, debemos pronunciarnos sobre la documental aportada por la parte recurrente conforme al artículo 233 LRJS en el RS 2136/2017 haciéndolo en los mismos términos en los que ya nos pronunciamos en el recurso de suplicación 2135/2017 acordando la inadmisión de dicho documental, pues de hecho en el Auto de fecha 18 de Julio del 2017 aunque se hace referencia al RS 2135/17 se viene a analizar el contenido de las dos demandas y recursos. Como en dicha resolución acordamos la cuestión planteada en los recursos es exclusivamente jurídica para cuya resolución deben analizarse los contratos temporales suscritos y las características de la prestación de servicios de la trabajadora y no hechos y circunstancias acaecidas con posterioridad que es lo que revela la documental que la parte recurrente trata de unir

a las actuaciones. No estamos por lo tanto ante documentos decisivos para la resolución del recurso y teniendo en cuenta el carácter excepcional de la admisión de la documental en el presente trámite de recurso de suplicación y los supuestos tasados en los que cabe la misma, debemos acordar igualmente la inadmisión de la referida documental pues de hecho uno de los documentos, el contrato suscrito por la trabajadora obedece precisamente a la ejecución de la Sentencia dictada en la instancia y no incide en la cuestión debatida en el recurso de suplicación.

**SEGUNDO.-** A tal efecto la parte recurrente en ambos recursos de suplicación formula un solo motivo de recurso al amparo del apartado c) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción social en el que tras alegarse una serie de hechos que no se reflejan en tal sentido en el relato fáctico, señala que el Tribunal Supremo en abundante Jurisprudencia ha considerado que en el caso de las Administraciones o entes públicos, la insuficiencia o déficit de plantilla en tanto en cuanto no se pueda proveer las correspondientes plazas y puesto de trabajo de forma legalmente prevista, es causa hábil para acudir a la contratación por acumulación de tareas. Cita así Sentencias del Tribunal Supremo de mayo de 1004, de 21 de enero y 15 de febrero de 1995 y de 17 de noviembre de 1997, indicando además que también se pronuncia en tal sentido la Sentencia del TS de 16 de mayo del 2005 y esta Sala en Sentencias de fecha 21-5-13 y 29 de junio del 2015, así como en la de 12 de mayo del 2016 referida al Consorcio.

Sobre esta cuestión referida a la licitud de los contratos temporales suscritos por los trabajadores del Consorcio alternando tales contratos con nombramientos como Funcionario interino, se ha pronunciado ya esta Sala en la Sentencia de fecha 9 de diciembre del 2016 (Sentencia número 2708/2016) y como del relato fáctico contenido en la Sentencia y que no se ha tratado de modificar se desprenden circunstancias similares a las analizadas en la citada Sentencia de la Sala, por motivos de seguridad jurídica debemos seguir el criterio que mantuvimos en la citada Sentencia que es el criterio que aplica la resolución recurrida, considerando así que las actoras ostentan una relación laboral indefinida no fija con la demandada. Así, en cuanto a D<sup>a</sup> E.H. según los contratos y nombramientos que obran en el expediente administrativo y a los que se remite la Sentencia en el relato fáctico, inició su relación laboral con la demandada en fecha 6-9-2011 mediante un contrato de acumulación de tareas con duración hasta el 05/03/2012 y en el que se dejó en blanco la causa concreta a la que obedecía la referida contratación eventual. Dicho contrato fue prorrogado hasta el 05/09/2012 y fue sucedido por un nombramiento como funcionaria interina para suplir vacaciones estivales hasta el 28 de septiembre del 2012. El 06/06/2013 es nombrada como funcionario interino para sustituir a otra funcionaria, D<sup>a</sup> A.F. por IT-Incapacidad temporal con duración hasta el 25/09/2013 y tras ello desde el 01/10/2013 31/03/2014 y con prórroga hasta el 30/09/2014 suscribe un nuevo contrato eventual por circunstancias de la producción en el que nuevamente no se recoge causa alguna que justifique tal contratación eventual. Desde el 01/10/2014 al 31/10/2014 es nuevamente nombrada como funcionaria interina atendiendo a las necesidades de personal en el Consorcio Hospitalario por las licencias y permisos reglamentarios del mismo. Con efectos del 01/11/2014 y hasta el 31/01/2015 es nombrada funcionario interino para asumir una acumulación de funciones en tanto proceda ejecutar el plan de ordenación de Recursos Humanos que como consecuencia del estudio de estructuralidad de la plantilla resulte viable previa autorización de la Conselleria de Hacienda, si bien el 10/11/2014 y con duración hasta el 09/11/2015 suscribe nuevo contrato eventual por circunstancias de la producción en el que se recoge como causa de la contratación, "atender las exigencias circunstanciales de carácter temporal como consecuencia de una acumulación de trabajo que tiene su causa en el déficit estructural y localizado de la plantilla adscrita al servicio "esterilización" que origina desproporción entre la actividad debida y el número de personal del que se dispone durante el periodo determinado de referencia, periodo que se hace constar en el estudio de estructuralidad llevado a cabo por la Dirección

del Hospital enmarcado en el proceso de consolidación de empleo temporal en tanto proceda ejecutar el Plan de ordenación de Recursos humanos como consecuencia del estudio de estructuralidad de la plantilla resulte viable previa autorización de la Conselleria de Hacienda. Desde el 10/11/2015 al 09/05/2016 suscribe nuevo contrato eventual y en el que se hace constar ahora que se suscribe para “atender la demanda temporal de necesidades de personal para salvaguardar la asistencia en el marco de la prestación de servicios asistenciales sanitario en el consorcio hospitalario provincial de X. pendientes de una reorganización de los recursos humanos en tanto se tramita y sustancia la elaboración por parte de la Conselleria de Sanidad Universal y Salud Pública de un plan funcional de los servicios sanitarios adecuados a la Provincia de X. en función de su ámbito territorial y del factor población y se elabora de acuerdo al mismo, un plan de reordenación de recursos humanos”. El contrato se prorrogó hasta el 09/11/2016 y en esa misma fecha suscribe otro contrato eventual por circunstancias de la producción con el siguiente objeto: “atender la demanda temporal de necesidades de personal para salvaguardar la asistencia en el marco de la prestación de servicios asistenciales sanitario en el consorcio hospitalario provincial de X. con objeto de dar estabilidad y continuidad a la prestación de servicios en tanto se procede a la autorización del órgano competente en materia de Hacienda para la creación de las correspondientes plazas cuya aprobación ha sido acordada por el órgano ejecutivo correspondiente y atender las necesidades funcionales del Consorcio pendientes de una reorganización de los recursos humanos en tanto se tramita y sustancia la elaboración por parte de la Conselleria de Sanidad Universal y Salud Pública de un plan funcional de los servicios sanitarios adecuados a la Provincia de X. en función de su ámbito territorial y del factor población y se elabora de acuerdo al mismo, un plan de reordenación de recursos humanos.”

Por su parte D<sup>a</sup> E.F. inició su relación laboral con la demandada en fecha 30/04/2013 mediante un nombramiento como funcionaria interina para sustituir a otra funcionaria, D<sup>a</sup> M.T.H. por IT-Incapacidad temporal con duración hasta el 27/06/2013 y tras ello es nuevamente nombrada como funcionaria interina atendiendo a las necesidades de personal en el Consorcio Hospitalario por las licencias y permisos reglamentarios del mismo de conformidad con la vigente bolsa de trabajo con duración hasta el 30/09/2013. Con efectos del 01/10/2013 y hasta el 31/10/2013 es nombrada funcionario interino por la misma causa de atender las necesidades de personal en el Consorcio por las licencias y permisos y el 04/12/2013 suscribe un contrato temporal de interinidad para cubrir temporalmente el puesto 3229 durante el proceso de selección o promoción para su cobertura definitiva. El 13/02/2014 suscribe un contrato eventual por circunstancias de la producción con duración hasta el 12/08/2014 y en el que no se recoge causa alguna que justifique tal contratación temporal. El contrato se prorroga hasta el 31/10/2014 y con efectos del 01/11/2014 es nombrada como funcionaria interina para asumir una acumulación de funciones en tanto proceda ejecutar el plan de ordenación de Recursos Humanos que como consecuencia del estudio de estructuralidad de la plantilla resulte viable previa autorización de la Conselleria de Hacienda y con duración hasta el 31/01/2015, si bien el 10/11/2014 y con duración hasta el 09/11/2015 suscribe nuevo contrato eventual por circunstancias de la producción en el que se recoge como causa de la contratación, “atender las exigencias circunstanciales de carácter temporal como consecuencia de una acumulación de trabajo que tiene su causa en el déficit estructural y localizado de la plantilla adscrita al servicio “esterilización” que origina desproporción entre la actividad debida y el número de personal del que se dispone durante el periodo determinado de referencia, periodo que se hace constar en el estudio de estructuralidad llevado a cabo por la Dirección del Hospital enmarcado en el proceso de consolidación de empleo temporal en tanto proceda ejecutar el Plan de ordenación de Recursos humanos como consecuencia del estudio de estructuralidad de la plantilla resulte viable previa autorización de la Conselleria de Hacienda. Desde el 10/11/2015 al 09/05/2016 suscribe nuevo contrato eventual y en el que se hace constar ahora que se suscribe para “atender la demanda temporal de necesidades de

personal para salvaguardar la asistencia en el marco de la prestación de servicios asistenciales sanitario en el consorcio hospitalario provincial de Castellón pendientes de una reorganización de los recursos humanos en tanto se tramita y sustancia la elaboración por parte de la Conselleria de Sanidad Universal y Salud Pública de un plan funcional de los servicios sanitarios adecuados a la Provincia de X. en función de su ámbito territorial y del factor población y se elabora de acuerdo al mismo, un plan de reordenación de recursos humanos". El contrato se prorrogó hasta el 09/11/2016 y en esa misma fecha suscribe otro contrato eventual por circunstancias de la producción con el siguiente objeto: "atender la demanda temporal de necesidades de personal para salvaguardar la asistencia en el marco de la prestación de servicios asistenciales sanitario en el consorcio hospitalario provincial de X. con objeto de dar estabilidad y continuidad a la prestación de servicios en tanto se procede a la autorización del órgano competente en materia de Hacienda para la creación de las correspondientes plazas cuya aprobación ha sido acordada por el órgano ejecutivo correspondiente y atender las necesidades funcionales del Consorcio pendientes de una reorganización de los recursos humanos en tanto se tramita y sustancia la elaboración por parte de la Conselleria de Sanidad Universal y Salud Pública de un plan funcional de los servicios sanitarios adecuados a la Provincia de X. en función de su ámbito territorial y del factor población y se elabora de acuerdo al mismo, un plan de reordenación de recursos humanos." Dicho contrato con duración hasta el 31/01/2017 fue prorrogado hasta el 30/04/2017. La categoría de la primera trabajadora es la de Enfermera y la de E.F. es la de auxiliar de enfermería.

De los anteriores datos y como ya señalamos en la Sentencia que dictamos el 9 de diciembre del 2016, se evidencia que la contratación eventual de las actoras al menos desde Octubre del 2013 en el caso de D<sup>a</sup> E.H. y desde el mes de febrero del 2014 la otra trabajadora, en que se suscriben contratos eventuales en los que no se recoge causa alguna de tal contratación, adolece de inconcreción en cuanto a la causa de temporalidad que justifica su suscripción ya que solo se alude a la acumulación de tareas sin especificar a qué obedece dicha acumulación de tareas y aunque se admita por la doctrina jurisprudencial, que la insuficiencia de plantilla en el caso de las Administraciones Públicas puede actuar como un supuesto de «acumulación de tareas», al tratarse de un ámbito en el que no puede recurrirse a la interinidad por vacante si el puesto de trabajo no se ha creado como tal y no se ha incluido en la relación de puestos de trabajo, en el presente caso, no sólo no se consigna válidamente la causa de la contratación -con identificación tan solo de la circunstancia la acumulación de tareas- en el caso de tales contratos tras los cuales sigue prestando servicios sin solución de continuidad, sino que, además, la extinción de tales contratos eventuales es meramente formal porque tras tales extinciones, las actoras siguen prestando servicios en el mismo puesto de trabajo en virtud de su nombramiento como funcionario interino, sin que se alcance a comprender las razones por las que se le modifica su condición de personal laboral a funcionario interino a no ser las de evitar que adquiera la condición de trabajador indefinido no fijo, lo que tendría lugar si el contrato eventual hubiera sobrepasado el plazo máximo de duración previsto para tal tipo de contratación. Señala la parte recurrente que desde el año 2011 las Leyes de Presupuestos impedían la creación de nuevas plazas y puestos de trabajo y que por ello no ha podido crear la correspondiente plaza y convocar el proceso selectivo para cubrir el puesto que venían ocupando las actoras. Sin embargo, en los contratos temporales suscritos a los que se ha hecho referencia no se recoge causa alguna que motive la contratación temporal, no constando que la actividad de las actoras haya estado fundamentada en la existencia de cargas de trabajo a las que no se podía atender con la plantilla existente, por lo que en modo alguno podemos entender válido el acogimiento por la demandada a la figura del contrato temporal eventual por acumulación de tareas. Como la irregularidad de tales contratos laborales eventuales convierte la relación laboral en indefinida conforme a la doctrina Jurisprudencial que entiende que cuando un contrato temporal deviene indefinido por defectos esenciales en la contratación, la novación aparente de esa

relación laboral ya indefinida mediante la celebración de un nuevo contrato temporal sin práctica solución de continuidad, carece de eficacia a tenor de lo dispuesto en el artículo 3-5 ET. , aunque los últimos contratos suscritos pudiera entenderse que contienen causa cierta que llevaba a tal contratación temporal a la vista de los planes de ordenación de recursos Humanos citados por la recurrente, las actoras eran ya trabajadoras indefinidas no fijas y por ello debe mantenerse tal declaración realizada en la Sentencia de instancia. Ello es así pues además, en relación a los nombramientos como funcionario realizados se efectúan para atender las necesidades de personal, es decir la misma causa que motivó su contratación eventual, la insuficiencia estructural de plantilla del Consorcio Hospitalario Provincial de X., por lo que la justificación de dicho cambio no es otra que impedir que las actoras adquieran la condición de trabajador indefinido no fijo, lo que conduce a calificar como fraude de ley tales nombramientos.

Alega la parte recurrente que la contratación de las actoras lo fue con cargo a la bolsa de trabajo para la contratación de personal laboral temporal pero nada de ello se refleja en el relato fáctico y además menciona el hecho de un conflicto colectivo interpuesto ante el TAL y el acta de conciliación al que se llega en el seno del mismo, cuando tampoco nada de ello consta en el relato fáctico de la Sentencia. Lo mismo sucede respecto de las alegaciones formuladas sobre el estudio de estructuralidad y el plan de ordenación de Recursos humanos a los que no hace referencia la Sentencia y nada ha tratado de adicionar la parte demandada referido a tales extremos en el relato fáctico. Señala también la parte recurrente que, finalizado el plan de ordenación en noviembre del 2016, se despidieron 17 trabajadores en virtud de dicho Plan, lo que tampoco consta en los hechos probados, pero en todo caso reconoce la parte recurrente que como el puesto de trabajo que ocupaban las actoras era estructural y necesario para el normal funcionamiento del servicio se acordó en Consejo de Gobierno la creación de dichas plazas. Luego se vienen a alegar hechos sucedidos tras la presentación de la demanda, y así que en virtud de Plan acordado en Consejo de Gobierno sobre creación de plazas que no se autoriza hasta abril del 2017, lo que iba a tener lugar en el caso de las actoras es la novación de su contrato en un contrato laboral de interinidad con cargo a una vacante de naturaleza laboral pero que como recayó sentencia se suscribió con el demandante un contrato indefinido no fijo. Se trata de hechos posteriores a la acción ejercitada por las actoras e incluso a la Sentencia, que se funda en documentos que no han sido admitidos por la Sala y que no pueden subsanar las irregularidades de las contrataciones previas de las trabajadoras que son las que motivan que deba considerarse que su relación con la demandada es de un trabajador indefinido no fijo, habida cuenta del fraude en las contrataciones temporales efectuadas antes referidas y el carácter también fraudulento de los nombramientos como funcionario interino para evitar precisamente que por la duración de los contratos temporales pudiera alcanzar la condición de indefinido no fijo. Consideramos por ello que no se han producido las infracciones denunciadas en el recurso, que además no cita precepto o norma sustantivo infringido por la Sentencia y que se limita a citar las Sentencias antes referidas y debemos desestimar por ello los recursos formulados confirmando las Sentencias recurridas.

**TERCERO.-** En aplicación de lo dispuesto en el Art. 235.1 LRJS (L 36/11) (RCL 2011, 1845), procede la condena en costas a la parte vencida en el recurso, abonando los honorarios del Letrado de la parte actora en cada uno de los recursos formulados en la cuantía que prudencialmente fijamos en la parte dispositiva de esta resolución.

Por ello;

VISTOS los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

### **FALLAMOS**

Que desestimando los recursos de suplicación acumulados interpuestos por EL CONSORCIO HOSPITALARIO PROVINCIAL DE X. contra las sentencias de fecha doce de abril del Dos Mil Diecisiete dictadas por el Juzgado de lo Social Número 3 de Castellón, en autos número 389 y 390/2016 seguidos a instancias respectivamente de D<sup>a</sup> M.E.H.M. Y D<sup>a</sup> E.F.M. frente a la Entidad recurrente por RECONOCIMIENTO DE DERECHOS, debemos de confirmar íntegramente dicha Sentencia.

Condenamos a la parte demandada a abonar a cada uno de los Letrados de las actoras que han impugnado ambos recursos de suplicación la suma de 300 euros por el concepto de honorarios.

## 2370

**Sentencia núm. 1.255, de 19 de abril de 2018**

**Materia:** Extinción de contrato de trabajo. Trabajadora con contrato indefinido y a tiempo completo. A la actora le es de aplicación el convenio colectivo provincial de industria, servicios y tecnología del sector del metal. En determinado momento la demandante inicia proceso de incapacidad temporal por estado de ansiedad no especificado. La actora presenta demanda de solicitud de determinación de contingencia por accidente de trabajo por situación de acoso laboral. Enfrentamientos con otros trabajadores. Procedencia extinción relación laboral. Incongruencia extrapetita.

**Juzgado:** Estima la demanda declarando la extinción de la relación laboral, condenando a la empresa codemandada a abonar a la actora determinada cantidad en concepto de indemnización, más otra cantidad en concepto de daños morales. La magistrada de instancia declara extinguida la relación laboral por incumplimiento empresarial en materia de prevención de riesgos laborales y no por acoso laboral.

**Sala:** Estima el recurso y revoca la sentencia de instancia. No concurre causa extintiva que justifique la aplicación del artículo 50 ET. No existe un incumplimiento grave que justifique la extinción indemnizada de la relación laboral ni derecho a indemnización por daños y perjuicios al no quedar justificada la causalidad ente el daño alegado y la actuación empresarial.

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

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.** - 1. El presente recurso se estructura en dos motivos formulados respectivamente con amparo procesal en los apartados b y c del artículo 193 de la LRJS. En el primer motivo la recurrente solicita la modificación de los hechos probados TERCERO, CUARTO, QUINTO y OCTAVO para sustituir su redacción actual por los textos que propone cuyo contenido literal damos por reproducido a efectos de la presente. En su escrito de impugnación del recurso la parte actora solicita igualmente la modificación del hecho CUARTO de la sentencia en los términos literales que se recogen en su petición.

2. Propone en primer lugar la recurrente y con referencia conjunta a los documentos contenidos en los folios (109, 110, 112,115, 117, 119 y 121) integrar el contenido del diagnóstico médico asociado a la baja iniciada 2/05/2016 a efectos incorporar los elementos que determinaron la no calificación de dicha baja como contingencia profesional. Pretende además que se haga constar la pendencia del proceso judicial sobre calificación de contingencia y que se especifique la fecha en la que la empresa tuvo constancia de la denuncia y la de la reunión organizada para tratar el tema, así como que las desavenencias con las compañeras surgieron por temas personales ajenos a la relación laboral (prueba documental y testifical). En la petición de modificación contenida en el escrito de impugnación se pretende hacer constar que la patología de la actora esta exclusivamente relacionada con su empresa, para lo que se remite al contenido del folio 117.

3. En primer lugar y antes de dar respuesta a las modificaciones fácticas planteadas por las partes, debemos recordar que tal y como viene sosteniendo esta Sala de forma reiterada entre otras, en la sentencia de 11/06/2013 dictada en el recurso 3093/2012 es

doctrina jurisprudencial consolidada contenida ya en las sentencias del Tribunal Supremo de 16 de marzo y 5 de mayo de 1987, 3 de marzo de 1998 y 11 de diciembre de 2003, la que sostiene de forma unánime que el recurso de suplicación es un recurso extraordinario que solo puede prosperar por los motivos enumerados taxativamente en la norma procesal laboral (artículos 193 a 196 de la LRJS). De acuerdo con la citada doctrina la Sala de suplicación puede revisar los hechos declarados probados únicamente en virtud de error manifiesto de valoración de prueba documental o pericial, quedando vinculada con carácter general y fuera de la excepción señalada a la declaración de hechos probados que efectúe la instancia. En este sentido cabe recordar que para que una revisión de hechos pueda prosperar, se requiere el cumplimiento de los siguientes requisitos: 1º) Fijar qué hecho o hechos han de adicionarse, rectificarse o suprimirse. 2º) Precisar los términos en que deben quedar redactados los hechos probados y su influencia en la valoración del signo del pronunciamiento. 3º) Citar concretamente la prueba documental que, por sí sola, demuestre la equivocación del juzgador, de una manera manifiesta, evidente y clara, respetando escrupulosamente las facultades valorativas de los elementos de convicción que competen al juez de instancia por razón del artículo 97.2º LPL. 4º) Y que la revisión propuesta sea trascendente para el fallo, de tal manera que pueda tener virtualidad modificativa de aquél.

4. Aplicando la doctrina expuesta al caso que nos ocupa resulta clara la suerte desestimatoria de este primer motivo del recurso, así como de la propuesta efectuada por la parte impugnante. Las adiciones propuestas no se apoyan en ninguno de los casos en un error de valoración por parte de la juzgadora de los documentos de referencia. Tanto la recurrente como la impugnante en su petición hacen una exposición valorativa de los medios de prueba practicados que en el caso de la recurrente incluye referencias a la prueba testifical. Las propuestas efectuadas carecen además de la trascendencia pretendida pues pretenden incorporar datos no controvertidos que están contemplados en la fundamentación jurídica o en los propios hechos probados. Ambas propuestas en su integridad exceden del ámbito de aplicación de la norma procesal invocada y deben ser desestimadas.

**SEGUNDO-** 1. En el segundo motivo del recurso, la ahora recurrente denuncia con amparo procesal en el apartado c del artículo 193 de la LRJ, la infracción de lo dispuesto los artículos 24 de la CE, 97.2 de la LRJS y 50.1 c del ET de los trabajadores. Considera en primer lugar que la sentencia de instancia adolece de incongruencia extra-petita vulnerando su derecho de tutela efectiva, pues habiendo ejercitado la actora demanda de extinción por acoso laboral, la magistrada extingue la relación apreciando un incumplimiento en materia de prevención de riesgos, excediendo así de los límites objetivos de la contienda. Entiende además que no concurre causa extintiva que justifique la aplicación del artículo 50 del ET, dado que atendidas las concretas circunstancias que constan en el relato de hechos probados no se aprecia incumplimiento grave de la empleadora que justifique la extinción indemnizada de la relación laboral rechazando en todo caso la indemnización adicional por daños y perjuicios por no estar justificada la causalidad entre el daño alegado y la actuación empresarial.

2. En primer lugar hemos de puntualizar que tal como se desprende de lo dispuesto en el artículo 193 de la LRJS la denuncia de infracciones de carácter procesal relacionadas con las garantías constitucionales recogidas en el artículo 24 de la CE debe efectuarse por los cauces de la nulidad de actuaciones previstos en el apartado a) del citado precepto, y no por el apartado c) que como se desprende del tenor literal de la norma viene referido a la denuncia de infracciones de normas sustantivas de la jurisprudencia. En cualquier caso, y atendido el suplico de la demanda resulta claro que el objeto de debate en la presente litis, viene determinado por la petición extintiva basada en el incumplimiento empresarial ante la situación descrita en la citada

demanda por la trabajadora de manera que aunque la juzgadora desechara la existencia de acoso y procediera a calificar la situación laboral como conflictiva, no se produce una modificación sustancial de la petición que se funda en las responsabilidades derivadas de la respuesta dada por la empleadora a la situación de la trabajadora.

3. Se denuncia en segundo lugar la infracción de lo dispuesto en el artículo 50.1 c del ET que permite la extinción del contrato de trabajo a instancia de la trabajadora ante cualquier incumplimiento grave de sus obligaciones por parte de la empleadora. La sentencia considera que ante la situación de conflicto laboral que subyace a la afección psicológica de la trabajadora la empresa no adoptó medidas preventivas que evitaran el riesgo laboral. Sin embargo, de los hechos declarados probados en la sentencia que han resultado inalterados y son vinculantes para esta Sala no solo no resulta acreditada la existencia de una situación de acoso laboral, tal y como establece la propia sentencia, sino que no se constata un incumplimiento empresarial grave que justifique la extinción indemnizada del contrato a instancia de la trabajadora.

A diferencia de otros supuestos analizados por esta Sala en el caso que nos ocupa la contingencia laboral del proceso de Incapacidad temporal iniciado por la trabajadora el día 2 de mayo de 2016 no está determinada, existiendo un proceso judicial cuyo objeto es la impugnación de la resolución de la entidad gestora que la calificó como contingencia común. Los datos recogidos en los hechos probados no resultan determinantes, para desvirtuar la calificación que de la misma efectuó en su momento el INSS, puesto que mientras el hecho tercero recoge los informes médicos que por referencias de la propia actora asocian su estado de ansiedad al ambiente laboral, el hecho sexto reproduce el informe médico forense emitido en el proceso penal iniciado por el Juzgado de Instrucción de Ibi donde se cuestiona la realidad del nexo causal entre la baja médica y la problemática laboral, por lo que no existen elementos fácticos que permitan asociar el daño a un incumplimiento empresarial. En este sentido debemos tener en cuenta que, descartada la existencia de una situación de acoso laboral, la conducta de la empresa frente a lo que la magistrada de instancia denomina “situación de conflictividad laboral” pudiera igualmente dar lugar a responsabilidad siempre y cuando existan datos objetivos que evidencien que esta omitió, realmente su deber de vigilancia y protección y que esta omisión originó o agravó el perjuicio sufrido por la trabajadora. Sin embargo, como ya hemos dicho, en el presente caso no solo no está determinado el nexo causal entre el daño objetivado y las condiciones laborales de la trabajadora, sino que del relato fáctico no resulta que la empresa actuara con infracción de las normas de prevención. La trabajadora inicia la baja laboral en mayo de 2016 fecha en la que, tal como argumenta la magistrada, la empresa toma conocimiento de la existencia de un conflicto laboral, que se judicializa penalmente en diciembre de ese mismo año. Sin que pueda exigirse la puesta en marcha hasta ese momento de medidas preventivas, en cuanto no hay constancia fáctica de hechos, concretos, circunstancias o denuncias previas que revelaran una situación o riesgo susceptible de intervención o actuación preventiva. Por lo tanto, no se aprecia incumplimiento grave que justifique la extinción en cuanto que no se aprecia, en los hechos probados, un contexto previo a la baja de la trabajadora, con datos objetivos y situaciones concretas, en el que la empresa incumpliera de forma manifiesta sus deberes en materia de prevención, no siendo suficiente las alusiones genéricas a las discusiones personales que se refieren por los testigos y respecto de las que la empleadora entiende trataba de mediar.

Debemos resaltar además que las referencias de la paciente a estos incidentes y la gravedad de su estado no pueden determinar y en este caso alterar el origen de la enfermedad y que además no se constata una conducta específica y continuada del entorno laboral conocida por la empleadora, que insistimos, tal y como señala la sentencia de instancia tiene conocimiento de los hechos referidos por la trabajadora

una vez ha iniciado su proceso de baja laboral y por lo tanto cuando esta no se encuentra ya prestando servicios en la empresa, lo que hace difícil la adopción de medida alguna. Por lo tanto, tal y como hemos anunciado no se aprecia incumplimiento por parte de la empleadora en materia de prevención de riesgos laborales que revista la gravedad pretendida y que justifique en este caso las pretensiones económicas de la trabajadora y en consecuencia el recurso debe ser estimado.

Sin costas.

### **FALLO**

Estimamos el recurso interpuesto por J. SL Y J.H. SL, contra la sentencia dictada el 29 de septiembre de 2017 por el Juzgado de lo Social número 2 de Alicante y en consecuencia revocamos la sentencia recurrida y absolvemos a la demandada de las peticiones efectuadas en su contra

Sin costas.

Una vez firme procédase a la devolución de las cantidades consignadas para recurrir.

## 2371

**Sentencia núm. 1.333, de 24 de abril de 2018**

**Materia: Reconocimiento de prestación: Pensión de orfandad. El causante de la prestación es dado de alta en la empresa en la que presta sus servicios y a los 7 días se le da de baja al no superar el correspondiente periodo de prueba. Nueve días más tarde se produce el fallecimiento del trabajador. Solicitud por la pareja del causante de la pensión de orfandad en favor de la hija común. Requisito días cotizados para lucrar la prestación y consideración de situación de asimilación al alta del trabajador.**

**Juzgado: Estima la demanda declarando el derecho de la demandante, en nombre y representación de su hija menor, a recibir la pensión de orfandad reclamada.**

**Sala: Desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia. En el momento del fallecimiento del causante, este se encontraba en situación asimilada al alta.**

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

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Frente a la sentencia de instancia que estimo íntegramente la demanda y reconoció el derecho de la demandante, en nombre y representación de su hija menor a la pensión de orfandad reclamada y revoco las resoluciones del INSS, interpone recurso de suplicación el INSS, siendo impugnado 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 del hecho declarado probado cuarto, y en concreto pretende que a tal hecho probado se le dé la siguiente redacción: "CUARTO.- Tras solicitud de pensión de orfandad, el INSS denegó la misma mediante Resolución de fecha 24 de julio de 2015, por no encontrarse el causante a la fecha del fallecimiento en alta o situación asimilada a la de alta y por no reunir el periodo mínimo de cotización de quince años que aplicando el coeficiente global de parcialidad por trabajos realizados a tiempo parcial sería de 4.701 días. El fallecido acredita 3.630 días cotizados en toda su vida laboral", modificación fáctica que debe prosperar por cuanto así resulta del concreto documento en que se basa, sin perjuicio de la valoración que posteriormente se haga de la misma.

**SEGUNDO.-** Respecto del derecho, denuncia el recurso, con amparo procesal en el apartado c) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, que en la sentencia impugnada se ha producido infracción del art. 174.1 y 172.1 de la Ley General de la Seguridad Social, así como del art. 36.1.1 del Real Decreto 84/1996, de 26 de enero por el que se aprueba el Reglamento General sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social. Alega la parte recurrente que la cuestión en el presente caso no es tanto que el demandante no se encontraba de alta o en situación asimilada a la de alta, sino que no reúne el periodo mínimo de cotización exigido porque desde no alta también se puede causar la pensión de orfandad. Tampoco se acredita la causa del fallecimiento y no se puede determinar que enfermedad le impidió inscribirse como demandante de empleo.

Motivo que no puede alcanzar éxito. En el hecho probado segundo de la sentencia impugnada se establece que el causante de la pensión de orfandad en fecha 10 de junio de 2015 fue dado de alta en la empresa I.R.P., siendo dado de baja el 18 de junio de 2015, a instancias de la empresa, tras no superara el correspondiente

periodo de prueba, lo que evidencia que su cese en la empresa no fue voluntario sino por decisión empresarial. Tras el cese el trabajador podía inscribirse como demandante de empleo en el plazo de quince días, pero falleció el día 27 de junio de 2015, dentro del periodo del que disponía para inscribirse como demandante de empleo, por lo tanto, aun le restaban días para tal inscripción. Estos hechos evidencian que el causante tenía voluntad de incorporarse al mercado laboral como lo demuestra que trabajara en una empresa si bien fue dado de baja al no superar el periodo de prueba, por decisión empresarial y por lo tanto involuntaria para el trabajador, es presumible que el causante tras su cese vista su incorporación al mercado laboral se hubiera inscrito en demanda de empleo, lo que no pudo realizar al fallecer antes de finalizar el periodo que disponía para ello, pudiendo haberlo hecho de no surgir esta contingencia, no estando obligado el causante a inscribirse de inmediato, pues disponía de un periodo para tal inscripción. Todo lo cual permite considerar que a la fecha del fallecimiento el causante debe ser considerado en situación asimilada a la de alta por cuanto se encontraba en situación y con posibilidades de pedir su inscripción en demandada de empleo que no pudo realizar por causas ajenas a su voluntad y por lo tanto no le es exigible la carencia de quince años de cotización o la proporcional por el coeficiente global de parcialidad por trabajos realizados a tiempo parcial que sería de 4.701 días. En consecuencia, debe exigirse la carencia de 500 días dentro de los cinco años anteriores a la fecha en que cesó la obligación de cotizar, lo que cumple al no acreditarse lo contrario. Y por lo tanto debe confirmarse la sentencia impugnada, previa revocación del recurso que se examina.

### **FALLO**

Que debemos desestimar y desestimamos el Recurso de Suplicación interpuesto en nombre del Instituto Nacional de la Seguridad contra la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. Tres de Alicante, en fecha veintitrés de julio de dos mil dieciséis (autos 831/2015), en virtud de demanda formulada a instancia de D<sup>a</sup>. J.A.Y. y D<sup>a</sup>. J.L.G.Y., y en su consecuencia, debemos confirmar y confirmamos la sentencia recurrida.

## 2372

**Sentencia núm. 1.414, de 24 de abril de 2018**

**Materia:** Extinción de la relación laboral: Despido improcedente. Trabajadora técnico gestor en empresa dedicada al servicio de asistencia en tierra de aeronaves y pasajeros en ente aeroportuario. La actora es subrogada voluntariamente en otra empresa al disminuir la actividad de su empresa con la consiguiente disminución de los servicios. Error en la subrogación. La nueva empresa subrogante no acepta la subrogación. La demandante se dirige a ambas empresas para conocer en cual debe realizar su actividad. No pudiendo acceder a una de ellas y negándole la otra el ejercer su actividad decide entablar demanda por despido. Cumplimiento convenio colectivo.

**Juzgado:** Estima parcialmente la demanda declarando el derecho de la demandante a permanecer en plantilla, sin quedar afectada por la subrogación operada con ocasión de la sucesión en el servicio por parte de la codemandada, condena a la reposición de la trabajadora a sus anteriores condiciones de trabajo y al pago de salarios y gratificaciones extraordinarias, y condena subsidiariamente al organismo codemandado en la instancia al pago de las cantidades adeudadas por insolvencia empresarial. Absuelve a la empresa codemandada de todas las pretensiones formuladas en su contra.

**Sala:** Estima el recurso declarando improcedente la extinción de la relación laboral. Condena a la empresa donde la actora prestaba sus servicios a readmitir a la trabajadora o a indemnizarle por despido improcedente puesto que no ha habido subrogación empresarial ni la empresa ha cumplido con lo establecido en el convenio colectivo que le es de aplicación.

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

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.1.** El recurso interpuesto, que ha sido impugnado en nombre de la parte actora, 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 “infracción de los artículos 49.1.k), 55 y 56 del Estatuto de los Trabajadores, Real Decreto Legislativo 2/2015, en relación al artículo 108 de la Ley 36/2011, Reguladora de la Jurisdicción Social y de la jurisprudencia que los interpreta”. Argumenta en síntesis que la intención de la recurrente fue en todo momento poner fin a la relación que le vinculaba con la actora, entendiendo que la obligación de subrogarse correspondía a la otra empresa demandada, y que si se entendía que la recurrente no había cumplido las obligaciones señaladas en el convenio colectivo para la subrogación, conforme a lo declarado por el Tribunal Supremo en sentencia de 10 de junio de 2013, citada también por la sentencia de instancia, no se produce transferencia alguna para la empresa entrante y estamos ante un despido al no mediar la extinción de un contrato temporal, criterio que se reitera en la sentencia del mismo Tribunal de 15 de octubre de 2013 (R.3173/2012), invocando también la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de abril de 2016 sobre el despido tácito (“...cuando medien “hechos o conductas concluyentes” a partir de las cuales pueda establecerse la inequívoca voluntad empresarial de resolver el contrato...”), despido tácito que es el que se alegaba en el hecho tercero de la demanda, y que debe dar lugar a la declaración de despido improcedente ante la ausencia de motivo alguno para declarar su nulidad.

2. Del inalterado relato histórico de la sentencia de instancia destacamos: A) La demandante vino prestando servicios por cuenta y orden de la demandada S.H., S.A., en Aeropuerto de Alicante, con categoría de Técnico gestor y salario anual de 34.022,65€. La actora había comenzado a prestar servicios en abril de 2007, con contrato fijo a tiempo completo, para la empresa F. S.L., que finalmente se llamó S.H. S.A. B) Las demandadas se dedican al sector de HANDLING, palabra que se utiliza para describir todos los servicios de asistencia en tierra en aeropuertos, tanto a aeronaves, pasajeros, incluida la asistencia a pasajeros con movilidad reducida, mercancías y correo, así como la actividad consistente en la prestación del servicio de colocación y retirada de pasarelas que conectan las aeronaves con la terminal aeroportuaria. La actora realizaba funciones de técnico administrativo para los servicios de handling que realizaba la demandada S.H. S.A. C) La demandada S.H., S.A., vino prestando servicios de HANDLING de pasajeros y rampa para las compañías SAS y TRAVES SERVICES hasta el 31-12-15. Con fecha 31-12-15 finalizó la relación contractual entre S.H. S.A., y las mentadas compañías, que a su vez contrataron el mismo servicio de pasajeros y rampa con la también demandada G. ALC 2015 UTE, que inició el mismo el 1-1-16. (Resultan hechos no controvertidos y que en todo caso deriva del documento 1 de G.). D) En fecha 11-12-15 las demandas suscribieron Acta donde se hacía referencia al cambio de servicios de handling de pasaje y rampa para las compañías SAS y Traves Services, indicándole que *“...como consecuencia de lo anterior y de conformidad con lo establecido en los artículos 67, 69 y 71 del III Convenio Colectivo General del Servicio la Compañía S.H. SA sufriría una pérdida de actividad parcial equivalente en número y porcentaje a los servicios dejados de prestar”*. En concreto se señaló en el acta que la disminución sería del 22,55% en pasaje y 22,54% en rampa, y que afectaría a 13 trabajadores en pasaje y 12 en rampa. Dicha acta fue firmada por representantes de ambas demandadas. E) En fecha 15-12-15 la actora firmó documento que le presentó la demandada S.H. que consta en la documental 3 de aquella y que se da aquí por reproducida, en el que indicaba que aceptaba voluntariamente la *“Oferta de Recolocación Voluntaria realizada para pasar a ser subrogada a partir del próximo día 01 de Enero de 2.016...”*. -En fecha 23-12-15, a las 15:54 personal de S.H. remitió correo a G. que consta en la documental 2 de aquella en el que se indicaba que *“...En la subrogación de ALC hay un error. **Falta un Técnico Gestor.** Te mando el acta corregida. Y ahora te paso la documentación. Te mando el cuadro con la pérdida de actividad donde aparece el técnico gestor que me falta...”* En la misma fecha a las 16:20, se contestó por G. por medio de correo que igualmente consta en la documental 2 referida, en el que se indicaba *“P., No lo vamos a aceptar. El acta de subrogación está firmada de hace bastantes días y la documentación de la misma ya enviada, por lo que esta subrogación ya estaba cerrada e incluso informamos a AENA de que la documentación estaba enviada por vuestra parte. Así que no lo podemos aceptar en este momento”*. A las 17:05 S.H. remitió nuevo correo a G., que igualmente consta y se da por reproducido, en el que se indicaba *“Te ruego os lo replanteéis, se debe a un error de P. que no se dio cuenta al pegar las tablas y ya se siente bastante mal por el error, me consta que ya habíais hablado con la chica localmente y los sindicatos también estaban informados porque estaban en los números salen a subrogar. Evitemos llevar esto a la paritaria, porque los números son claros y sale a subrogar. Agradezco que os lo replantéis y podamos subsanar este error”*. -En fecha 24-12-15 S.H. remitió escrito a la actora que consta en la documental 4 de esta y que igualmente se da aquí por reproducida, en la que se indicaba que *“...habiendo usted aceptado la **oferta de recolocación voluntaria** realizada por la empresa para pasar a ser subrogado a la compañía G. 2015 ALC UTE...su solicitud cumple con los requisitos establecidos en el art. 67 a) del convenio colectivo...motivo por el cual: ...Pasará a ser usted subrogado por la compañía G. 2015 ALC UTE en los términos que establece el convenio colectivo general...”*. F) Por la demandada S.H., S.A., se sometió la controversia a la comisión paritaria del convenio colectivo general del sector de Servicios de Asistencia en tierra en Aeropuertos, prevista en el art. 14 del mismo. En fecha 14-1-16 se reunió dicha comisión, analizándose la controversia y levantando acta que consta en la documental 3 de la demandada G. y que se da aquí por reproducido

en su integridad. La comisión, vistos los hechos analizados, acordó "...que la empresa S.H. no ha seguido lo previsto en el convenio del sector en los artículos 72 y siguientes al pretender subrogar a una trabajadora del Grupo de Técnicos Gestores que no había sido incluida en el acta de subrogación firmada entre las partes. Lo pactado en el acta de subrogación es lo que se publica en la ORV en función de lo establecido en el artículo 74, y es a los términos de ese acuerdo a los que las partes han de sujetarse, sin que sea posible introducir una vez firmada el acta de subrogación y publicada la ORV introducir variaciones a lo pactado entre las partes en el acta de subrogación". G) **La actora se personó en las oficinas de G. el 4-1-16 para iniciar su primer día de trabajo, indicándosele por el responsable de la base en Alicante de la demandada G. que su subrogación no era válida y que no podía empezar a trabajar con dicha empresa. Seguidamente intentó acceder a las oficinas de S.H. para exponer su situación, si bien no pudo hacerlo por haber sido dada de baja su tarjeta. En función de ello la actora remitió, ese mismo día, escrito a S.H. en el que solicitaba arreglen "...mi situación laboral comunicándome en qué empresa debo trabajar definitivamente...En caso contrario, me veré obligada a defender mis intereses con todos los medios legales a mi alcance, incluyendo denuncia ante la Inspección de Trabajo y, si no hay otro remedio, demanda ante la jurisdicción laboral".** Al día siguiente, 5-1-16, remitió el mismo escrito a G.. En fecha 13-1-16 la demandada G. remitió escrito a la actora, en la que se le informaba del proceso habido y de que el mismo se habría cerrado sin que se incluyera, en el acta firmado con S.H. ni en la oferta de recolocación voluntaria publicada por la misma, a ningún técnico, categoría de la actora, por lo que no era posible llevar a cabo su subrogación. H) Por la actora se presentó denuncia ante la Inspección de Trabajo que dio lugar a actuaciones que finalizaron con informe remitido a aquella que obra en la documental 8 de la misma y que se da aquí íntegramente por reproducido, en el que se finalizaba señalando que "*Teniendo en cuenta los documentos examinados, las bases de datos consultadas y las manifestaciones de las partes, la Inspectora que suscribe entiende que el proceso de subrogación no se realizó conforme lo establecido en el Convenio Colectivo de aplicación respecto a la trabajadora Dña. L.M., por lo que debía haber seguido siendo trabajadora de la empresa S.H. SA. Al no admitir la empresa mencionada a la trabajadora se ha producido un despido...*".

3. De la doctrina jurisprudencial sobre el despido, en general, destacamos la contenida en las sentencias del Tribunal Supremo de 27 de julio y 29 de noviembre de 1993, entre otras, la expresión despido no debe entenderse en principio constreñida al de origen disciplinario, ya que su significado también comprende cualquier otro cese unilateralmente impuesto por el empresario al trabajador, aun fundado en causa ajena al incumplimiento contractual de este, consiguientemente, cuando deviene ineficaz la causa indicada, la resolución contractual que unilateralmente impone el empresario alegando su cumplimiento, constituye despido, debiendo de estar, a efectos de su calificación, a lo que la ley dispone para aquél, debiendo subrayarse también la doctrina jurisprudencial sobre el despido tácito contenida en la sentencia del Tribunal Supremo de **1 junio de 2004 conforme a la cual** sólo puede apreciarse la existencia de un despido tácito a partir de "hechos suficientemente concluyentes a partir de los cuales pueda establecerse la voluntad extintiva del empresario" - SSTs 24 de abril y 17 de julio de 1986, 4 de diciembre de 1989 , o 20 de febrero de 1991-,

4. Como subrayó la sentencia del Tribunal Supremo de **19 septiembre de 2013 (R. 1870/2012), reiterando doctrina precedente en relación con empresas que realizan operaciones de "handling" aeroportuario, esas operaciones "no implican sucesión empresarial del art. 44 ET porque no existe una verdadera transmisión de la organización productiva («un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica»)** y que, efectivamente, la nueva adjudicataria no tiene respecto de los trabajadores de la empresa saliente más obligaciones que

**las previstas en el pliego de condiciones o en el Convenio Colectivo aplicable (para sustitución empresarial en las operaciones de «handling» en el transporte aéreo, aparte de muchas otras anteriores, SSTS 11/10/05 -rec. 2518/04 -; 02/11/05 -rec. 2740/04 -; 02/11/05 -rec. 3045/04 -; 16/11/05 -rec. 4064/04 -; y 29/12/05 -rec. 3076/04 -);**" Entre estas últimas, nuestra sentencia de 16 de noviembre de 2005 (rcud 4064/2004) señalaba al respecto que " la incorporación "total o parcial" de la plantilla que se produce en estos casos nada tiene que ver con la transmisión de un establecimiento empresarial, sino que se trata de decisiones de la autonomía privada o de la autonomía colectiva, que se orientan bien a la nueva contratación de unos trabajadores con experiencia previa en la actividad que continúa o bien a establecer unas garantías adicionales para el personal de la empresa saliente.....Pero precisamente estas garantías se han establecido porque el supuesto no era reconducible al del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores .....".

5. Siendo así que de acuerdo con lo preceptuado en el Convenio Colectivo de aplicación, y atendiendo al tenor de la interpretación efectuada por la Comisión Paritaria del mismo, que compartimos, (*"que la empresa S.H. no ha seguido lo previsto en el convenio del sector en los artículos 72 y siguientes al pretender subrogar a una trabajadora del Grupo de Técnicos Gestores que no había sido incluida en el acta de subrogación firmada entre las partes. Lo pactado en el acta de subrogación es lo que se publica en la ORV en función de lo establecido en el artículo 74, y es a los términos de ese acuerdo a los que las partes han de sujetarse, sin que sea posible introducir una vez firmada el acta de subrogación y publicada la ORV introducir variaciones a lo pactado entre las partes en el acta de subrogación"*), interpretación que debe prevalecer de acuerdo con lo señalado en el artículo 91.1 y 4 del TR de la Ley del Estatuto de los Trabajadores; la subrogación a la nueva contratista, no procedía, debiendo permanecer la relación con la recurrente, por lo que consideramos que al no proceder esa subrogación la recurrente al no admitir al trabajo por esa causa a la demandante, incurrió en un acto de despido, de acuerdo con lo indicado en el apartado 3 de este fundamento jurídico, y habiéndose acreditado en definitiva el despido alegado por la trabajadora a quien correspondía la prueba del mismo (la prueba del hecho mismo del despido, corresponde al trabajador accionante según reiterada jurisprudencia (véase por ejemplo la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de julio de 1990 cuando indica que "es criterio jurisprudencial el de que en los juicios de despido corresponde al trabajador la prueba de la decisión empresarial de cesarle en su puesto de trabajo, por ser el hecho constitutivo de su pretensión y sin perjuicio de aquellos casos en que ello se deduzca sin lugar a dudas de la existencia de hechos concluyentes en tal sentido", criterio que se reitera por ejemplo en la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 2011), el mismo deberá ser calificado de improcedente, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 55.4, in fine del TR de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, y 108.1, párrafo segundo in fine de la LJS.

6. Se impone en consecuencia la estimación del único motivo de recurso, no sin resaltar lo sugestivo de lo argumentado en la razonada sentencia de instancia, pero que no consideramos deba prevalecer dado el Derecho **vigente al respecto, que es conforme a la normativa internacional y comunitaria existente, y que debe conllevar la declaración de improcedencia del despido enjuiciado.**

**SEGUNDO.** Corolario de todo lo razonado será la estimación del recurso interpuesto, y con revocación de la sentencia impugnada declarar la improcedencia del despido de que la actora fue objeto, con las consecuencias legales inherentes a tal declaración (artículo 56 del T.R. de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. Sin costas, ante el signo revocatorio del fallo (artículo 235.1 de la LJS). Acordando la devolución del depósito constituido para recurrir y de la diferencia en su caso entre la consignación del importe de la condena, y la dimanante de la presente sentencia (artículo 203.1 y 2 de la LJS), todo ello a la firmeza de la misma.

2. Para la fijación de la correspondiente indemnización (artículo 56.1 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, en relación con la Disposición Transitoria Undécima del T.R. de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, que reitera refundiendo lo indicado ya por la Disposición Transitoria quinta.2 de la Ley 3/2012, de 6 de julio), deberá tenerse en cuenta el criterio reiterado por la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de enero de 2011 (salario mensual multiplicado por doce y dividido por 365), que en el caso del actor asciende a 92,96€. Esa indemnización ascenderá a 45 días por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año, desde el 1 de abril de 2007 a 12 de febrero de 2012 (4 años y 10 meses), y desde esa fecha de 12 de febrero de 2012 a 4 de enero de 2016, fecha del despido (3 años y 11 meses) a 33 días por año de servicio con el mismo prorrateo, y que, salvo error u omisión asciende a 32.581,80 €.

### **FALLO**

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de S.H., S.A contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 2 de Elche el día doce de septiembre de dos mil diecisiete en proceso de despido seguido a instancia de doña L.M.A. contra S.H., S.A, G.ALC 2015 UTE y FONDO DE GARANTÍA SALARIAL y con revocación de la expresada sentencia y estimación de la pretensión ejercitada declaramos la improcedencia del despido producido en 5 de enero de 2016, condenando a S.H. S.A a estar y pasar por tal declaración y a que a su opción que deberá ejercitar en el plazo de cinco días desde que la presente le sea notificada readmita a la actora en su puesto de trabajo en las mismas condiciones que regían antes de producirse el despido o le abone, una indemnización de 32.581,80€ así como al pago de salarios de tramitación por importe diario de 92,96 € en caso de opción por la readmisión. in costas. Acordamos la devolución del depósito constituido para recurrir y de la diferencia en su caso entre la consignación del importe de la condena, y la dimanante de la presente sentencia (artículo 203.1 y 2 de la LJS), todo ello a la firmeza de la misma.

## 2373

**Sentencia núm. 1.466, de 8 de mayo de 2018**

**Materia: Declaración de minusvalía: Revisión grado y fecha de efectos de la misma. Error en la valoración de la prueba: cumplimiento de los requisitos para su apreciación.**

**Juzgado: Estima íntegramente la demanda declarando a la actora afecta de un grado de discapacidad global del 52%, más 13 puntos por factores sociales, resultando un grado de minusvalía total del 65%. Condena a la administración a pasar por esta declaración.**

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

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

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**ÚNICO.-** Frente a la sentencia del Juzgado de lo Social nº Seis de los de Valencia que estima íntegramente la demanda y reconoce a la actora un grado de discapacidad global del 52% con trece puntos por factores sociales complementarios, resultando un grado total de minusvalía del 65%, interpone recurso de suplicación la representación letrada de la demandante a través de dos motivos. En el primero de ellos que se dice amparar en el apartado b del art. 193 de la Ley de la Jurisdicción Social (LJS) se aduce la existencia de un error aritmético al no reconocerse a la demandante un grado de discapacidad global del 76% que es el que aparece en el informe del médico forense, mientras que en el segundo se dice que pese a que la demandante desistió en el acto de la vista a la reclamación de la pensión de invalidez no contributiva se le tenía que haber reconocido como fecha de efectos de la indicada pensión la de 25-7-2014 y con la actualización correspondiente.

Antes de entrar a examinar, en su caso, el recurso conviene recordar la doctrina consolidada de la que se hace eco la sentencia del Tribunal Supremo de 03 de octubre de 2007, recurso: 104/2006 en la que se dice que "la sentencia de 3 de marzo de 1987 declara que es unánime y reiterada doctrina jurisprudencial de esta Sala contenida entre otras muchas en sus sentencias de 17 de julio de 1982 y las en ella citadas, así como en las más recientes de 13 de febrero de 1984 y 18 de abril de 1985, y en las mencionadas, la de que sólo la parte a la que la resolución de instancia resulta desfavorable, puede como perjudicado o agraviado por ella, utilizar los medios de impugnación que la Ley concede para que se revoque o reforme, y entre ellos, destacadamente el recurso de casación, al carecer de interés y de legitimación para recurrir quienes no sufran ningún gravamen con la sentencia ya que lo primero que se requiere para recurrir es interés, al ser idea íntimamente ligada a la de vencimiento, de ahí que carezca de la mencionada legitimación activa para realizarlo quienes no sufran ningún gravamen con la sentencia de instancia dado que presupuesto fundamental es que aquél provenga de la parte dispositiva del pronunciamiento que puso fin al proceso en la instancia...."

La doctrina jurisprudencial expuesta que es acorde por lo demás con lo establecido en el artículo 17.5 de la LJS en el que se establece que: "Contra las resoluciones que les afecten desfavorablemente las partes podrán interponer los recursos establecidos en esta Ley por haber visto desestimadas cualquiera de sus pretensiones o excepciones, por resultar de ellas directamente gravamen o perjuicio, para revisar errores de hecho o prevenir los eventuales efectos del recurso de la parte contraria o por la posible eficacia de cosa juzgada del pronunciamiento sobre otros procesos ulteriores", bastaría para desestimar el recurso planteado por la representación letrada de la demandante ya que al haber sido estimada

íntegramente su pretensión, ningún gravamen se le ha ocasionado que pueda legitimarla para interponer el presente recurso.

Por otra parte, si entramos a examinar el recurso se constata que el primero de los motivos pese a fundamentarse en el apartado b del art. 193 de la LJS no concreta cuál es la adición, modificación o supresión que se solicita respecto al relato fáctico lo que conduce a su fracaso. Es criterio jurisprudencial constante reflejado en la sentencia del Tribunal Supremo de 18/1/2011 (recurso 98/09) y las en ella citadas (como la de 11/10/2007 y 5/11/2008) que para que pueda apreciarse error en la valoración de la prueba han de concurrir los requisitos siguientes:

1).- Que se concrete con precisión cuál sea el hecho afirmado, negado u omitido que se entiende equivocado, contrario a los acreditados o que conste con evidencia y no se haya incorporado al relato histórico (S.T.S 24/5/2000). 2).- Se ofrezca un texto alternativo concreto a figurar en la narración censurada de errónea, bien sustituyendo a alguno de sus puntos, ya completándolos, sin contener al efecto valoraciones o conclusiones de carácter jurídico. 3).- Se citen de forma precisa y concreta, los documentos o pericias de los que se estime se desprende la equivocación del juzgador, sin que sea viable admitir su invocación genérica ni plantearse revisión de cuestiones fácticas no discutidas a lo largo del proceso. 4).- Que esos documentos o pericias pongan de manifiesto el error de manera clara, evidente, directa y patente y, de forma incuestionable, sin necesidad de acudir a conjeturas, suposiciones o a argumentaciones más o menos lógicas, naturales y razonables, sin que en ningún caso coexistan documentos o pericias que presenten conclusiones plurales o contradictorias. 5).- Que la revisión pretendida sea trascendente a la parte dispositiva de la sentencia, con efectos modificadores de ésta, y con clara influencia en la variación del signo del pronunciamiento, pues en otro caso resultaría inútil la modificación y por el principio de economía procesal debe impedirse la incorporación de hechos cuya inclusión no conduzca a nada práctico por no resultar suficientes para cambiar la resolución del litigio aunque deben tomarse en consideración todas las diferentes soluciones que con respecto al fondo del asunto se puedan adoptar, y con el fin de no incurrir en la denominada incongruencia omisiva (Sentencia del Tribunal Supremo de 17/7/00). Todo ello partiendo de la premisa de que el órgano jurisdiccional de instancia ostenta una amplia libertad para apreciar las pericias y los documentos probatorios.

En el presente caso como ya se ha dicho no se concreta la modificación pretendida por lo que su deficiente formulación lo aboca al fracaso.

El siguiente motivo del recurso ha de correr la misma suerte porque al margen de que no concreta en que apartado del art. 193 de la LJS se fundamenta, las alegaciones que se realizan en el mismo sobre la fecha de efectos de la pensión de invalidez no contributiva de la actora parecen desconocer el desistimiento efectuado por aquella en el acto del juicio respecto a la indicada pretensión, desistimiento que impide cualquier pronunciamiento sobre la referida pensión, so pena de vulnerar la más elemental congruencia entre las pretensiones ejercitadas y la resolución judicial sobre las mismas.

Las consideraciones jurídicas expuestas conducen a la desestimación del recurso y la consiguiente confirmación de la resolución recurrida.

## **FALLO**

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de D.<sup>a</sup> C.A.C., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social n.º Seis de los de Valencia y su provincia, de fecha 25 de enero de 2017, en virtud de demanda presentada a su instancia contra la Conselleria de Bienestar Social de la Generalitat Valenciana y, en consecuencia, confirmamos la sentencia recurrida.

## 2374

**Sentencia núm. 1.473, de 8 de mayo de 2018**

**Materia: Reconocimiento de derecho. Adscripción de un trabajador a un puesto de trabajo como consecuencia de la extinción del organismo donde prestaba sus servicios. Trabajador que ejerce sus funciones como personal laboral en determinada Cámara Agraria. Extinción de la Cámara e incorporación del trabajador a determinado puesto de trabajo como administrativo en determinada Conselleria de la Generalitat. Solicitud nulidad resoluciones por prescindir del procedimiento establecido en la Ley 30/92 y por violación del artículo 103 en relación con el artículo 63 a) de la Ley 30/92.**

**Juzgado: Desestima la demanda absolviendo a la demandada de las peticiones contenidas en el suplico de la demanda.**

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

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

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** D. R.J.T interpone su día demanda contra la CONSELLERIA DE HACIENDA Y ADMINISTRACIÓN PÚBLICA DE LA GENERALITAT VALENCIANA, en ejercicio de acción de reconocimiento de derechos, solicitando que se declare la nulidad de la resolución de 2 de diciembre del 2014 por la que se desestima la reclamación previa a la vía judicial así como la resolución de 29 de mayo del 2014 de la Directora General de Recursos Humanos de la Conselleria de Presidencia, Agricultura y Pesca y Alimentación, por la que se adscribía al actor provisionalmente al puesto de trabajo nº 17.260 de la citada Conselleria manteniendo la resolución de 15 de febrero del 2013.

La sentencia de instancia desestima la demanda y frente a dicho pronunciamiento se alza la parte actora interponiendo recurso de suplicación y solicitando, previa estimación del mismo, el dictado de una nueva sentencia por la que, revocando la recurrida se acuerde estimar la demanda. La parte demandada por su parte impugnó el recurso.

**SEGUNDO.-** A tal efecto la parte recurrente formula un primer motivo de amparo del apartado c) del artículo 191 de la LPL (debemos entender se refiere al artículo 193 c de la Ley Reguladora de la Jurisdicción social que es la vigente a la fecha de la Sentencia recurrida). Se denuncia la infracción por violación del artículo 102-1 en relación con el artículo 62-1 de la Ley 30/92 de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo común. Lo que se alega por la parte recurrente es que la demandada al dictar la resolución de 29 de mayo del 2014 por la que se integra al actor como personal indefinido no fijo en la Generalitat Valenciana y se le adscribe provisionalmente al puesto 17.260, lo hace prescindiendo total y absolutamente del procedimiento establecido en la Ley 30/92 para la revocación de actos considerados nulos a anulables. Se alega también la infracción por violación del artículo 103 en relación con el artículo 63 a) de la Ley 30/92 pues la propia resolución de 29 de mayo del 2014 considera que la resolución de 15 de febrero del 2013 incurre en infracción del ordenamiento jurídico.

Los hechos de los que debemos partir para resolver la cuestión planteada son los siguientes. El actor venía prestando servicios para la extinta Cámara agraria como personal laboral indefinido. Con motivo de la extinción de dicha Cámara Agraria, la

Ley 10/12 de 21 de diciembre de medidas fiscales de la Generalitat Valenciana, en su artículo 152 prevé la integración de dicho personal en la Generalitat con efectos del 1-1-2013, con destino inicial en la Conselleria con competencias en materia de agricultura. Señalaba dicho artículo 152 en su redacción inicial: "1. *Quedan extinguidas las cámaras agrarias de ámbito provincial de la Comunitat Valenciana, como entidades de derecho público. 2. De acuerdo con lo previsto en la disposición adicional única de la Ley 18/2005, de 30 de septiembre, por la que se deroga la Ley 23/1986, de 24 de diciembre, el patrimonio de las cámaras agrarias de la Comunitat Valenciana se integrará en el patrimonio de la Generalitat, quedando adscrito a la conselleria competente en materia de agricultura para su afectación a fines de interés agrario en el ámbito territorial de la Comunitat Valenciana. 3. El personal contratado en régimen de derecho laboral por las cámaras agrarias provinciales de la Comunitat Valenciana que tuviera la condición de laboral fijo en la fecha de entrada en vigor de la ley, se integrará en la administración de la Generalitat, con destino inicial en la conselleria con competencias en materia de agricultura, en las categorías y grupo que corresponda en el convenio colectivo para el personal laboral al servicio de la administración autonómica. A estos efectos se tendrán en cuenta las funciones que desempeñaban en la cámara agraria en el momento de su integración de conformidad a su categoría profesional en las mismas. En cuanto a retribuciones, les serán respetadas las consolidadas en nómina que vinieran percibiendo a la entrada en vigor de la presente ley, adecuándolas al sistema retributivo vigente en la administración de la Generalitat procediendo, en su caso, al reconocimiento de los complementos transitorios y absorbibles. A tal efecto se les reconocerán los salarios correspondientes a la categoría profesional a la que sean equiparados dentro del convenio colectivo de trabajo para el personal laboral al servicio de la Administración autonómica y se abonará, en su caso, la diferencia por las retribuciones a que se refiere el párrafo anterior como un complemento personal transitorio, absorbible por futuros incrementos retributivos en los términos especificados en el convenio colectivo de trabajo para el personal laboral al servicio de la Administración autonómica. Se integrará, asimismo, el personal que estuviera prestando servicios con contrato laboral no fijo, en las mismas condiciones contractuales que tuvieran en la fecha de entrada en vigor de la ley. La fecha de incorporación efectiva del personal de las cámaras agrarias provinciales en la administración de la Generalitat, se fijará mediante resolución de la conselleria competente en materia de función pública. 4. Se faculta a la Conselleria competente en la materia, de acuerdo con la distribución de competencias establecida, para dictar o en su caso proponer al Consell las normas necesarias para proceder a la integración de los medios personales y la liquidación de los medios materiales de las citadas cámaras agrarias. 5. Una vez extinguidas las cámaras agrarias, la Generalitat, a través de la conselleria con competencias en materia de agricultura, asumirá los derechos y obligaciones de las entidades extinguidas. Asimismo, asumirá provisionalmente éstos mientras se llevan a cabo las operaciones para su total liquidación". Al amparo de tal norma que distingue entre personal laboral fijo y no fijo, la Dirección General de Recursos Humanos de la Generalitat dicta resolución el 15-2-2013 y adscribe al actor con carácter definitivo a un puesto de trabajo concreto, el número 17.260, tomando posesión el actor de dicho puesto.*

En fechas posteriores tiene lugar un Acuerdo entre la Administración General del Estado y la Generalitat para modificar el referido artículo 152 de la Ley 10/12, ante la posible inconstitucionalidad del mismo que se estaba planteando por la Administración Estatal. Se reforma así el artículo 152 de la Ley 10/12 por Ley 5/2013, añadiéndose ahora dos párrafos que señalan que la integración de dicho personal en la Generalitat no supondrá la adquisición de la condición de personal laboral fijo de la Generalitat sino que el personal será integrado mediante contrato indefinido permaneciendo adscrito provisionalmente al puesto de trabajo hasta la cobertura de la misma mediante los sistemas de provisión reglamentaria, momento en el que se producirá la extinción de la relación laboral salvo que el trabajador hubiera accedido

al empleo público tras superar el correspondiente proceso selectivo, contemplándose un proceso previo a la provisión reglamentaria para que dicho personal pueda acceder al empleo público. Dice así la reforma de dicho precepto por Ley 5/2013: *“Artículo 78. Se modifica el apartado 3 del artículo 152 de la Ley 10/2012, de 21 de diciembre, de Medidas Fiscales, de Gestión Administrativa y Financiera, y de Organización de la Generalitat de la Comunitat Valenciana, que queda redactado como sigue: «3. El personal contratado en régimen de derecho laboral por las cámaras agrarias provinciales de la Comunitat Valenciana se integrará en la administración de la Generalitat, con efectos de 1 de enero de 2013, con destino inicial en la conselleria con competencias en materia de agricultura, en las categorías y grupo que corresponda en el convenio colectivo para el personal laboral al servicio de la administración autonómica. A estos efectos se tendrán en cuenta las funciones que desempeñaban en la cámara agraria en el momento de su integración de conformidad a su categoría profesional en las mismas. Esta integración en ningún caso supondrá la adquisición de la condición de personal laboral fijo de la Generalitat, sino que el personal será integrado mediante contrato indefinido, permaneciendo adscrito provisionalmente al puesto de trabajo hasta que se proceda a la cobertura del mismo mediante los sistemas de provisión reglamentarios, momento en el que se producirá la extinción de la relación laboral salvo que el trabajador hubiera accedido al empleo público superando el correspondiente proceso selectivo. A los efectos de lo previsto en el párrafo anterior, los puestos de trabajo a los que haya sido adscrito este personal no podrán ser objeto de provisión reglamentaria hasta que el personal adscrito a los mismos no haya tenido la oportunidad de acceder al empleo público por haber sido convocado el proceso adecuado para la selección de personal del cuerpo o categoría correspondiente al puesto. En cuanto a retribuciones, les serán respetadas las consolidadas en nómina que vinieran percibiendo a la entrada en vigor de la presente ley, adecuándolas al sistema retributivo vigente en la administración de la Generalitat procediendo, en su caso, al reconocimiento de los complementos transitorios y absorbibles. A tal efecto se les reconocerán los salarios correspondientes a la categoría profesional a la que sean equiparados dentro del convenio colectivo de trabajo para el personal laboral al servicio de la Administración autonómica y se abonará, en su caso, la diferencia por las retribuciones a que se refiere el párrafo anterior como un complemento personal transitorio, absorbible por futuros incrementos retributivos en los términos especificados en el convenio colectivo de trabajo para el personal laboral al servicio de la Administración autonómica. El personal con derecho a integración que renuncie a la misma percibirá una indemnización cuya cuantía será de treinta y tres días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año, con un máximo de doce mensualidades. La renuncia al derecho de integración deberá manifestarse en el plazo de un mes, a partir de la entrada en vigor de la presente Ley, teniendo efectos desde el día siguiente a la fecha de la renuncia.»* Con motivo de dicha reforma del artículo 152 de la ley 10/2010 conforme al Acuerdo de la Comisión Bilateral de Cooperación Administración General del Estado y Generalitat Valenciana en el que se planteaba la duda de constitucionalidad de dicho precepto, se dicta una nueva resolución el 29 de Mayo del 2014 por la Dirección General de Recursos Humanos en la que se adscribe al actor con carácter provisional al mismo puesto de trabajo en el que previamente había tomado posesión y había sido adscrito con carácter definitivo.

A la vista de lo expuesto, advertimos como en febrero del 2013 la demandada dicta resolución que adquiere firmeza y en virtud de la cual el actor toma posesión de su puesto y amparándose en la reforma del artículo 152 antes citado por Ley 5/2013, se dicta nueva resolución en la que se integra al actor en la Generalitat pero como personal laboral indefinido y no como personal laboral fijo. En la reforma de dicho artículo 152 se incluye la previsión de que la integración de dicho personal de las extintas Cámaras Agrarias en la Generalitat como personal laboral indefinido, lo será

con efectos del 1-1-2013, de lo que se deriva que viene a fijar efectos retroactivos a la reforma de dicho artículo 152 alcanzando así a las situaciones que se hubieran podido producir antes de tal reforma como sucede en el caso del actor. Como indica el artículo 2-3 del Código Civil las Leyes no tendrán efectos retroactivos si no dispusieren lo contrario, y en este caso a la vista de la nueva redacción dada al artículo 152 de la Ley 10/2010 que se remite en cuanto a sus efectos al 1-1-2013 debemos entender que dicha norma fija efectos retroactivos a la modificación operada en tal precepto alcanzando así a situaciones que pudieran haberse consolidado como sucede con el acto administrativo por el que al actor se le adscribe a un destino definitivo. De este modo no nos encontramos ante un supuesto en el que se dicta un acto administrativo en febrero del 2013 contrario a la legalidad y que si se quiere dejar sin efecto debe iniciarse el procedimiento de lesividad para declarar su nulidad o anulabilidad en su caso, sino que la primera resolución administrativa se dicta de acuerdo a una norma legal como era el artículo 152 de la Ley 10/2010 en su redacción inicial, y lo que sucede es que una norma posterior que fija los efectos de la misma en ese punto concreto en el 1-1-2013 modifica la norma en la que se amparó tal resolución administrativo y ahora considera al personal que se integra en la Generalitat procedente de las Cámaras Agrarias como personal laboral indefinido y no fijo. Como la reforma de dicho artículo 152 fija los efectos en el 1-1-2013 alcanza a la situación previa que se amparaba en una norma legal, existiendo así una norma legal que permite a la Administración demandada que alterando la resolución inicial dictada en febrero del 2013 se considere ahora al actor como personal laboral indefinido y no fijo. De este modo no se ha incurrido por la Administración en las infracciones alegadas, no se ha vulnerado el procedimiento previsto en la Ley 30/1992 y tanto una como otra resolución dictada en relación al actor y al amparo del artículo 152 de la ley 10/2010 en sus distintas redacciones, se trata de actos dictados en aplicación de tales normas, no estando por ello ante actos nulos o anulables que es lo que motivaría la necesidad de acudir al procedimiento de revisión de oficio o bien al de la declaración de lesividad. No apreciamos por ello las infracciones alegadas en el escrito de recurso y por otro lado en relación a la otra alegación formulada por la parte recurrente de vulneración del derecho de audiencia previsto en el artículo 84 de la Ley 30/92, pese a no haberse concedido la referida audiencia, ello no daría lugar a la nulidad pretendida pues la parte actora ha tenido oportunidad en la reclamación previa y en el procedimiento posterior de efectuar sus alegaciones y defenderse frente a la resolución dictada, y no se le produce indefensión alguna por no haberse llevado a cabo tal trámite procedimental. No se ha producido una omisión procedimental que haya producido una real y efectiva indefensión por la limitación en los medios de alegación, prueba y defensa, y por ello no cabe la anulación del acto administrativo impugnado por tales motivos. Debemos por ello desestimar el recurso formulado y confirmar la Sentencia recurrida.

**TERCERO.-** En aplicación de lo dispuesto en el Art. 235.1 LRJS (L36/11) (RCL 2011, 1845), no procede condena en costas, dada la condición del recurrente de beneficiario del derecho a la asistencia jurídica gratuita.

Por ello;

VISTOS los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

### **FALLAMOS**

Que desestimando el recurso de suplicación interpuesto por D. R.J.T. contra la Sentencia de fecha veinticuatro de Marzo del Dos Mil Diecisiete, dictada por el Juzgado de lo social 1 de Valencia, autos 31/2015 seguidos a instancias del recurrente frente a la CONSELLERIA DE HACIENDA Y ADMINISTRACIONES PÚBLICAS sobre reconocimiento de derechos debemos de confirmar íntegramente dicha Sentencia.

Sin costas.

## 2375

**Sentencia núm. 1.488, de 8 de mayo de 2018**

**Materia: Determinación de contingencias. Trabajadora que inicia un proceso de incapacidad temporal derivada de enfermedad común. La actora sufre un tirón intenso en el hombro que deriva en una situación de incapacidad. Solicitud modificación de la contingencia: proceso de incapacidad derivado de accidente de trabajo. La lesión viene precedida de una patología causada por enfermedad. Aplicación doctrina jurisprudencial.**

**Juzgado: Desestima la demanda absolviendo a los demandados de las pretensiones que en ella se contienen. No procede declarar la baja médica como accidente de trabajo.**

**Sala: Estima el recurso declarando que la contingencia del proceso de incapacidad temporal iniciado por la trabajadora deriva de accidente de trabajo. Según doctrina jurisprudencial es constitutiva de accidente laboral toda agravación de cualquier enfermedad preexistente que sufra el trabajador y se produzca con ocasión del accidente sufrido por el mismo durante el periodo de su actividad laboral.**

**Ponencia: Francisco Javier Lluch Corell.**

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Se recurre por el letrado designado por doña M.A.C.V., la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 2 de Valencia que desestimó su demanda por la que pretendía que se calificara como derivada de accidente de trabajo la baja médica iniciada el día 13 de marzo de 2015.

**SEGUNDO.-** Pese a que en el escrito de recurso se dice que “se presenta al amparo del artículo 193-c) de la LJS”, lo que solamente daría lugar a examinar las eventuales infracciones de normas sustantivas o de la jurisprudencia que hubiera podido cometer la sentencia recurrida, es lo cierto que en el primer motivo del recurso se solicita que se modifique el hecho probado cuarto de la sentencia a fin de que se suprima su último inciso en el que se dice “*y postquirúrgicos que sugieren hombro doloroso por patología crónica*”.

Esta petición no puede ser acogida pues ni se cita el documento o la prueba pericial que le daría apoyo, tal y como exige el apartado b) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS), ni resulta trascendente para la resolución del litigio dado que no se discuten los hechos básicos sobre los que pivota el conflicto jurídico que se plantea en este procedimiento, como son: la existencia de una intervención quirúrgica previa en el hombro derecho en el año 2012; y, tres años más tarde, el inicio de un proceso de incapacidad temporal a consecuencia de una acción realizada por la Sra. C. en su puesto de trabajo de celadora que afectó a la misma articulación.

**TERCERO.- 1.** En el motivo segundo del recurso se denuncia la infracción del artículo 156.2 f) del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 8/1995, de 30 de octubre (en adelante, LGSS).

Se argumenta en el escrito de recurso que “*la trabajadora tiene una lesión desde hace tres años, que no le ha impedido la realización de su actividad laboral, ha sido cuneado al hacer un esfuerzo se ha lesionado he –sic- impedido la realización de su actividad laboral*”.

**2.** Consta en los hechos probados de la sentencia recurrida, que la baja cuya calificación como profesional se postula en este procedimiento se produjo el día 13 de marzo de 2015 cuando la Sra. C. se encontraba en su puesto de trabajo y fue a coger una caja, momento en el que sintió un tirón intenso en el hombro derecho con dolor grave.

Siendo ello así, el motivo debe ser estimado de acuerdo con lo resuelto por la jurisprudencia en supuestos similares, como son las SSTS de 23 de febrero de 2010 (rcud. 2348/2009), 21 de noviembre de 2007 (rcud.4111/2006), 25 de enero de 2006 (rcud. 2840/2004) o 15 de julio de 2015 (rcud.1594/2014). En efecto, dispone el artículo 156 LGSS en su apartado 1 que *"se entiende por accidente de trabajo toda lesión corporal que el trabajador sufra con ocasión o por consecuencia del trabajo que ejecute por cuenta ajena"*; y añade en su apartado 2.f) que tendrán la consideración de accidentes de trabajo *"las enfermedades o defectos, padecidos con anterioridad por el trabajador, que se agraven como consecuencia de la lesión constitutiva del accidente"*. En la última de las sentencias del Tribunal Supremo citada, la de 15 de julio de 2015, se recuerda que *"el supuesto que contempla el artículo 115-2-f) de la L.G.S.S. no restringe su aplicación a las enfermedades padecidas en la zona más perjudicada por el siniestro, sino que la extiende a cualquier enfermedad preexistente que agrave el accidente"*, y que es *"doctrina reiterada de esta Sala la de que es constitutiva de accidente laboral toda agravación de cualquier enfermedad preexistente que sufra el trabajador y se produzca con ocasión del accidente, cual se deriva de lo dispuesto en el artículo 115-2-f) de la L.G.S.S. y en supuestos similares ha señalado esta Sala en sus sentencias de 27 de octubre de 1992 (R. 1901/1991), 23 de febrero de 2010 (R. 2348/2009), y 3 de julio de 2013 (R. 1899/2012) entre otras. En las dos últimas se dice que: "Es cierto que el trabajador ya padecía lesiones degenerativas en su columna vertebral antes del accidente. Pero esa patología no le había mermado sus facultades para ejercer las labores propias de la profesión que ejercía -no consta siquiera la existencia de bajas anteriores a causa de esas dolencias- y después del accidente quedó incapacitado. El supuesto aparece así como paradigma del mandato legal: lesiones anteriores al accidente que se agravan a consecuencia del sufrido en el desempeño del trabajo"*.

Como hemos señalado, en el caso que ahora se enjuicia consta que la demandante sufrió una lesión corporal en el lugar y el tiempo de trabajo cuando fue a coger una caja. Por tanto, el supuesto tiene encaje en el precepto que se ha transcrito, sin que obste a ello que años atrás fuera intervenida del manguito de rotadores derecho y que presente signos degenerativos y postquirúrgicos, pues es lo cierto que desde entonces no consta ningún otro proceso de incapacidad temporal y que la baja médica que da lugar a este procedimiento tuvo su origen en un esfuerzo realizado en el lugar y tiempo de trabajo.

En definitiva, como señala la jurisprudencia, lo relevante para calificar la contingencia es que el dolor en el hombro aflora como incapacitante a consecuencia de una lesión traumática, por lo que aun cuando tal situación venga precedida de una patología causada por enfermedad, se debe calificar como profesional derivada de accidente de trabajo. Lo que nos lleva, como hemos adelantado, a la estimación del recurso sin necesidad de entrar en el examen del motivo tercero.

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

## **FALLO**

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de DOÑA M.A.C.V. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 2 de Valencia de fecha 20 de enero de 2017; y, en consecuencia, revocamos la resolución recurrida, declaramos que el proceso de incapacidad temporal iniciado el 13 de marzo de 2015 deriva de accidente de trabajo y condenamos a los demandados a estar y pasar por esta declaración y a la mutua UMIVALE al pago de la prestación en la cantidad que corresponda como consecuencia del citado reconocimiento.

Sin costas.

## 2376

**Sentencia núm. 1.496, de 8 de mayo de 2018**

**Materia: Modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Trabajadora que presta sus servicios como limpiadora en empresa limpiadora. La actora viene ejerciendo sus funciones en determinado centro. A partir de un determinado momento ese centro desiste en la prestación de los servicios. La empresa limpiadora reubica a la trabajadora en otros centros. Disconformidad de la trabajadora. La actora plantea extinción relación laboral por modificación sustancial de sus condiciones de trabajo. La empresa ha cursado despido disciplinario de la trabajadora.**

**Juzgado: Desestima la demanda absolviendo a la demandada de las pretensiones deducidas frente a la misma. No procede la extinción por modificación sustancial de condiciones de trabajo.**

**Sala: Desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia. No puede entenderse que exista modificación sustancial de condiciones de trabajo susceptible de amparar la rescisión indemnizada del contrato. Además, la actora ya ha sido objeto de despido disciplinario. En ningún caso puede extinguirse lo que ya no se encuentra vivo por un despido anterior.**

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

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Dictada sentencia por el Juzgado de lo Social número 2 de Alicante por la que se desestimaba la demanda interpuesta por Doña E.V.A.S. frente a la empresa S.I.L. Net S.L y el Fondo de Garantía Salarial, recurre en suplicación la demandante, impugnando su recurso la empresa demandada.

**SEGUNDO.-** El primer motivo de recurso, redactado al amparo del apartado b) del art. 193 LRJS, se destina a revisar los hechos declarados probados en la sentencia de instancia. Hemos de recordar en este punto, los presupuestos jurisprudenciales exigidos para que la acción revisoria pueda prosperar. Se dice por la Sala Cuarta del Tribunal Supremo lo siguiente:

*Para que la denuncia del error pueda ser apreciada, es necesario que concurran los siguientes requisitos: a) Que se concrete con claridad y precisión el hecho que haya sido omitido o introducido erróneamente en el relato fáctico. b) Que tal hecho resulte de forma clara, patente y directa de la prueba documental obrante en autos, sin necesidad de argumentaciones o conjeturas. c) Que se ofrezca el texto alternativo concreto que deba 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 " (entre las más recientes, SSTS/IV 17-enero-2011 -rco 75/2010 , 21-mayo-2012 -rco 178/2011 , 20-marzo-2013 -rco 81/2012 dictada en Pleno , 16-abril-2013 -rco 257/2011 , 18- febrero-2014 -rco 74/2013 , 20-mayo-2014 -rco 276/2013)".*

Se pretende por la recurrente realizar dos modificaciones del relato fáctico diferenciadas: A) La primera, que se constate que los desplazamientos al nuevo lugar de trabajo los lunes y miércoles lo son para una única hora de trabajo, y que se fije el número de kilómetros de distancia hasta esta localidad. Esta petición no puede estimarse pues ya constan los horarios de la trabajadora, el número de horas que desempeña su trabajo en cada una de las localidades y la distancia a las mismas, que se constata en el ordinal séptimo. B) En cuanto a la segunda petición interesando que

figure que la trabajadora se declaró dispuesta a aceptar la modificación de sus condiciones laborales, si se le facilitaba medio de transporte, negándose la empresa a aceptar dicha solicitud, también ha de rechazarse. Sería innecesario incorporar tales adiciones, pues la Juez da remite a las comunicaciones entre empresa y trabajadora en las que figura dicha propuesta y su rechazo por la demandada, por lo que no es preciso que se incorpore al relato fáctico lo que ya se da por reproducido en el mismo.

**TERCERO.-** En términos de revisión jurídica, ex art. 193 c) LRJS, se plantean los dos siguientes motivos de recurso, que pueden ser examinados conjuntamente en aras a la brevedad de la presente resolución.

En el motivo segundo, se denuncia la infracción de lo dispuesto en los arts. 40 y 41 ET, por su aplicación incorrecta e indebida. Estima la recurrente que las circunstancias concretas del contrato de la actora tras la modificación de su centro de trabajo, afecta sustancialmente a sus condiciones de prestación del servicio.

Para ello, argumenta que la obligación de desplazamiento a dos localidades distintas, distantes más de 13 y 14 kilómetros, con necesidad de recurso de vehículo propio y el mayor gasto que ello comporta, supone una modificación sustancial de condiciones de trabajo que da derecho a la resolución indemnizada del contrato como así instó la demandante.

Y que, además, desarrolla en su motivo tercero de recurso, se ha producido una infracción de lo previsto en el art. 20.2 ET, al no someterse la empresa a las reglas de la buena fe al proponer el cambio de lugar de trabajo a la actora, sabiendo que en modo alguno podría llevarse a cabo el mismo, por lo que su actuación no tuvo otro objetivo que la trabajadora no pudiera cumplir con sus obligaciones, para proceder a su posterior despido.

Dispone el art. 40.1 ET que el traslado de trabajadores que no hayan sido contratados específicamente para prestar sus servicios en empresas con centros de trabajo móviles o itinerantes, que exija cambio de residencia, requerirá la existencia de causas económicas, técnicas organizativas o de producción que lo justifique, teniendo derecho el trabajador a optar por el traslado, percibiendo una compensación por gastos o la extinción de su contrato, percibiendo una indemnización de 209 días de salario por año de servicio, con un máximo de 12 mensualidades.

Por su parte, el art. 41 ET reconoce el derecho de la empresa a acordar modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo con base en razones económicas, técnicas, organizativas o de producción, de manera que caso de afectar dicha modificación a las materias contenidas en los apartados a), b), c) d) y f) del apartado primero, el trabajador puede también optar por la rescisión de su contrato, con derecho a percibir 20 días de indemnización por año trabajado, con un máximo de 9 mensualidades.

Entiende la recurrente que la modificación operada por la empresa de su lugar de trabajo determinados días de la semana, ha supuesto una modificación sustancial, que permite rescindir su contrato.

De los hechos declarados probados se desprende que la actora prestaba servicios como limpiadora, además de para la empresa H., para la mercantil G.T. S.A en la localidad de Petrer, los lunes y miércoles de 17:30 a 18:30 (la sentencia por error consigna de lunes a miércoles, lo que no coincidiría con el total de horas trabajadas por semana que se dice en el ordinal segundo) y los viernes de 12 a 14 horas.

Ante las quejas recibidas por la empresa demandada por parte de G.T. sobre el trabajo de la demandante, solicitando que no volviera a sus instalaciones, S.I.L.N S.L

comunicó a la actora que las horas y días de trabajo en las que prestaba servicios para Gilma se llevarían a cabo a partir del 13 de marzo de 2017 en las localidades de Moforte del Cid y Sax, prestando servicios en la primera de ellas los lunes 7 y viernes y los miércoles en la segunda.

Por modificación sustancial de condiciones de trabajo hay que entender *“aquéllas de tal naturaleza que alteren y transformen los aspectos fundamentales de la relación laboral, entre ellas las previstas en las listas “ad exemplum” del art. 41.2 pasando a ser otras distintas, de un modo notorio, mientras que cuando se trata de simples modificaciones accidentales éstas no tienen dicha condición siendo manifestaciones del poder de dirección y del “ius variandi empresarial” (STS 28-02-2007, rcud. 184/2005).*

Y para atribuir valor sustancial a la modificación operada en condiciones de trabajo se requiere que se hubiera producido una transformación en la misma de tal índole que quedara desdibujada en sus contornos esenciales (STS 15-03-1990).

El recurso ha de ser desestimado, trayendo a colación la doctrina expresada en STS de 26-04-2006, rcud. 2076/2005 en la que el Alto Tribunal analiza si constituye un supuesto de modificación sustancial de condiciones de trabajo un supuesto en el que existe una movilidad geográfica a un centro de trabajo sito a 13.4 kilómetros del anterior, supuesto muy parejo al que ahora analizamos. En dicha Sentencia, se dice por la Sala Cuarta lo siguiente:

En la Sentencia de 27/12/99 -rec. 2059/1999 -se decía: *«Como quiera que existe un espacio de movilidad sin regulación legal, ya que el art. 39 del ET sólo disciplina los supuestos de movilidad funcional y el art. 40 los de movilidad geográfica que exigen el cambio de residencia, algún sector de la doctrina científica, ha optado por incluir los cambios de puesto de trabajo desde un centro a otro sito en la misma localidad, como supuestos de movilidad funcional. Pues bien, tanto si se extiende dicha calificación de movilidad funcional [a los citados cambios de centro], como si califica a éstos, más propiamente, como casos de movilidad geográfica “lato sensu”, débil, o no sustancial por no llevar aparejado el cambio de residencia, es lo cierto que, en cualquier caso, quedan excluidos del art. 40 ET y deben ser incardinados en la esfera del “ius variandi” del empresario» (en el mismo sentido, considerando tales supuestos como expresión del poder de dirección, también la STS 19/12/02 -rec. 3369/01 -) (...)*

*“La aplicación de los precedentes criterios al supuesto del que trae causa el recurso de autos nos lleva concluir que la diferente ubicación del nuevo centro de trabajo a 13,4 kilómetros, con parada de autobús cerca del nuevo centro, no comporta modificación de la prestación de trabajo que pueda calificarse de «sustancial»; ello con independencia del régimen legal excluyente de la movilidad geográfica del ámbito aplicativo del art. 41 ET, conforme hemos indicado en el anterior fundamento jurídico. Y no reviste aquella esencialidad, sino cualidad accesoria, porque manteniéndose en su integridad todas las condiciones de trabajo de los trabajadores afectados, a excepción del lugar de prestación de servicios, la posible mayor onerosidad que puede determinar el desplazamiento al nuevo centro ofrece una importancia escasa o muy relativa en la significación económica del contrato, sobre todo en el contexto de una realidad social en la que destacan la calidad de los servicios de transporte y de la red viaria; aparte de que los perjuicios reales de la decisión empresarial habrían de tener en cuenta no la distancia existente entre ambos centros de trabajo, el antiguo y el nuevo, sino el incremento -en algunos casos inexistente- de distancia entre el lugar de residencia y la nueva ubicación laboral. Y esta conclusión a la que llegamos se evidencia razonable hasta el punto de que la negociación colectiva de diversos sectores -Cajas de Ahorro, Altadis, etc- haya atribuido a la libre decisión empresarial los cambios de centro*

*inferiores a distancias muy superiores a la que tratamos en las presentes actuaciones”.*

Atendiendo a la doctrina expuesta, tanto si tomamos la distancia entre el domicilio de la demandante hasta la localidad de Monforte del Cid (13.1 km) y Sax (14.4 kms) como si tomamos la distancia entre la localidad de Petrer (donde se prestan los servicios previamente a los cumplidos en las referidas localidades), que ascienden respectivamente a 14 y 11.5 km, no puede entenderse que exista modificación sustancial de condiciones de trabajo susceptible de amparar la rescisión indemnizada del contrato.

Las razones por las que el mismo se produjo han quedado sobradamente acreditadas, quejándose la empresa G.T. a la empleadora de la demandante instando a que no volviera más a sus instalaciones. El cambio afectó al lugar de trabajo, pero no al resto de condiciones laborales que permanecieron inalteradas. Es más, sorprende que la actora achaque una mala fe a la empresa cuando esta última ofreció a la Sra. A. abonarle los salarios que debían devengarse por su trabajo en G., aunque no tuviera que acudir a las instalaciones, y así evitar conflictos.

Y en cualquier caso, no está de más añadir que no puede obviarse el carácter constitutivo de la sentencia que ahora nos ocupa, que caso de haber estimado el recurso, declararían rescindida la relación laboral. Dicho aspecto, debe conectarse directamente con el hecho de que habiendo sido despedida la trabajadora tras la presentación de la papeleta de conciliación y antes de la interposición de la demanda y posterior juicio, caso de no haberse impugnado dicho despido, lo que no consta a esta Sala, tampoco hubiera podido prosperar la pretensión ejercitada ante la falta de acción de la trabajadora, pues en ningún caso puede extinguirse lo que ya no se encuentra vivo por un despido anterior.

Por todo ello, con desestimación del recurso interpuesto, procede confirmar en su integridad la resolución de instancia.

**CUARTO.-** No procede la imposición de costas, al gozar la recurrente del beneficio de justicia gratuita, ex art. 235.1 LRJS.

En virtud de lo expuesto,

## **FALLAMOS**

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de DOÑA E.V.A.S. frente a la sentencia dictada el 28 de julio de 2017 por el Juzgado de lo Social número 2 de Alicante, en autos número 298/2017 seguidos a instancia de la precitada recurrente frente a la empresa SIL NET S.L y FONDO DE GARANTÍA SALARIAL; y en consecuencia, confirmamos íntegramente la resolución recurrida. Sin imposición de costas.