

2377

Sentencia núm. 1.526, de 9 de mayo de 2018

Materia: Declaración de invalidez. Trabajadora afiliada al RGSS que en el momento de presentar la demanda se encuentra en situación de desempleo. La última profesión desarrollada por la trabajadora es la de panadera. Incapacidad permanente total para el ejercicio de su profesión habitual. La actora presenta limitaciones orgánicas y funcionales. Limitaciones para realizar trabajos con determinadas materias.

Juzgado: Desestima la demanda absolviendo a las demandadas de las pretensiones de la demanda. No procede la declaración de incapacidad permanente total al no presentar la trabajadora reducciones anatómicas o funcionales que disminuyan o anulen su capacidad laboral.

Sala: Estima el recurso y declara a la actora afecta de una incapacidad permanente en el grado de incapacidad permanente total para el ejercicio de su profesión habitual.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. 1. El recurso interpuesto, que no ha sido impugnado de contrario, se estructura en dos motivos. El primero se formula al amparo del artículo 193.b) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LJS), interesando la revisión del hecho probado segundo para que se añada al mismo lo siguiente: "la actora según informe consulta de la Agencia Valenciana de Salud, de la Dra. I.C.P. de 01.04.2014, presenta el diagnóstico de: Fibromialgia (cie 9-729.1) Ansiedad-Depresión (cie 9-300,4) Dorsalgia (cie 9-724.5) Cervicalgia (cie 9-723.1) Lumbalgia (cie 9-724.2) A la exploración de los puntos de gatillo fibrosíticos presenta 18/18. En el apartado de Anamnesis se recobe el tratamiento farmacológico y paliativo habitual. Lyrica 75-1-0-1 (fármaco diagnosticado para dolor neuropático y trastorno de ansiedad generalizado) Tramadol (para el dolor de intensidad moderada o severa) Zolpidem 10 0-0-1 (trastorno del sueño) Topiramato (anticonvulsivo prevención migraña) Tryptizol 10 (depresión dolor crónico neuropático) Paracetamol 1 gr (Analgésico) Omeprazol 20 -0-1-0 (enfermedades de reflujo gastroentérico). Lo expuesto consta en el folio 26 de los autos, así como intolerancia alergia previas a varios medicamentos que limitan las opciones terapéuticas así como la sintomatología gastrointestinal. (lo que consta entre paréntesis, no consta en el informe, es una descripción de los informes de los medicamentos, en caso de estimarse la inclusión de la modificación pretendida no deberían constar en el hecho modificado). Según informe Consulta de la Conselleria de Sanitat Universal y Salut Pública de la Generalitat Valenciana de 22.09.2016 de la Dra. S.C.M. (folio 27 de los autos) se reconoce: Asma al exponerse al "polvillo de harina de trigo incluso cocer macarrones o fideos". Rinitis síntomas perenes. Utiliza Ibis y avamys a diario. Diagnosticada de Fibromialgia, Celiagucia y Gastritis (folio 27 de Autos). Ello lo complementa el Informe consulta de la Agencia Valenciana de Salud de 14.08.2015 de la Dra. R.C.A. -al folio 30 de los autos. Exploración: "Alergia a harina de trigo, centeno, cebada y almorta positiva", asimismo a "maíz, harina de arroz y alfortón, harina de avena".

2. La revisión propuesta no debe prosperar, porque, indicado en el fundamento de derecho primero del relato histórico los elementos probatorios que han dado lugar a lo declarado en el hecho probado segundo, se hace de aplicación la doctrina acerca de que la valoración de la prueba corresponde al órgano jurisdiccional de instancia de acuerdo con una añeja doctrina jurisprudencial (véanse por ejemplo las sentencias del Tribunal Supremo de 2 de diciembre de 1981 y 23 de febrero de 1990), de ahí que esta Sala venga indicando que la convicción alcanzada por el órgano jurisdiccional de

instancia “lo es en base a la conjunta valoración probatoria (art.97.2 de la Ley de Procedimiento Laboral –hoy LJS), permitiéndole la misma y su libre apreciación, el apoyarse en todos los informes médicos, en sólo algunos, en uno de ellos o en determinada parte de uno o varios, desechando los demás, u otra u otras partes de uno sólo o de un conjunto documental. Además, el patente error del juzgador de instancia ha de ser irrefutable e indiscutible (sentencias del Tribunal Supremo de 24-11-85 y 18-7-89), requisito necesario para que prospere la revisión fáctica, y no debe sustituirse por el del recurrente el criterio más objetivo e imparcial del juez “a quo”, al que incumbe la misión de fijar los hechos probados con libertad de convicción, según lo actuado y el conjunto de pruebas practicadas (sentencia del Tribunal Supremo de 24-2-92)”.

SEGUNDO. 1. El siguiente y último motivo de recurso se formula al amparo del artículo 193.c) de la LJS, denunciando “infracción por interpretación errónea de lo dispuesto en el art.136 y 137.4 del antiguo texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, en el actual aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, art.193 y 194...”. Argumenta en síntesis que atendiendo a los hechos declarados probados debió darse lugar a la pretensión ejercitada, incidiendo en que a todas las dolencias padecidas debe añadirse la fibromialgia, y que la doctrina establecida en nuestra sentencia 1652/2016, de 21 de julio, no es aplicable al referirse a enfermedad profesional derivada de la exposición al amianto.

2. Del inalterado relato histórico de la sentencia de instancia destacamos: A) La demandante, D^a C.G.M. nacida el día 13.7.1966, se encuentra afiliada a la Seguridad Social, Régimen General, siendo la última profesión desarrollada la de panadera. B) Tramitado por la Dirección Provincial del Instituto Nacional de la Seguridad Social de Castellón, expediente administrativo para la calificación de la incapacidad permanente, se emitió informe de valoración médica el 13.6.2014 y dictamen propuesta por el Equipo de Valoración de Incapacidades el día 17.6.2014 en el sentido de “la no calificación del trabajador como incapacitado permanente, por no presentar reducciones anatómicas o funcionales que disminuyan o anulen su capacidad laboral.”. En dicho dictamen se determina el siguiente cuadro clínico residual: Miositis y algias crónicas, con distimia, acompañada de un estatus asmático extrínseco (alergias alimentos, polenes, harinas de cereales), con crisis de cefaleas tensionales que requieren atención en urgencias. Y las limitaciones orgánicas y funcionales siguientes: Miositis con algias crónicas, distimia, con gonalgia, acompañada de cefaleas tensionales, asma extrínseca, siendo alérgica a harinas de cereales que le hacen incompatible con actividad laboral en centros donde se manipulen dichas harinas. En las conclusiones del Informe de valoración médica consta: Miositis y algias crónicas. Asma extrínseca, celiaquía, alérgica entre otras cosas a harinas de cereales, que le hacen incompatible la actividad laboral donde se trabaje con dichos productos. Cefaleas tensionales, que dificultan la actividad laboral dada la cantidad de crisis y la intensidad de la misma. Fibromialgia.

3. Con los antecedentes indicados la Sala considera que, sin perjuicio de la revisión que en su caso pueda producirse, debe estimarse el motivo –en cuanto postula la prestación de incapacidad permanente total para la profesión habitual- al constatar que las dolencias sufridas por la actora, ahora recurrente, le imposibilitan la realización de las tareas fundamentales de su profesión habitual de panadera que requiere el contacto con harinas de cereales, si a ello añadimos la miositis y algias crónicas que padece, así como las cefaleas tensionales, que dificultan la actividad laboral dada la cantidad de crisis y la intensidad de las mismas, así como la fibromialgia, entendemos que la actora se encuentra en situación de incapacidad permanente al presentar reducciones funcionales graves susceptibles de determinación objetiva y previsiblemente definitivas, que disminuyen su capacidad laboral (artículo 136.1, párrafo primero de la Ley General de la Seguridad Social de 1994, hoy artículo 193.1, párrafo primero de la LGSS de 2015), y precisamente en el grado de

incapacidad permanente pretendido de acuerdo con lo expresamente instituido en el artículo 137.4 de la Ley General de la Seguridad Social de 1994 en su redacción originaria (hoy artículo 194.4 del T.R. de la Ley General de la Seguridad Social, en la redacción operada por la DT 26ª de dicho texto legal aprobado por RD Leg 8/2015, de 30 de octubre), supuesto diferente al que se refirió esta Sala en la sentencia mencionada en la de instancia, tal y como se indica por la parte recurrente.

TERCERO. Corolario de todo lo razonado será la estimación del recurso interpuesto, y consiguiente revocación de la sentencia de instancia, para conceder a la actora la prestación de incapacidad permanente total para la profesión habitual, sobre la base reguladora y los efectos indicados en el inalterado hecho probado cuarto.

FALLO

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de doña C.G.M. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 4 de Castellón, el día treinta y uno de Octubre de 2016 en proceso sobre prestaciones de incapacidad permanente seguido a su instancia contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y con revocación de la expresada sentencia y estimación de la pretensión ejercitada debemos declarar como declaramos que la actora se encuentra afecta de incapacidad permanente en el grado de incapacidad permanente total para su profesión habitual, condenando al INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL a estar y pasar por tal declaración y a que le abone una pensión del 55% de la base reguladora de 442,70 euros mensuales con las revalorizaciones y mejoras que legal y reglamentariamente procedan y con efectos de 17 de junio de 2014.

2378

Sentencia núm. 1.578, de 15 de mayo de 2018

Materia: Trabajador al servicio de empresas dedicadas al transporte de mercancías por carretera. Reconocimiento de derecho y cantidad. Solicitud abono deuda salarial y deuda extrasalarial. Las empresas codemandadas han sido condenadas a abonar determinada cantidad. Ejecución de la sentencia. Mediante decreto se declara la insolvencia provisional de una de las empresas. Aplicación cosa juzgada positiva.

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

Sala: Estima el recurso y revoca la sentencia de instancia. Declara a las empresas codemandadas como grupo de empresas a efectos laborales, condenando solidariamente a ambas al abono de los salarios dejados de percibir por el trabajador, más los intereses de demora e intereses legales.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia de instancia, que desestima, tanto la declaración de grupo de empresas a efectos laborales de T. XXX SL y T.R.V. SL como la extensión de la responsabilidad de las mismas a su administrador único, Don M.A.T., fundamenta la inaplicación del art. 222.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al citarse como premisa una sentencia que condena solidariamente a ambas empresas, sin declarar de forma expresa la existencia de grupo a efectos laborales, añadiendo a tal razonamiento la falta de interés legal de tal declaración, al haber sido ambas declaradas insolventes.

Frente a dicho pronunciamiento se recurre en suplicación, recurso en el que ya nada se dice sobre la presunta responsabilidad del administrador, centrándose su objeto en la pretensión de que se declare la responsabilidad solidaria de las empresas, con condena a T.R.V. al abono de 5807,34 euros por salarios y 884,48 euros de deudas extrasalariales.

Dicho recurso se estructura en tres motivos, los dos primeros amparados en el apartado b) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, en los que se solicita en primer lugar, que se adicione al hecho segundo el siguiente párrafo: “Las cantidades reconocidas en esta sentencia al actor fueron devengadas entre los meses de octubre del 2010 y marzo del 2011”, por cuanto se desprende de la sentencia número 457/2012 del JS nº Cinco de los de Valencia que condenó a T.XXX, SL al abono de las mismas cantidades que aquí se reclaman. También se pretende añadir un tercer párrafo al hecho séptimo, para que diga: “La relación laboral del demandante en aquel procedimiento se desarrolló entre el 25 de mayo de 2010 y la fecha de juicio del despido fue de 30.03.2011, en cuyo acto las empresas demandadas Talleres XXX SL y T.R.V., SL reconocieron expresamente que constituían grupo de empresas a efectos laborales”, en base a la sentencia aportada a las actuaciones, de 30 de marzo del 2011, dictada por el Juzgado de lo Social número Nueve de los de Valencia, que declaró el despido improcedente de otro trabajador en sus mismas condiciones, condenando solidariamente a ambas empresas, las cuales admitieron constituir un grupo de empresas a efectos laborales, si bien no efectuó tal declaración de grupo en su fallo.

A la vista de la documental citada, en relación con los propios hechos probados de la sentencia, se desprende con toda claridad que coinciden las fechas en que estuvo vigente la relación laboral del actor y, en consecuencia, el tiempo en que se devengaron las deudas que ahora se reclaman, y aquellas en que la sentencia dictada contiene las manifestaciones de ambas empresas demandadas sobre su condición

de grupo de empresas a efectos laborales, que dio lugar a su condena solidaria. Por tanto, procede acceder a la revisión solicitada, dado que va a servir de base al pronunciamiento sobre el recurso, pues tales datos se desprenden de forma directa de los propios documentos obrante sen el procedimiento, además de los que sirven de base a la revisión.

SEGUNDO.- Al amparo del apartado c) del precepto antes citado, se señala la infracción del artículo 222.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al no haberse aplicado la cosa juzgada positiva que se proyecta en este procedimiento, en relación con el art 1252 del Código Civil, con cita de jurisprudencia del Tribunal Supremo.

La cuestión relativa a la cosa juzgada positiva ha sido tratada reiteradamente por el Tribunal Supremo. En concreto la STS de 4 de marzo de 2010 (rcud. 134/2007) señala que: “a) la cosa juzgada es una proyección del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y seguridad jurídica, exigiendo que las resoluciones judiciales tengan la eficacia que supone la ejecución en sus propios términos y el respeto a la firmeza de las situaciones jurídicas declaradas (aparte de las que en ellas se citan, SSTC 190/1999, de 25/Octubre, FJ 4; 58/2000, de 28/Febrero, FJ 5; 135/2002, de 3/Junio, FJ 6; 200/2003, de 10/Noviembre, FJ 2; 15/2006, de 16/Enero, FJ 4); b) por ello se impone una concepción amplia de la cosa juzgada y la consiguiente interpretación flexible de sus requisitos (entre las recientes, SSTS de 20/10/05 -rec. 4153/04-; 30/11/05-rec. 996/04-; 19/12/05 -rec. 5049/04-; 23/01/06 -rec. 30/05-; y 06/06/06 -rec. 1234/05-); c) con mayor motivo se impone esa flexibilidad al aplicarse a una relación como la laboral, de tracto sucesivo y susceptible de planteamientos plurales por distintos sujetos de una idéntica pretensión, de manera que no ha de excluirse el efecto de cosa juzgada material por el hecho de que en los procesos puestos en comparación se hayan ejercitado acciones distintas por sujetos diferentes (SSTS 30/09/04 -rec. 1793/03-; y 20/10/04 -rec. 4058/2003 -, que hacen eco de precedente de 29/05/95 -rcud 2820/94-); y d) conforme al art. 222 LECiv, «la cosa juzgada ... excluirá, conforme a la ley, un ulterior proceso cuyo objeto sea idéntico al del proceso en que aquélla se produjo» (párrafo 1) y que «lo resuelto con fuerza de cosa juzgada 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» (párrafo 4).

Con la redacción del art. 222 LECiv se pone de manifiesto que a diferencia de lo que ocurre con el efecto negativo de la cosa juzgada -párrafo 1-, en el que es necesaria la concurrencia de las tres identidades (sujetos, objeto y fundamento de la pretensión; «objeto del proceso», al decir legal), el efecto positivo de la cosa juzgada -párrafo 4- no exige una completa identidad, que de darse excluiría el segundo proceso, sino que para producir tal efecto es suficiente que lo decidido 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 (así, SSTS 20/10/04 -rec. 4058/2003-; 30/09/04 -rcud 1793/03-; 03/03/09 -rcud 1319/08-; 05/05/09 -rcud 2019/08-; y 10/11/09 -rco 42/08-”).

La aplicación de esta doctrina al presente supuesto nos conduce a la estimación del recurso, pues lo que se solicita en este último es, precisamente, que en aplicación de la norma citada y la doctrina jurisprudencial que la interpreta, se condene solidariamente a la empresas Talleres XXX, SL y T.R.V. SL, pues la responsabilidad que se les imputa responde directamente de la relación laboral cuya extinción, declarada como despido improcedente, ya fue juzgada y resuelta en el procedimiento seguido ante el Juzgado de lo Social número Nueve de Valencia, si bien respecto de otro trabajador, despedido por la misma causa y fechas que el actor.

La sentencia de instancia, sin embargo, aporta dos razones que fundamentan el rechazo de la pretensión. Por un lado, la inexistencia de actividad probatoria para demostrar la existencia de “grupo laboral”; y por otro, es la falta de interés del actor en que se produzca tal declaración, dado que la empresa sobre la que el trabajador pretende extender la responsabilidad al pago de su crédito, fue declarada insolvente, incluso desde fecha anterior a la inicialmente demandada.

La sala, sin embargo, no estima suficientes tales razones para desestimar la pretensión actora. Por un lado, porque si las fechas en que se produce el reconocimiento de ambas empresas del hecho de que forman un grupo a efectos laborales, son absolutamente coincidentes, como así se hace constar en la revisión fáctica, no puede pedirse una prueba adicional de tal situación solo porque la persona del demandante en aquel procedimiento de despido sea otro trabajador en iguales condiciones que el actor; ello supondría admitir que las empresas pueden afirmar una cosa y negarla en procedimientos judiciales paralelos, actuando así contra sus propios actos. La sentencia solicita una prueba adicional, que supone la exigencia de un plus que el art 222 ya citado entiende innecesario. Respecto a la razonada como falta de interés del trabajador en dicha pretensión, el hecho de que las empresas hayan sido declaradas en situación de insolvencia, no resulta válida mientras ésta no sea definitiva, mediante el oportuno asiento en el Registro Mercantil, lo que no consta a la vista de la Información del Registro Mercantil emitido con fecha 30.07.2015.

Por tanto, y con independencia de la virtualidad que pueda tener tal declaración, entiende la sala que procede efectuarla, a la vista de las propias afirmaciones de las empresas demandadas y del pronunciamiento de condena solidaria efectuado en la sentencia ya citada, que no consta recurrida.

TERCERO.- No procede imponer condena en costas.

FALLO

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de DON F.J.M.S., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº. DIECISEIS de los de VALENCIA, de fecha 4 de octubre de 2016; y, en consecuencia, revocamos la sentencia recurrida y declaramos que las empresas T.R.V. SL y T. XXX, S.L. formaban un grupo de empresas a efectos laborales durante el tiempo en que estuvo vigente la relación laboral con el actor, condenando solidariamente a ambas al abono de 5807,34 euros de salarios, con sus intereses de demora, y 884,48 euros con los intereses legales.

Sin costas.

2379

Sentencia núm. 1.592, de 16 de mayo de 2019

Materia: Trabajadora al servicio de empresa de transportes con relación laboral de carácter fijo y discontinuo. La actora ha celebrado con la empresa demandada contratos temporales en la modalidad eventual. Doctrina judicial sobre la unidad del vínculo. Declaración de despido y reclamación de cantidad. Procedencia del despido.

Juzgado: Declara improcedente la relación laboral de la trabajadora, condenando a la empresa demandada a readmitir a la trabajadora o a abonarle la indemnización correspondiente. No procede la detracción de determinada cantidad ya abonada por extinción de contratos temporales.

Sala: Estima en parte el recurso ya que no puede darse a la contratación temporal previa de la actora el efecto otorgado en la sentencia de instancia ni para determinar el módulo temporal de la indemnización por despido improcedente ni para alterar la naturaleza de la contratación pactada. Sin embargo, mantiene la declaración de improcedencia del cese al no consignarse en el contrato eventual la causa de la contratación temporal, deviniendo indefinida pero re-calculando la indemnización sobre la base del último contrato celebrado en fraude de ley. Voto particular de la Magistrada.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.– 1. El presente recurso se estructura tres motivos que la recurrente formula respectivamente con amparo procesal en los apartados a, b y c del artículo 193 de la LRJS. En el primer motivo del recurso se denuncia infracción de lo dispuesto en los artículos 107, 97 y 202 de la LRJS en relación con lo dispuesto en el artículo 248.3 de la LOPJ y 24 de la CE. Considera que la sentencia de instancia adolece de incongruencia omisiva y falta de hechos probados, al no haber hecho constar las interrupciones de los distintos periodos de contratación y la percepción por parte de la trabajadora de la prestación de desempleo, no dando respuesta a la petición de esta parte sobre la indefensión que le genera la introducción de nuevos elementos circunstanciales no contenidos en la demanda y la argumentación judicial acerca de la relación de trabajo indefinido fijo discontinuo, que no había sido planteado por la actora.

2. Para abordar la posible nulidad de actuaciones debemos recordar que como ya ha sostenido esta Sala en anteriores ocasiones, el Tribunal Constitucional viene declarando entre otras en las STC 25 de abril y 20 de mayo de 1991, recursos 91 y 109, y de 16 y 19 de septiembre 1992, recurso 172 y 179, que las formas y los requisitos procesales cumplen un papel de capital importancia en la recta ordenación de los procesos, siempre que su previsión legal responda a una finalidad adecuada y no constituya una exigencia excesiva, desproporcionada e irracional, y que el derecho a la tutela judicial efectiva es un derecho de configuración legal, cuyo válido ejercicio presupone la correcta utilización de los cauces procesales establecidos por el legislador, tanto para acceder a la jurisdicción como a los recursos. Por ello dicha tutela se satisface, no solo por la resolución de fondo, sino también por la aplicación de alguna causa de inadmisión prevista en las normas, siempre que sea adoptada en interpretación razonable y sin el rigor formalista que sería incompatible con el principio de solución más favorable a la efectividad real del derecho fundamental. En aplicación de la doctrina constitucional la Sala IV ha sistematizado la Doctrina Judicial en torno a los requisitos que deben concurrir para acordar la nulidad de actuaciones,

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

3. En el caso que nos ocupa consideramos que no concurre causa de nulidad al ser las alegaciones de parte cuestiones jurídicas y formales susceptibles de ser subsanadas mediante los distintos motivos previstos para el recurso de suplicación sin que por esta Sala se aprecie una situación de indefensión que justifique la retroacción excepcional de lo actuado, teniendo en cuenta que la nulidad constituye un remedio excepcional que sólo ha de operar en supuestos justificados, procede desestimar el presente motivo y entrar a resolver sobre el siguiente de los planteados en el recurso.

SEGUNDO-1. En el segundo motivo del recurso la ahora recurrente propone la revisión de los hechos declarados probados, (artículo 193 b). En primer lugar, para adicionar un nuevo hecho en el que se haga constar los días de interrupción que mediaron entre cada uno de los contratos formalizados con la actora, y en segundo lugar para modificar el hecho primero en cuanto a la antigüedad y salario mensual bruto conforme al solicitado en la demanda o en su defecto conforme a los cálculos que efectúa la recurrente en su escrito de suplicación.

2. En relación a este segundo motivo conviene recordar que tal y como viene sosteniendo esta Sala de forma reiterada entre otras, en nuestra sentencia de 23/4/2018 dictada en el recurso 2038/2017, es doctrina jurisprudencial consolidada contenida en las sentencias del Tribunal Supremo de 16 de marzo y 5 de mayo de 1987, 3 de marzo de 1998 y 11 de diciembre de 2003, la que sostiene de forma unánime que el recurso de suplicación es un recurso extraordinario que solo puede prosperar por los motivos enumerados taxativamente en la norma procesal laboral (artículos 193 a 196 de la LRJS). De acuerdo con la citada doctrina la Sala de suplicación puede revisar los hechos declarados probados únicamente en virtud de error manifiesto de valoración de prueba documental o pericial, quedando vinculada con carácter general y fuera de la excepción señalada a la declaración de hechos probados que efectúe la instancia. En este sentido cabe recordar que para que una revisión de hechos pueda prosperar, se requiere el cumplimiento de los siguientes requisitos: 1º) Fijar qué hecho o hechos han de adicionarse, rectificarse o suprimirse. 2º) Precisar los términos en que deben quedar redactados los hechos probados y su influencia en la valoración del signo del pronunciamiento. 3º) Citar concretamente la prueba documental que, por sí sola, demuestre la equivocación del juzgador, de una manera manifiesta, evidente y clara, respetando escrupulosamente las facultades valorativas de los elementos de convicción que competen al juez de instancia por razón del artículo 97.2º LPL. 4º) Y que la revisión propuesta sea trascendente para el fallo, de tal manera que pueda tener virtualidad modificativa de aquél.

3. Aplicando la doctrina expuesta al caso que nos ocupa entendemos que la revisión no puede prosperar. Desde un aspecto formal la propuesta no se apoya en el error manifiesto de la Juzgadora al valorar alguno de los documentos presentados y

por el contrario se acompaña de un conjunto de alegaciones y valoraciones jurídicas más propias de la fase de conclusiones que de la revisión fáctica que se pretende. Desde una perspectiva sustantiva las modificaciones solicitadas carecen de la trascendencia pretendida, puesto que tanto la antigüedad como el salario consignados en el hecho probado primero deben ponerse en relación con el resto de los elementos fácticos que recoge la sentencia incluidos los introducidos a través de la fundamentación jurídica. De donde se desprende que la antigüedad se refiere al primer contrato temporal de la serie contractual que refleja el hecho segundo en el que se hacen constar los tiempos y duración de los distintos contratos y en consecuencia permite comprobar los tiempos de interrupción de la relación laboral enjuiciada sin necesidad de modificar su actual redacción, al igual que sucede con el salario fijado respecto del que la juez da cuenta que no coincide con el fijado en la demanda y se ha calculado según actualización del convenio colectivo publicado en marzo de 2017. La discusión jurídica acerca de si estos parámetros deben integrar o no la indemnización por despido, es una cuestión que como su propio nombre indica excede del ámbito procesal de la revisión fáctica. La conclusión a todo lo expuesto no puede ser otra que la de rechazar este segundo motivo del recurso, de acuerdo con lo dispuesto entre otras en las STS/IV de 16 de julio de 2015, recurso 180/2014 y 6 de julio de 2016 recurso 204/2015.

TERCERO. - 1. Por último, se plantean distintas cuestiones jurídicas conforme a lo dispuesto en el artículo 193. C de la LRJS.

Reitera en primer lugar y al amparo procesal de este último motivo la denuncia sobre infracciones procesales en las que apoya la petición de nulidad de la sentencia, cuestiones estas que ya han sido resueltas en el fundamento primero de la presente resolución. Desde una perspectiva sustantiva no se aprecia infracción alguna de las normas y garantías procesales invocadas, pues como ya hemos argumentado, la sentencia recurrida cuenta con todos los elementos necesarios para resolver la cuestión planteada siendo facultad judicial la de examinar la verdadera naturaleza de la relación laboral extinguida y sus circunstancias.

2. Se denuncia por la recurrente infracción de lo dispuesto en los artículos 21 y 22 del Convenio Colectivo de transporte de mercancías por carretera de la provincia de Alicante por considerar que la magistrada ha calculado de forma indebida la actualización salarial. Considera que el salario debía ser el reclamado en la demanda y que en su defecto la actualización debía haberse ajustado a la categoría de conductor y no de conductor mecánico. La actualización del salario inicialmente reclamado conforme a las tablas publicadas con posterioridad a la presentación de la demanda con carácter retroactivo no solo no infringe precepto alguno, sino que no produce ningún tipo de indefensión a la recurrente que en su condición de empleadora venía obligada a la aplicación de este. La categoría que consta en los hechos probados no ha sido modificada y es la que determina la cuantía actual.

3. Finalmente se denuncia la infracción por aplicación indebida de lo dispuesto en los artículos 15 y 16 del ET por considerar que la contratación eventual efectuada por la empleadora era válida y estaba amparada por la norma vigente, que en cualquier existe una clara ruptura de la unidad del vínculo contractual que impide retrotraer la antigüedad al año 2010 conforme a la doctrina tradicional en esta materia, y que en cualquier caso no solo no existe un relación fija discontinua al no concurrir las notas que conforme al artículo 16 del ET definen este contrato, sino que tal figura contractual no aparece en la demanda ni fue solicitada o invocada por la trabajadora en ningún momento.

CUARTO. 1. De los hechos declarados probados que son vinculantes para esta sala se desprende que la actora fue contratada por la demandada mediante distintos contratos temporales, entre los años 2010 y 2016, efectivamente tal y como denuncia

la recurrente la primera cuestión a dilucidar en el presente caso es el análisis de la serie contractual consignada en el hecho segundo, puesto que tratándose de contratos temporales anteriores ya finalizados, solo si aplicamos la doctrina de la unidad del vínculo podremos proceder al examen conjunto de todos ellos a efectos tanto de antigüedad como de determinación de la naturaleza de la relación laboral.

2. En la STS 21 de septiembre de 2017 recurso2764/2015 la Sala IV hace una exposición sistemática de su más reciente doctrina en torno a la cuestión aquí planteada: “Desde muy tempranamente, la doctrina de la Sala sostuvo que «[e]n el ámbito del Derecho del Trabajo es regla y principio general [...] que si en un contrato temporal concluye el plazo de vigencia que le es propio o se produce la causa extintiva del mismo, y a continuación, sin interrupción temporal alguna, es seguido por un contrato indefinido entre las mismas partes, bien porque el trabajador continúe... la prestación de sus servicios, bien concertándose en forma escrita el nuevo contrato, se entiende que la antigüedad del empleado en la empresa se remonta al momento en que se inició el trabajo en virtud del primer contrato temporal. La novación extintiva sólo se admite si está objetivamente fundada en la modificación del contenido de la obligación y por ello en los supuestos en que la relación sigue siendo la misma, la diversidad de contratos no provoca la existencia de relaciones [sucesivas] diferentes» (STS12/11/93 - rco 2812/92-). Planteamiento que si bien inicialmente fue establecido a efectos retributivos del complemento de antigüedad y en los supuestos de ausencia de solución de continuidad, posteriormente también fue aplicado a la hora de determinar los servicios computables para calcular la indemnización propia del despido improcedente y se amplió a todos los supuestos en que pudiera apreciarse la unidad esencial del vínculo, de forma que -como recuerda la STS 08/03/07 rcud 175/04, dictada en Sala General- «[e]l tiempo de servicio al que se refiere el art. 56.1.a) del Estatuto de los Trabajadores sobre la indemnización de despido improcedente debe computar todo el transcurso de la relación contractual de trabajo, siempre que no haya habido una solución de continuidad significativa en el desenvolvimiento de la misma». 2.- Toda la cuestión de autos se reduce, pues, determinar lo que haya de entenderse por la interrupción «significativa» que lleve a excluir la «unidad esencial» del vínculo, cuya frontera -la de aquélla- si bien inicialmente fue situada en los veinte días del plazo de caducidad para accionar por despido, en los últimos tiempos se ha ampliado a periodos que carezcan de relevancia en relación con la duración total de los servicios prestados, como evidencia la casuística jurisprudencial reciente (así, 69 días naturales en la STS 23/02/16 - rcud 1423/14-). A los referidos efectos ha de indicarse que si bien es claro que no necesariamente la unidad del vínculo está ligada a la existencia de fraude de ley, pues parece innegable que pudiera apreciarse aquélla en la sucesión de contratos temporales perfectamente ajustados a derecho, no lo es menos cierto que la concurrencia de fraude parece que haya de comportar -razonablemente- que sigamos un criterio más relajado -con mayor amplitud temporal- en la valoración del plazo que deba entenderse «significativo» como rupturista de la unidad contractual, habida cuenta de que la posición contraria facilitaría precisamente el éxito de la conducta defraudadora. Máxime cuando -como ya observamos en la precitada STS 08/03/07 rcud 175/04- en interpretación del Anexo a la Directiva 99/70/CE y en la lucha contra la precariedad en el empleo, la doctrina comunitaria ha entendido que aquella disposición de la Unión Europea «debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que considera que únicamente deben calificarse de sucesivos los contratos o relaciones laborales de duración determinada que no estén separados entre sí por un intervalo superior a 20 días laborales» (STJCE 04/Julio/2006, asunto «Adémele»); doctrina que ciertamente ha de tenerse en cuenta, en tanto que resulta obligada la interpretación de la normativa nacional en términos de conformidad con el derecho y jurisprudencia de la Unión Europea. La doctrina establecida en esa serie establece el principio de la unidad esencial del contrato, cuando la reiteración de contratos temporales evidencie la existencia de unidad de contratación. Mas tal presunción de unidad de propósito en la contratación no puede deducirse en casos, con periodos de interrupción superiores

al mes y percepción de desempleo. Mantener que en estos supuestos de largos períodos de inactividad, intercalados por prestaciones de desempleo, debe presumirse la existencia de unidad de contrato, cuando de los hechos lo que puede deducirse es precisamente lo contrario, implicaría la imposición de una carga injustificada al empleador por utilizar reiteradas veces los servicios del mismo trabajador". Para adoptar la decisión final, por tanto, ha de atenerse al tiempo total transcurrido desde el momento en que se pretende fijar el inicio del cómputo, el volumen de actividad desarrollado dentro del mismo, el número y duración de los cortes, la identidad de la actividad productiva, la existencia de anomalías contractuales, el tenor del convenio colectivo y, en general, cualquier otro que se considere relevante a estos efectos.

3. La sentencia de instancia no analiza la unidad del vínculo y tras afirmar que existe fraude en la utilización sistemática de la contratación temporal analiza la secuencia contractual para llegar a la conclusión de que estamos ante una contratación indefinida fija discontinua. Dicha argumentación no resulta compatible con la doctrina expuesta. La falta de acreditación de la naturaleza temporal del contrato cuyo cese se ha impugnado implica por aplicación de lo dispuesto en el artículo 15.3 del ET la declaración de improcedencia del despido al entender que el contrato era indefinido. Sin embargo, para determinar el alcance y la incidencia de la contratación temporal precedente en los efectos legales de este pronunciamiento procede analizar la secuencia de contratos celebrados y las circunstancias de estos desde la perspectiva que nos da la doctrina judicial sobre la unidad del vínculo. A la vista de los datos consignados en el hecho segundo no podemos apreciar dicha unidad, teniendo en cuenta que se trata de seis contratos diferentes de duración determinada (entre 3 y 9 meses) entre los que median periodos de inactividad de entre 81 y 103 días, no se aprecia continuidad ni en la duración de los contratos que como hemos dicho oscila entre los 3 y 9 meses ni en los periodos de prestación, habiendo finalizado todos ellos por expiración del tiempo pactado sin reclamación alguna por parte de la trabajadora. A lo anterior cabe añadir que nos encontramos con una empresa dedicada al transporte terrestre de mercancías y por lo tanto con una actividad productiva variable en función de la temporada la demanda y otros elementos no determinados lo que está además expresamente previsto en el artículo 12 del Convenio Colectivo provincial que establece que "Cuando las necesidades de las empresas lo requieran podrán realizarse contratos eventuales por circunstancias de la producción, que se regularán en lo no previsto en este Convenio por Ley 12/01, de 9 de Julio, que desarrolla el artículo 15.1.b. del Estatuto de los Trabajadores .La duración de estos contratos serán de hasta 12 meses en un plazo de 18 meses con una indemnización de un día por mes trabajado, pagadera al final del contrato". Por todo ello y a la luz de la doctrina expuesta resulta claro que no puede darse a la contratación temporal previa de la actora el efecto otorgado en la sentencia de instancia ni para determinar el módulo temporal de la indemnización por despido improcedente ni para alterar la naturaleza de la contratación pactada.

4. La argumentación expuesta nos lleva necesariamente a estimar en parte el recurso de suplicación manteniendo la declaración de improcedencia del cese, dado que tal como sostiene la magistrada no se consignó en el contrato eventual la causa de la contratación temporal y en consecuencia este devino indefinido, pero recalculando la indemnización sobre la base de este último contrato celebrado en fraude de ley que se inició el 5 de noviembre de 2015 y finalizó por despido el 30 de julio de 2016.

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

En virtud de lo expuesto

FALLAMOS

ESTIMAMOS en parte el recurso de suplicación interpuesto por la representación procesal de C.S SA contra la sentencia dictada por el Juzgado 1 de Elche el día 31 de julio de 2017 y en consecuencia modificamos el importe de la indemnización por despido improcedente que será de 1188,74€ confirmando el resto de los pronunciamientos.

Sin costas.

VOTO PARTICULAR

Voto Particular que formula la Magistrada D^a Isabel Moreno de Viana-Cárdenas a la sentencia dictada en el recurso de suplicación nº 1262/2018.

Con el respeto que siempre me merecen los criterios de mis colegas aunque no los comparta, creo conveniente hacer uso de la facultad prevista en el art. 260 de la Ley Orgánica del Poder Judicial para expresar mi voto particular como sostuve en la deliberación.

Contrariamente a lo que sostiene la sentencia mayoritaria, defendí en la deliberación del recurso la confirmación de la sentencia recurrida, en base a las siguientes consideraciones:

1.- Las partes han suscrito todos los años desde el 3-11-10 contratos eventuales fraudulentos (- en total siete- los tres primeros y el último de 8 o 9 meses, que terminan en la época estival y los tres restantes de 6, 4 y 3 meses –también estos dos últimos terminan en época estival-), de modo que en un periodo de 69 meses la demandante ha trabajado casi 50 meses, por lo que no me parece descabellado que la sentencia considere la relación laboral como fija discontinua. Nótese que la empresa recurrente admite en su recurso que “...hay que decir que la empresa se dedica al transporte teniendo todo tipo de clientes (supermercados o grandes superficies, productos de muy diversa índole, hortofrutícolas etc.)... y si bien tiene trabajo durante todo el año, existen momentos puntuales en los que, precisamente al distribuir determinados productos de los clientes, la necesidad de realización de viajes y de contratación de trabajadores aumenta”. Este aumento cíclico anual de la actividad normal de la empresa justifica que la magistrada haya considerado a la actora trabajadora fija discontinua- ex art. 16 del Estatuto de los Trabajadores- lo que justifica la prestación por desempleo entre contratos.

2.- De cualquier forma, y aunque no se considerara fija discontinua la naturaleza de la relación, la STS de 21 de septiembre de 2017 (rec. 2764/2015), que menciona la sentencia mayoritaria, faculta en aplicación de la Directiva y jurisprudencia comunitaria, a considerar globalmente las circunstancias de la contratación, para aplicar la teoría de la “unidad esencial del vínculo” señalando que: “ la STS de 2012 ni opta por un método matemático a la hora de apreciar la ruptura del vínculo, ni erige el módulo de tres meses como barrera universal, ni prescinde de la duración global del arco temporal examinado a la hora de ponderar todas las circunstancias.” Añadiendo que “Diversas sentencias de esta Sala, como las citadas 963/2016 de 8 de noviembre (rcud. 310/2015), 494/2017 de 7 junio (rec. 113/2015) y 501/2017 de 7 junio (rec. 1400/2016) han entendido que con una interrupción superior a tres meses es posible que siga existiendo una vinculación laboral reconocible como tal, es decir, unitaria.” Y que “Para adoptar la decisión final, por tanto, ha de atenderse al tiempo total transcurrido desde el momento en que se pretende fijar el inicio del cómputo, el volumen de actividad desarrollado dentro del mismo, el número y duración de los cortes, la identidad de la actividad productiva, la existencia de anomalías contractuales, el tenor del convenio colectivo y, en general, cualquier otro que se considere relevante a estos efectos.”

3.- Es verdad como sostiene el recurso que en los últimos 30 meses no se

superaron los 24 meses previstos en el art. 15.5 del Estatuto de los Trabajadores, pero los 24 meses contratados se superan ampliamente si se atiende a los primeros 30 meses. Del mismo modo se vulnera el art. 12 del Convenio Colectivo provincial de aplicación, solo atendiendo a los dos últimos contratos (en los últimos 18 meses la contratación ha superado los 12 meses). Lo que unido a que la última interrupción es de 3 meses y 5 días con el mes de agosto entre ellos, posibilitaría la aplicación de la teoría de la “unidad esencial del vínculo” para situar la antigüedad a efectos de calcular la indemnización del despido, al menos en el 15-4-2015, inicio del penúltimo contrato.

2380

Sentencia núm. 1.601, de 16 de mayo de 2018

Materia: Recargo de prestaciones. Trabajador que fallece como consecuencia de enfermedad profesional. El trabajador ha realizado su actividad en un almacén en la que se hacía acopio de materiales de fibrocemento, estando expuesto a fibras de asbestos y amianto. Recargo por faltas de medidas de seguridad e higiene en el trabajo y fecha efectos el recargo. Expediente por recargo de prestaciones. Cálculo fecha efectos del recargo.

Juzgado: Desestima la demanda, confirmando la resolución del organismo codemandado, absolviendo a los demandados de las pretensiones deducidas en su contra.

Sala: Estima parcialmente el recurso estableciendo que la fecha de efectos económicos del recargo de prestaciones se retrotraiga a los tres meses anteriores a la solicitud del recargo de estas, al haberse iniciado el expediente por la viuda del trabajador. Confirma la sentencia respecto al resto de los pedimientos.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se recurre por la demandante U. SA la sentencia del Juzgado de lo Social de procedencia que desestimó íntegramente su demanda en la que impugnaba la Resolución del INSS de 4-7-14 que le había impuesto un recargo del 50% sobre las prestaciones derivadas del fallecimiento de D. J.M.N.L. por enfermedad profesional e interesaba la anulación o revocación completa de la Resolución del INSS y subsidiariamente que el porcentaje sea sólo del 30% y que los efectos económicos del recargo lo sean sólo desde tres meses antes a la solicitud del recargo.

Articula el recurso, que se ciñe sólo a las cuestiones del porcentaje y la fecha de efectos, a través de dos motivos, ambos al amparo del apartado c) del artículo 193 de la LJS, para el examen de las infracciones de normas sustantivas y doctrina jurisprudencial que indica y termina suplicando Sentencia por la que se fije el porcentaje del recargo en el mínimo del 30% y se fijen los efectos económicos del mismo con un efecto retroactivo de tres meses anteriores a la solicitud del recargo, esto es, con efectos de 7-2-13.

Ha sido impugnado por la codemandada D^a A.F.F. (viuda del causante), oponiéndose a los dos motivos e interesando la confirmación de la sentencia recurrida, con imposición de costas a la recurrente “por su manifiesta temeridad, mala fe y dilación indebida”.

SEGUNDO.- En el primer motivo del recurso, se alega infracción e interpretación errónea del artículo 123 de la LGSS, al entender la recurrente que procede la reducción del porcentaje del recargo fijándolo en el 30%, aduciendo ausencia de incumplimiento de norma específica relativa a trabajos con exposición al amianto, el desconocimiento que había en esa época de las consecuencias de la exposición al amianto, la inexistencia en esa época de actas de inspección de trabajo sobre incumplimiento empresarial, que los informes del Gabinete de Seguridad e Higiene son recomendaciones, que existen medidas preventivas en el centro de trabajo desde el año 1977 y la escasa gravedad de la supuesta norma infringida, debiendo medirse la responsabilidad en relación con la gravedad del incumplimiento y no con las consecuencias del incumplimiento y cita sentencias del TSJ de Cataluña

y Castilla La Mancha que dice impusieron a Uralita un recargo del 30% y de diversos Juzgados de Valencia imponiéndole un 40%, pero nunca un 50%, ninguna de las cuales constituye jurisprudencia de acuerdo con el artículo 1.6 del Código Civil.

En orden a la alegada infracción del artículo 123 de la Ley General de la Seguridad Social, que es el que contempla el recargo sobre prestaciones, éste dice en su nº 1 "Todas las prestaciones económicas que tengan su causa en accidente de trabajo o enfermedad profesional se aumentarán, según la gravedad de la falta, de un 30 a un 50 por 100...", de donde resulta que el criterio legal no es el de la gravedad del resultado sino la de la falta, correspondiendo en principio la graduación al Juez de la instancia, si bien se admite su control en recurso cuando se aparta de ese criterio legal y para esa gravedad de la falta se puede acudir a la calificación o graduación de las mismas contenida en la LISOS.

En este caso, la sentencia recurrida expone en su sentencia que rechaza la reducción pretendida "por considerar que no resulta desproporcionado e injustificado el recargo del 50% impuesto por la Entidad Gestora, habida cuenta que estamos ante una enfermedad profesional de especial gravedad y trascendencia para la salud, que ha afectado a un gran número de trabajadores de la misma empresa, y que está causada por un agente tóxico cuya enorme peligrosidad estaba ya perfectamente identificada a nivel internacional en normas y estudios al alcance del empresario".

Aunque primero aduce elementos que afectan a la gravedad del resultado, el último tiene que ver con la gravedad de la falta, por lo que estimamos no se aparta del criterio legal, máxime cuando la peligrosidad del agente tóxico no sólo estaba ya perfectamente identificada, sino que aquí, en nuestro concreto caso, como se indica en el escrito de impugnación, no nos hallamos ante un centro o factoría de alguna de las que ha tenido Uralita por toda España, sino ante un centro de trabajo consistente en un almacén de R., SA (a la que absorbió), en el que el trabajador fallecido desempeñó sus tareas desde el 21-3-60 al 22-9-80, donde, como se dice en el hecho probado 2 transcribiendo algunos de los de la sentencia firme recaída en el procedimiento sobre reclamación de daños y perjuicios, "se hacía acopio de los materiales de fibrocemento, fabricados con amianto por la empresa en sus centros de producción ... Dicho almacén disponía de una sola puerta y de un espacio en su interior para efectuar la recuperación de materiales estropeados, en el que existía una máquina para serrar las piezas, que al trabajar con ella ocasionaba polvo en suspensión en todo el almacén. El Sr. L.P. realizaba las tareas de instalación en las dependencias de los clientes de los productos de fibrocemento fabricados por la demandada, a cuyo efecto realizaba cortes con serrucho, y posteriormente con radial, para ajustar a inglete las juntas de las placas y para ajustar a su vez las piezas de bajantes y canales de fibrocemento. Cuando no existía tarea de instalación, el trabajador realizaba en el almacén los trabajos de recuperación de materiales estropeados, usando la instalación para serrar piezas y colocándose alguna vez un pañuelo a modo de mascarilla. La empresa R.S.A. proporcionó a los trabajadores del almacén, entre ellos el Sr. L.N., ropas de trabajo consistentes en una chaquetilla y un pantalón con bolsillos, que eran lavados en los domicilios de los propios trabajadores".

Se observa así, como luego dice el Dictamen Propuesta, que estaba continuamente expuesto a fibras de asbestos y amianto y se observa también la falta de condiciones de ventilación o absorción del polvo en suspensión, la falta de mascarillas adecuadas y de otras medidas, habiéndose ya señalado en la anterior sentencia firme sobre la reclamación de daños y perjuicios, con cita de la del TS de 30-12-12 (rcud 3942/11) y las en ella citadas, que existía una normativa con reglas específicas de prevención en el trabajo con riesgo pulvígeno e incluso con expresa referencia al contacto con el amianto, normas y reglas que se detallan y que el Fundamento Tercero de la sentencia transcribe:

<< "A) La Orden 31-enero-1940, que aprobó el Reglamento General de Seguridad e Higiene en el Trabajo (BOE 28-02-1940), en la que se contienen normas sobre el trabajo en ambientes pulvígenos. Desde dicha fecha ya se dictan normas sobre estado y ventilación de los locales de trabajo en ambientes pulvígenos, así como

sobre la dotación de medios de protección individual a los trabajadores cuando no sea posible conseguir una eliminación satisfactoria de polvos u otras emanaciones nocivas para la salud. Estableciéndose, entre otros extremos, que "El aire de los locales de trabajo y anexos se mantendrá en un grado de pureza tal que no resulte nocivo a la salud personal [...]" (art. 12.III); que "No se permitirá el barrido ni las operaciones de limpieza de suelo, paredes y techos susceptibles de producir polvo, a cuyo objeto se sustituirán por la limpieza húmeda [...] o [...] por aspiración" (art. 19.II); que "Los locales de trabajo en que se desprendan polvos, gases o vapores fácilmente inflamables, incómodos o nocivos para la salud, deberán reunir óptimas condiciones de cubicación, iluminación, temperatura y grado de humedad, el suelo, paredes y techos, así como las instalaciones deberán ser de materiales no atacables por los mismos y susceptibles de ser sometidos a las limpiezas y lavados convenientes" (art. 45); que "Si fuere preciso, los trabajos se realizarán junto a campanas aspiradoras o bajo cámaras o dispositivos envolventes, lo más cerrados posibles, en comunicación con un sistema de aspiración o ventilación convenientes" (art. 46.II); así como que en orden a la protección personal de los obreros los patronos están obligados a proporcionar, entre otros elementos, "máscaras o caretas respiratorias, cuando por la índole de la industria o trabajo no sea posible conseguir una eliminación satisfactoria de los gases, vapores, polvos u otras emanaciones nocivas para la salud" (art. 86)."

"B) La Orden 7-marzo-1941 por la que se dictan normas para la prevención e indemnización de la silicosis como enfermedad profesional (BOE 18-03-1941), que afectaba a aquellas industrias en la que se desprendía polvo mineral o metálico "por la mayor existencia en su ambiente de polvo capaz de producir afecciones neumoconiósicas, cuando el trabajo no se efectúa al aire libre o se utiliza maquinaria", entre otras, a las "industrias en que se actúa sobre materias rocosas o minerales" y a las "industrias metalúrgicas en las que se desprende polvo metálico" (art. 3). Entre otras normas sobre las debidas condiciones respecto a ventilación o a los locales para cambios de ropa y armarios para los mismos fines (art. 4), destaca ya la exigencia de reconocimientos médicos específicos (cavidad naso-faríngea, aparato respiratorio a efectuar mediante Rayos X, aparato cardio-vascular, fijando el diagnóstico lo más exactamente posible de las lesiones cardio-pulmonares existentes), tanto al ingreso en el trabajo, con posteriores revisiones anuales y en los casos de cese en el trabajo por despido (art. 6)".

"C) El Decreto de 10-enero-1947 (creador del seguro de enfermedades profesionales -BOE 21-01-1947), que deroga en parte la Orden 7-marzo-1941, y en cuyo cuadro de enfermedades profesionales se incluye directa y expresamente la asbestosis, al definir la "neumoconiosis (silicosis con o sin tuberculosis, antracosis, siderosis, asbestosis, etc.) y otras enfermedades respiratorias producidas por el polvo ..." relacionándola, entre otras, "con todas las industrias, minas y trabajos en que se desprenda polvo de naturaleza mineral -pétreo o metálico-, vegetal o animal, susceptible de causar enfermedad" (anexo en relación art. 2), evidenciándose el constatado riesgo de sufrir tal enfermedad profesional en dicho tipo de trabajos nocivos".

"D) El Decreto de 26-julio-1957 (por el que se regulan los trabajos prohibidos a la mujer y a los menores -BOE 26-08-1957-, derogado en cuanto al trabajo de las mujeres por Disposición Derogatoria Única de la Ley 31/1995, 8 noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales), reitera el carácter nocivo de tales actividades, excluyendo a los referidos colectivos de trabajos que considera "nocivos" (conforme se explica en su Preámbulo), incluyendo entre las actividades prohibidas el "Asbesto, amianto (extracción, trabajo y molienda)", siendo el motivo de la prohibición el "polvo nocivo" y centrado en los "talleres donde se liberan polvos" (art. 2 en relación Grupo IV -trabajo de piedras y tierras-), así como el "Amianto (hilado y tejido)", siendo el motivo de la prohibición el "polvo nocivo" y centrado en los "talleres donde se desprenda liberación de polvos" (art. 2 en relación Grupo XI - industrias textiles) ".

"E) El Decreto 792/1961 de 13-abril (sobre enfermedades profesionales y obra de grandes inválidos y huérfanos de fallecidos por accidentes de trabajo o enfermedad

profesional -BOE 30-05-1961-), en la que se incluye también como enfermedad profesional la "asbestosis" por "extracción, preparación, manipulación del amianto o sustancias que lo contenga. Fabricación o reparación de tejidos de amianto (trituration, cardado, hilado, tejido). Fabricación de guarniciones para frenos, material aislante de amianto o productos de fibrocemento" (art. 2 en relación con su Anexo de "Cuadro de enfermedades profesionales y lista de trabajos con riesgo de producirlas"); estableciéndose, dentro de las "normas de prevención de la enfermedad profesional" (arts. 17 a 23), la exigencia de "mediciones técnicas del grado de peligrosidad o insalubridad de las industrias observado" y el que "Todas las empresas que hayan de cubrir puestos de trabajo con riesgos de enfermedad profesional están obligadas a practicar un reconocimiento médico de sus respectivos obreros, previamente a la admisión de los mismos y a realizar los reconocimientos periódicos que ordene el Ministerio, y que serán obligados y gratuitos para el trabajador ..." (art. 20.1), destacándose, por tanto, la obligación de reconocimientos médicos específicos".

"F) El Decreto 2414/1961, de 30-noviembre (BOE 07-12-1961), por el que se aprueba el reglamento de actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas, estableciéndose una concentración máxima permitida en el ambiente interior de las explotaciones industriales, que tratándose de polvo industrial en suspensión cuando consiste en amianto era de 175 millones de partículas por metro cúbico de aire (Anexo II)".

"G) La Orden de 12-enero-1963 (BOE 13-03-1963), --dictada para dar cumplimiento al art. 17 del Decreto 792/1961 de 13-abril y el art. 39 del Reglamento de 9-mayo-1962--, donde se concretan normas sobre las "asbestosis" y para los reconocimientos médicos previos "al ingreso en labores con riesgo profesional asbestósico", así como la posterior obligación de reconocimientos médicos periódicos "cada seis meses" (plazo inferior al establecido para detectar otro tipo de enfermedades profesionales) en los que específicamente deben realizarse obligatoriamente, al igual que para los trabajadores con riesgo silicósico o neumoconiósico fibrótico, una exploración roentgenológica de tórax por alguno de los procedimientos que detalla (foto-radioscopia en películas de tamaño mínimo de 70x70, radiografía normal o radioscopia)".

"H) La Orden de 9-marzo-1971, por la que se aprueba la Ordenanza General de Seguridad e Higiene en el Trabajo (BOE 16 y 17-03-1971), en la que se establece como obligación del empresario "adoptar cuantas medidas fueran necesarias en orden a la más perfecta organización y plena eficacia de la debida prevención de los riesgos que puedan afectar a la vida, integridad y salud de los trabajadores al servicio de la empresa" (art. 7.2); que "En los locales susceptibles de producir polvo, la limpieza se efectuará por medios húmedos cuando no sea peligrosa, o mediante aspiración en seco cuando el proceso productivo lo permita" (art. 32.2); que "1. Los centros de trabajo donde se fabriquen, manipulen o empleen sustancias susceptibles de producir polvos ... que especialmente pongan en peligro la salud o la vida de los trabajadores, estarán sujetos a las prescripciones que se establecen en este capítulo.- ... 3. La manipulación y almacenamiento de estas materias, si los Reglamentos de pertinente aplicación no prescriben lo contrario, se efectuará en locales o recintos aislados y por el menor número de trabajadores posible adoptando las debidas precauciones.- 4. La utilización de estas sustancias se realizará preferentemente en aparatos cerrados que impidan la salida al medio ambiente del elemento nocivo, y si esto no fuera posible, las emanaciones, nieblas, vapores y gases que produzcan se captarán por medios de aspiración en su lugar de origen para evitar su difusión.- 5. Se instalará, además, un sistema de ventilación general, eficaz, natural o artificial, que renueve el aire de estos locales constantemente" (art. 133); y que "En los locales en que se produzcan sustancias pulvígenas perniciosas para los trabajadores, tales como polvo de sílice, partículas de cáñamo, esparto u otras materias textiles, y cualesquiera otras orgánicas o inertes, se captarán y eliminarán tales sustancias por el procedimiento más eficaz, y se dotará a los trabajadores expuestos a tal riesgo de máscaras respiratorias y protección de la cabeza, ojos o partes desnudas de la piel.- Las Ordenanzas,

Reglamentos de Trabajo y Reglamentos de régimen interior desarrollarán, en cada caso, las prevenciones mínimas obligatorias sobre esta materia" (art. 136)"...

Lo anterior y ante la falta de prueba por parte de la demandante de la adopción de las medidas necesarias para prevenir o evitar el riesgo, prueba que le correspondía conforme al artículo 96.2 de la LJS, nos ofrece un panorama de infracciones muy graves que justifican la aplicación del recargo en su grado máximo, debiendo tener en cuenta también la tipificación de infracciones muy graves contenidas en el artículo 13. 6 y 8 de la LISOS, por lo que este primer motivo del recurso debe ser desestimado.

TERCERO.- En el segundo motivo se alega infracción e interpretación errónea del artículo 43 de la LGSS, actual artículo 53 y de la doctrina jurisprudencial, recogida en la STS de 27-9-16 (recurso 1671/15) y en otras anteriores del mismo año que cita, sobre que la fecha de efectos del recargo en prestaciones es de tres meses anteriores al inicio de actuaciones de recargo y, siendo aquí el inicio el 7-5-13 en que se solicitó, sólo puede retrotraerse la 7-2-13.

Efectivamente, la STS citada dice en su Fundamento Segundo lo siguiente:

<< 1. Como ya hemos anticipado, la cuestión que se suscita en el presente recurso consiste en determinar la fecha de efectos económicos del recargo de prestaciones de la Seguridad Social por falta de medidas de seguridad. La empresa recurrente denuncia la infracción por interpretación errónea y falta de aplicación del artículo 43 de la Ley General de la Seguridad Social, en relación con el artículo 123 del mismo texto legal.

2. Pues bien, el recurso debe ser estimado, al contenerse en la sentencia de contraste la doctrina correcta, y ello sobre la base de los siguientes razonamientos: A) El artículo 43.1 LGSS, vigente cuando se producen los hechos a que se refiere el presente recurso establece (con el mismo redactado que el actual artículo 53.1 de la propia LGSS) que: «El derecho al reconocimiento de las prestaciones prescribirá a los cinco años, contados desde el día siguiente a aquel en que tenga lugar el hecho causante de la prestación de que se trate, sin perjuicio de las excepciones que se determinen en la presente ley y de que los efectos de tal reconocimiento se produzcan a partir de los tres meses anteriores a la fecha en que se presente la correspondiente solicitud»;

"La reciente y ya consolidada doctrina de esta Sala -STS de 23 marzo 2015 (rcud. 2057/2014; Pleno), seguida por las SSTs de 14 abril, 5 mayo, 13 octubre, 2 noviembre, 10 y 15 diciembre de 2015 (rcuds. 962/2014, 1075/2014, 2166/2014, 3426/2014, 1012/2014 y 1258/2014, respectivamente), y 25 febrero 2016 (rcud. 846/2014)- sobre la naturaleza jurídica del Recargo de las prestaciones económicas derivadas de accidente de trabajo o enfermedad profesional, referenciado en el artículo 123.1 de la LGSS (actual 164 con la misma redacción), viene dando prevalencia carácter prestacional -sobre cualquier otro- a dicho recargo de prestaciones, argumentando, en apoyo de esta solución : "...que tanto la legislación como la jurisprudencia atribuyen al recargo tratamiento de «prestación» en los más variados aspectos: a).- Su regulación por la LGSS se hace en Sección -2ª- titulada «Régimen General de las Prestaciones», ubicada en Capítulo -III- denominado «Acción Protectora» y dentro del Título -II- «Régimen General de la Seguridad Social»; b).- La competencia para imponer el incremento de la prestación reconocida le corresponde al INSS, al que precisamente el art. 57.1ª) LGSS atribuye «la gestión y administración de las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social»; c).- El procedimiento para imponerlo es el -como para cualquier prestación- el previsto en el RD 1300/1995 y en la OM 18/01/1996 (STS Pleno 17/07/13-rcud 1023/12 -); d).- Conforme al art. 121.3 LGSS [como su precedente art. 90.3 LGSS /74] los caracteres de las prestaciones atribuidos por el art. 40 [art. 22 en el TR/1974] son de aplicación al recargo de prestaciones. e).- Ha de ser objeto de la oportuna capitalización en la TGSS y es susceptible de recaudación en vía ejecutiva, como si de garantizar una prestación cualquiera se tratase [en tal sentido, SSTs 27/03/07 -639/06-; 14/04/07 -rcud 756/06-; y 26/09/07 -rcud 2573/06-]; f).- El plazo de prescripción que les resulta aplicables es el mismo que el legalmente establecido para las prestaciones, el

de cinco años previsto en el art. 43.1 LGSS (así, SSTS 09/02/06 -rcud 4100/04 -; ... SG 17/07/13 -rcud 1023/12- ; 19/07/13 -rcud 2730/12-; y 12/11/13 -rcud 3117/12-).

Es más, a la misma conclusión lleva la terminología empleada por el propio art. 123 LGSS, al referirse a que en los supuestos de infracción de medidas de seguridad «las prestaciones económicas ... se aumentarán» en un determinado porcentaje; y aunque con tal expresión no se atribuye al recargo cualidad de genuina prestación [siempre a cargo de la Entidad gestora o Mutua colaboradora], no es menos cierto que cuando menos parece asimilarlo a ella en términos que apoyan que a afectos de transmisión se le diese el mismo tratamiento -de prestación- que expresamente se le atribuye para los restantes aspectos de su gestión ."

C) Dado este carácter "prestacional" del recargo, abstracción hecha del caso concreto que la suscitó, resulta de aplicación la doctrina de esta Sala contenida en la Sentencia de 07-07-2015 (rcud 703/2014), que con cita de la de 04-02-2014 (rcud 1173/2013), y en interpretación precisamente del aquí controvertido artículo 43 de la LGSS (actual 53.1), razonaba, que "...hay que tener en cuenta que en la LGSS se regulan dos instituciones en orden a la extinción de los derechos de Seguridad Social: la prescripción, a la que se refiere el art. 43 LGSS , y la caducidad, regulada en el art. 44. En nuestro ordenamiento la distinción entre prescripción y caducidad suele vincularse a algunas de sus características en orden a su curso (exclusión de la interrupción en la caducidad) y a su apreciación (a instancia de parte la prescripción y también de oficio la caducidad). Pero la diferencia fundamental se relaciona con el interés jurídicamente protegido en cada una de estas instituciones y así se afirma que mientras en la prescripción predomina el interés individual del sujeto pasivo en oponerse a un ejercicio tardío del derecho, en la caducidad está presente el interés general en la rápida certidumbre de determinadas situaciones jurídicas. Desde esta perspectiva, la distinción de los arts. 43 y 44 LGSS resulta problemática, hasta el punto de que se ha cuestionado que realmente estemos en el caso del art. 44 ante una auténtica caducidad, porque en el supuesto que regula este artículo no está afectada la certidumbre de una situación jurídica. En efecto, estamos realmente ante un derecho de Seguridad Social reconocido y que va a seguir estándolo, aunque transcurra el plazo establecido por la norma para su caducidad, con lo que el empleo de este término por la ley más que un sentido técnico jurídico tiene una finalidad indicativa más próxima al lenguaje ordinario que identifica la caducidad con la pérdida. De lo que se trata no es, por tanto, de un derecho potestativo que caduca por su no ejercicio, sino de un pago vencido que se pierde por no haberse cobrado oportunamente, lo que es algo muy distinto. Así el art. 44 se refiere al derecho al percibo de una cantidad a tanto alzado (número 1) o de una mensualidad (número 2), es decir, que, pese a la inseguridad de la terminología ("derecho al percibo"), se pierden cantidades y no derechos, aunque por la naturaleza de la cantidad perdida en el número 1, el derecho quede vacío de contenido. Pero lo verdaderamente interesante es diferenciar el supuesto del art. 44 -pérdida del derecho al percibo- del supuesto del art. 43 -pérdida del derecho a la prestación-. La diferencia está clara y hay que interrogarse sobre la finalidad perseguida en cada una de las normas, que, a su vez, han de relacionarse con la finalidad de protección social, que es propia de nuestro sistema de Seguridad Social. Es obvio que para la Seguridad Social no tiene la misma importancia la pérdida de un pago que la pérdida de un derecho, y no la tiene, porque mientras que la pérdida de un derecho compromete de forma irreparable la finalidad última del sistema, que es la protección de una situación de necesidad, en la pérdida de un pago esta finalidad no está comprometida, pues subsiste el derecho a las mensualidades no caducadas, y además se parte de que esa situación de necesidad no sería tan apremiante si, teniendo el derecho reconocido, el beneficiario no ha reclamado su abono " y que " Esta distinción es básica para afrontar el tema debatido, pues para que juegue el supuesto del art. 44 es esencial constatar la pasividad del beneficiario, al no exigir el pago de un derecho reconocido. Ahora bien, cuando lo que se discute es una diferencia en el importe de la pensión que no ha sido incluida en el acto inicial de reconocimiento, es evidente que se reclama contra una

falta de reconocimiento de una parte del derecho y no contra la falta de pago de un derecho ya reconocido. Estamos, por tanto, en el supuesto del art. 43 LGSS -prescripción de cinco años- y no en el supuesto del art. 44 -plazo de un año"-"; y,

D) La incoación del procedimiento administrativo de imposición del recargo de prestaciones del artículo 123 LGSS (artículo 124 del vigente Texto Refundido) ante el INSS, y, por ende, la declaración del recargo, corresponde a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (artículo 22.9 de la Ley 23/2015, de 21 de julio de Ordenación del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social y artículo 4.1 a) del Real Decreto 1300/1995, de 21 de julio); Órgano éste, que será el que normalmente lo incoará. Ahora bien, también están legitimados para iniciar el procedimiento los beneficiarios del recargo (trabajador afectado por el accidente de trabajo o enfermedad profesional) o sus derechohabientes, de acuerdo con las reglas generales contenidas en el mismo artículo 4 del Real Decreto 1300/1995. En el presente caso, conforme a la doctrina expuesta, no habiendo sido la Inspección de Trabajo la que interesó la incoación del expediente, sino la viuda del trabajador fallecido la que solicitó del INSS, en fecha 16-11-2012 el recargo de prestaciones, la fecha de efectos económicos debe retrotraerse a los tres meses anteriores a dicha solicitud, o sea al 16-08-2012. Esta es la doctrina que se sienta en las sentencias recaídas en los recursos de casación unificadora 3770/2015; 3346/2015; y 1411/2015 deliberados el mismo día.

Partiendo de la anterior doctrina jurisprudencial y siendo que en nuestro caso la iniciación del expediente del recargo se produjo por solicitud de la codemandada Dª A.F. (viuda del causante) el 7-5-13, los efectos del recargo han de fijarse en 7-2-13, estimándose por ello este segundo motivo y, con ello, parcialmente el recurso.

CUARTO.- De conformidad con lo establecido en el artículo 204 de la Ley de la Jurisdicción Social, procede acordar la devolución del depósito constituido para recurrir. Asimismo, y de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 235.1 de la LJS, no procede la imposición de costas, dado el sentido parcialmente estimatorio del recurso.

FALLAMOS

Estimando parcialmente el recurso de suplicación formulado por la demandante U. SA contra la Sentencia de fecha 5 de diciembre de 2016, dictada por el Juzgado de lo Social núm. 6 de Valencia, en autos 916/14 sobre RECARGO DE PRESTACIONES, siendo parte recurrida los demandados INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y Dª A.F.F. y estimando también parcialmente la demanda, fijamos la fecha de efectos del recargo en el 7-2-13, debiendo las codemandadas estar y pasar por ello y confirmamos en todo lo demás la referida Sentencia recurrida. Sin costas. Devuélvase el depósito a la recurrente.

2381

Sentencia núm. 1.609, de 16 de mayo de 2018

Materia: Sanción. Trabajador con contrato indefinido a tiempo completo en empresa aeronáutica y que presta sus servicios como oficial 2º de mantenimiento. Al trabajador le es de aplicación el convenio colectivo de empresa. El actor es representante sindical. Carta de sanción por abuso de confianza e incumplimiento inexcusable de reglamentos internos. Utilización de correo electrónico corporativo para fines distintos a los laborales y profesionales. El actor ya ha recibido una sanción con anterioridad y se ha comprometido a no utilizar el correo corporativo para fines sindicales. Proporcionalidad de la sanción. Aplicación convenio de empresa.

Juzgado: Desestima la demanda confirmando la sanción impuesta por la empresa al trabajador. El trabajador es sancionado con una falta grave, condenándole a suspensión de sueldo.

Sala: Estima parcialmente el recurso rebajando la tipicidad de la sanción a falta leve, en consonancia con lo establecido en el convenio de empresa. Además, el trabajador pidió rápidamente disculpas al confundirse en el envío de determinada información a través del correo corporativo y no del sindical. No procede la extinción de la sanción puesto que ya había sido apercibido con anterioridad.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- D. J.I.S.B. interpone su día demanda contra la empresa A.N. L.A.M. SL en ejercicio de acción de Impugnación de Sanción, solicitando que se revoque la misma y se condene a la empresa a abonarle el importe de los salarios dejados de percibir en cumplimiento de la sanción.

La sentencia de instancia desestima la demanda y confirma la sanción impuesta, 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 declare injustificada la sanción impuesta. La parte demandada impugnó el recurso.

SEGUNDO.- Por el cauce del apartado b) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción social solicita la parte actora la revisión de los hechos probados de la Sentencia. En primer lugar, se propone la adición de un hecho probado décimo octavo con el siguiente tenor literal: *“Trabajadores de la empresa, en su condición de representantes sindicales, han efectuado desde su correo corporativo personal envíos de correos masivos sin que se les haya impuesto sanción alguna”*. Se ampara para tal revisión la parte actora en los documentos obrantes a los folios 36 y 83 de los obrantes en autos. En dichos documentos sólo se refleja un correo masivo remitido por un solo trabajador y no por varios y no puede desprenderse de los mismos si al citado trabajador se le impuso o no sanción alguna, por lo que en modo alguno puede accederse a la revisión interesada en los términos en que ha sido propuesta. En todo caso la Sentencia recurrida viene a pronunciarse en el apartado 6 del fundamento de derecho segundo sobre tal argumento de la parte actora acerca de que otros trabajadores también han remitido correos masivos señalando que no cabe invocar el principio de igualdad en la ilegalidad, por lo que carece de trascendencia la revisión interesada para alterar el sentido del fallo, siendo en el apartado destinado a la

denuncia de las infracciones jurídicas en el que debería combatirse tal argumento de la Sentencia.

Se interesa también por el recurrente la modificación del hecho probado cuarto de la Sentencia a fin de adicionar al mismo un párrafo con el siguiente texto: *“Desde el 1 de septiembre del 2011 existe en la empresa un Manual de Política de Uso de internet y correo electrónico corporativo, que obra en autos y se da por reproducido a efectos probatorios (documento 10 de la empresa y documento 6 de la parte actora) sin que en el mismo se regule el uso del correo corporativo para la representación legal de los trabajadores. El documento figura en el Portal Corporativo de la compañía”*. Lo que trata así el recurrente es de que se introduzca un concepto jurídico predeterminante del fallo valorando el contenido del citado documento, y como con arreglo a reiterada doctrina, no tienen la consideración de hechos probados las simples valoraciones o apreciaciones jurídicas contenidas en el *factum* predeterminantes del fallo, las cuales han de tenerse por no puestas (STS 30/06/08 (RJ 2008, 4453)), y además la Sentencia recurrida en tal hecho probado ya se remite al documento que contiene el Manual de Política de uso de Internet, la Sala puede examinar el contenido íntegro del mismo, siendo al denunciar las infracciones jurídicas cuando deba alegar en su caso la recurrente que no se regula el correo corporativo para la representación legal de los trabajadores. No podemos por ello acceder a la revisión interesada.

A continuación, pretende la parte recurrente la revisión del hecho probado sexto, para la cual propone el siguiente texto: *“El 21 de octubre del 2016 a las 12,52 horas el actor remitió desde su correo corporativo (jsimon@airnostrum.es) un correo electrónico dirigido al colectivo de trabajadores Técnicos de mantenimiento sobre el asunto “RV: CONSULTA TURNOS AEREONAVES 2017”. El contenido del correo electrónico obra en autos y se da por reproducido a efectos probatorios (documento nº1 de la empresa y documento nº 4 de la parte actora). El documento se halla firmado por “Sección sindical CCOO A.N”, siendo su contenido de carácter informativo sindical”* Se apoya la parte actora en el documento 1 (dice de la parte actora aunque debe tratarse de un error pues es en el documento 1 de la parte demandada donde obra tal correo) y en el documento 4 de la parte actora y del referido correo se desprende que no sólo se dirige a los técnicos de mantenimiento sino también a D^a I.O. y D^a L.B.N. y además lo que trata nuevamente la parte actora es de introducir una valoración subjetiva acerca del mismo señalando que su contenido era meramente informativo sindical, y como el correo se da por reproducido en la Sentencia y no cabe introducir tal valoración subjetiva vía revisión de los hechos probados, no podemos acceder a la revisión interesada.

Solicita también la recurrente se revise el hecho probado séptimo de la Sentencia a fin de que se recoja que el mensaje remitido por el actor el día 21 de octubre del 2016 a las 17,07 horas disculpándose por haber remitido el correo masivo y señalando que fue un error pues su intención era enviarlo desde la sección sindical de CCOO, lo fue a la Jefa de Relaciones Laborales de la empresa y no a los trabajadores de la empresa, apoyándose para ello en el folio 21 reverso y folio 22 de los autos, señalando que tal disculpa se remitió a una sola persona y que no puede constituir un correo masivo. Es cierto que el correo, que se remite a las 13,07 horas y no a la hora que por error indica la parte actora en su recurso, se dirige sólo a D^a I.O.M. y no a los trabajadores de la empresa a los que se había enviado el correo masivo, por lo que debemos acceder a revisar tal hecho probado, sin perjuicio de la trascendencia que tal modificación pueda tener para alterar el fallo de la Sentencia pues no se sanciona por la empresa la remisión de tal correo disculpándose sino del correo masivo remitido a las 12,52 horas.

Finalmente, en el apartado de revisión de hechos probados se interesa la modificación y adición al hecho probado décimo de la Sentencia del siguiente texto: *“El actor dispone de dos cuentas de correo electrónico corporativo, una de la sección sindical de CCOO y otra propia con su nombre.”* Se apoya para ello en los documentos 1 y 11 de la parte demandada y a partir de los mismos sólo se puede concluir que el

actor tiene una cuenta de correo corporativo que es precisamente a la que se refiere la carta de sanción y se refleja en el hecho probado 6 de la Sentencia, pues del documento 11 de la empresa lo que se deduce es que la Sección sindical de CCOO tiene una cuenta de correo, y además en todo caso de tales documentos no se puede deducir el error claro y patente que la parte recurrente pretende atribuir a la Sentencia entendiendo que no dispone de una cuenta del comité de empresa de su centro de trabajo también para el ejercicio de su actividad sindical pues precisamente en la carta de sanción se refleja que el actor para el ejercicio de su actividad sindical dispone de dos cuentas de correo, una de la sección sindical de CCOO y otra del Comité de empresa de su centro de trabajo y dicho extremo es el que da por probado la Sentencia recurrida y frente al mismo, los documentos citados por la parte recurrente no acreditan otra cosa. No podemos por ello acceder a esta última revisión interesada.

TERCERO.- Por el cauce del art. 193 c) de la LRJS , formula la recurrente el motivo sexto considerando infringido el propio Manual de Política de Uso de Internet y del Correo electrónico corporativo puesto en relación con el artículo 5.2.3 del convenio colectivo, considerando que el referido Manual no contiene indicación para el uso del correo electrónico por los representantes de los trabajadores y que por ello no se habría incurrido en la infracción del artículo 5.4.8 del convenio. En el motivo séptimo lo que considera infringido es la Jurisprudencia del Tribunal Supremo y así en concreto la STS de 13 de octubre de 1983 pues dice que otros representantes de los trabajadores también han remitido correos masivos y no se les ha sancionado por ello y finalmente en el motivo octavo se denuncia la infracción del artículo 58 ET y del artículo 5.1 del Convenio colectivo entendiendo que los hechos denunciados no vienen recogidos como falta en el convenio y que por lo tanto no existe proporcionalidad en la falta impuesta, pues además lo que se produjo fue un error del actor al realizar el envío del correo y que cuando se dio cuenta pidió disculpas.

Como viene señalando la Jurisprudencia, el poder disciplinario forma parte integrante de las prerrogativas de todo empleador para defender la disciplina de la empresa frente a incumplimientos contractuales del trabajador - STS de 22 de septiembre de 1988, RJ 7096 -. Tales incumplimientos no se encuentran tipificados en el Estatuto de los Trabajadores, a excepción de las causas de despido disciplinario, sino que se produce una remisión legal a la regulación que se contiene en los convenios colectivos, que es donde, en la práctica, se encuentra una minuciosa regulación de las faltas y sanciones asociadas distinguiéndose entre leves, graves y muy graves, siendo la más grave de estas sanciones el despido disciplinario que, como se ha dicho, sí posee un desarrollo normativo específico en ET. El poder disciplinario no es ilimitado y han de respetarse determinados principios y tenerse en cuenta el plazo de prescripción de las faltas, además de seguirse determinados procedimientos formales para su imposición, procedimientos recogidos legal o convencionalmente. Así señala la doctrina que entre los principios que deben respetarse está el de tipicidad, que supone que en ningún caso es posible imponer sanciones distintas a las previstas en las disposiciones legales o en el Convenio Colectivo aplicable. En consecuencia, para imponer una sanción disciplinaria no sólo se ha de acreditar la realización de una conducta, acción y omisión, sino que esa conducta ha de estar tipificada como merecedora de la sanción impuesta, en caso contrario la sanción es nula - STS de 8 de octubre de 1988, RJ 8107-. Con carácter general, hay que acudir a la norma convencional aplicable en cada caso, pues en la norma legal no aparece tal tipificación, salvo para las causas de despido disciplinario. La tipificación convencional debe incorporar las acciones y omisiones que suponen faltas, distinguiendo los diversos grados, y las sanciones que llevan aparejadas. La tipificación de las infracciones debe describir acciones u omisiones necesariamente conectadas con el propio trabajo, sin que quepa reprochar o sancionar conductas ajenas a la relación laboral. La singularidad de la sanción es otro principio del derecho sancionatorio - principio de "non bis in ídem" , lo que supone que una vez sancionada una falta laboral por el empresario, esa misma infracción -cometida por el mismo sujeto- no puede dar lugar a una sanción posterior - STS de 22 de septiembre de 1988, RJ 7096. El principio

de prohibición legal de ciertas sanciones, de modo que no pueden imponerse sanciones de reducción de la duración de las vacaciones u otra minoración de los derechos al descanso del trabajador ni multas de haber o descuento en la retribución, sin que se pueda considerar como tal la suspensión de empleo y sueldo. El principio de proporcionalidad entre la falta y la sanción. Se trata del criterio de proporcionalidad que se refleja y queda concretado en la clasificación y graduación de faltas y sanciones que realizan las disposiciones legales o convenios colectivos aplicables y a los que el ET remite. Este principio ha de respetarse en el momento de la tipificación de las faltas y sanciones en la negociación colectiva. Además, con posterioridad, tanto al momento de imponerse la sanción por la empleadora, como al momento del control judicial, se exige la realización de un análisis individualizado de cada conducta, tomando en consideración las circunstancias que configuran el hecho, así como las de su autor - antigüedad, sanciones previas, cargo que ostenta etc. -SSTS de 2 de abril de 1992, RJ 2590, y de 18 de diciembre de 2007, Rjud. 4301/06, entre otras-. En cualquier caso, cuando el empresario decide sancionar una conducta tipificada como falta ha de ajustarse a las sanciones que el convenio asocia a la misma, pudiendo elegir entre varias, si así lo establece el mismo. De existir esta facultad de opción entre sanciones, esta recae de forma exclusiva en el empresario. Acreditada la comisión de hechos susceptibles de sanción, el empresario ha de efectuar una valoración de los incumplimientos laborales de acuerdo con la graduación de faltas y sanciones que se establezcan en las disposiciones legales o en el convenio colectivo que le sea aplicable.

En el presente caso consta que la empresa tiene un Manual en el que se recoge la política de uso de internet y del correo electrónico corporativo en cuyo punto IV se refleja que el correo electrónico corporativo deberá ser utilizado con carácter general para fines laborales y profesionales, y que su uso para fines particulares será en todo caso excepcional, y no deberá afectar al rendimiento del empleado en el trabajo, indicando que su uso estará sujeto a las restricciones que se reflejan en tal Manual, entre las que se encuentra la del envío de mensajes de correo electrónico de forma masiva o con fines comerciales o publicitarios sin el consentimiento del destinatario. Se indica además que el uso del correo electrónico corporativo para cualesquiera fines no autorizados puede tener como consecuencia la adopción de acciones disciplinarias incluido el despido. El artículo 5.2 del Convenio colectivo de la empresa, recoge entre las faltas leves, en su punto 3, la consistente en dirigir escritos de crítica sobre temas laborales y/o operaciones, con carácter general a los trabajadores de A.N., sin la autorización debida utilizando el tablón de anuncios o cualquier otro medio de divulgación dentro de la compañía, indicando que se considerarán autorizados para estos temas los representantes de los trabajadores que deberán canalizar cualquier escrito de este tipo.

Los hechos que se imputan al actor en este caso son precisamente el divulgar por medio de un correo electrónico masivo críticas a la compañía a través del correo corporativo del trabajador, pues pese a que el actor es representante sindical no divulgó tal crítica a través del correo de la sección sindical de CCOO, que es el canal a través del cual tales representantes pueden ejercer su actividad sindical, sino a través de su cuenta de correo corporativo. Tal hecho encaja perfectamente en la tipificación de la falta leve antes señalada y precisamente por ello con ocasión de la sanción impuesta al actor por hechos similares en el año 2013, las partes conciliaron rebajar la sanción a falta leve, a la que se adicionaba el compromiso del actor de comunicarse con los trabajadores y empresa a través de la sección sindical de la que es representante. Pese a tal tipificación en el Convenio de tal hecho como una falta leve, la empresa tipifica los hechos como una falta muy grave por considerar que los mismos constituyen por un lado una transgresión de la buena fe contractual y abuso de confianza y por otro lado una indisciplina y desobediencia a las órdenes de sus superiores y un cumplimiento inexcusables de los reglamentos internos de la empresa. La Sentencia descarta que en este caso nos encontremos ante un supuesto de abuso de confianza y transgresión de la buena fe contractual pero sí considera que los hechos se incardinan en la falta muy grave tipificada en el artículo 5 de convenio

como indisciplina y desobediencia de las órdenes de sus superiores e incumplimiento inexcusable de los reglamentos internos y por ello declara procedente la sanción por falta muy grave impuesta por la empresa, valorando que el actor era conocedor de la prohibición expresa por parte de la empresa de llevar a cabo tal conducta habiendo sido sancionado anteriormente por hechos idénticos y habiéndose comprometido en conciliación judicial a no efectuar comunicaciones sindicales a través del correo corporativo de la empresa logrando con ese compromiso una rebaja de la sanción anteriormente impuesta por la empresa. Es cierto que el actor fue sancionado anteriormente por hechos similares si bien habiéndole impuesto una sanción por una falta leve que a los seis meses ya deja de estar anotada en el expediente del trabajador, de manera que no puede tenerse en cuenta esa falta anterior para considerar la existencia de una falta muy grave. En cuanto al compromiso del trabajador de efectuar las comunicaciones a través del correo de la sección sindical, es cierto también que se efectuó y desde que en el año 2013 fue sancionado por tales hechos similares a los que ahora se analizan, no consta haya vuelto a divulgar críticas a través de correos masivos a los trabajadores a través del correo corporativo hasta el remitido en octubre del 2016 y que es objeto de este procedimiento. En cuanto al correo remitido en el mes de octubre, es cierto que se realiza por el trabajador y se critica la actuación de la empresa amparándose en su cargo de representante sindical y firmando de hecho la sección sindical haciéndolo desde el correo corporativo del trabajador y no desde el propio de la sección sindical como debía hacerlo, pero tal actuación que es la sancionada por la empresa no se puede calificar de una desobediencia o indisciplina de carácter grave que es lo que se sanciona con la falta muy grave apreciada por la Sentencia recurrida pues en la conciliación judicial suscrita lo que el trabajador realiza es un compromiso de efectuar las comunicaciones de una forma determinada pero no estamos ante una orden de su superior referida al trabajo realizado y que pudiera sancionarse con la calificación de una falta muy grave pues en todo caso no se aprecia una actitud deliberadamente rebelde a acatar las órdenes de la empresa. Lo mismo sucede con el incumplimiento inexcusable del Reglamento Interno pues aun cuando es cierto que la política interna de la empresa prohíbe los correos masivos, tal conducta se sanciona por el convenio colectivo y como falta leve cuando se realiza una crítica a la actuación de la empresa y no cabe por ello englobarla también como un incumplimiento inexcusable del Reglamento interno ya que además los representantes sindicales sí están autorizados a realizar tales críticas con carácter general a la actuación de la empresa si bien deben hacerlo a través de los canales oportunos que es lo que no hizo el trabajador y ello se incardina en el supuesto de la falta leve antes indicada, siendo consciente el trabajador que debía hacerlo así pues ya se le había indicado en la anterior sanción que se le impuso. Debe valorarse también que el trabajador a los quince minutos se disculpó a Recursos Humanos por el error sufrido al remitir el correo, lo que muestra que se trató de un error al utilizar la cuenta de correo corporativo y que estimamos por ello que los hechos no se pueden incardinar en la falta muy grave imputada por la empresa y reconocida por la Sentencia recurrida pero sí desde luego en la falta leve recogida en el punto 3 del artículo 5-2 del Convenio. No cabe acoger el argumento del trabajador de que otros representantes sindicales han mandado tales correos masivos y no se les ha sancionado porque además de no constar si se les ha sancionado o no porque no se ha accedido a la revisión fáctica, tampoco consta que estemos ante el mismo supuesto que el actor que ha tenido una sanción previa por los mismos hechos y que se había comprometido a realizar de forma correcta las comunicaciones a través del correo de la sección sindical, de manera que no estamos ante supuestos iguales al citado por el recurrente. En cuanto a la proporcionalidad alegada por la parte recurrente, precisamente por ello y como hemos señalado anteriormente estimamos que deben sancionarse los hechos como una falta leve y no como una falta muy grave de manera que procede la revocación parcial de la Sentencia recurrida, acordando estimar en parte la demanda formulada y rebajar la calificación de la falta impuesta por la empresa a falta leve autorizando a la empresa a fin de que en el plazo de diez

días desde la notificación de la sentencia pueda imponer al trabajador una sanción acorde con tal calificación dentro de las que prevé el convenio colectivo de la empresa.

Todo ello sin costas dada la estimación parcial del recurso y la condición del recurrente de beneficiario del derecho de asistencia jurídica gratuita.

Por ello;

VISTOS los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

FALLAMOS

Que estimando en parte el recurso de suplicación interpuesto por D. J.I.S.B. contra la sentencia de fecha dieciséis de Febrero del Dos Mil Dieciocho dictada por el Juzgado de lo Social Número 17 de Valencia, en autos número 1037/2016 seguidos a instancias del recurrente contra la empresa A.N. L..M. SA sobre SANCIÓN debemos de revocar dicha Sentencia acordando estimar en parte la demanda formulada y rebajar la calificación de los hechos imputados por la empresa a falta leve autorizando la empresa a que dentro de las sanciones recogidas en el convenio colectivo para las infracciones por faltas leves pueda imponer al trabajador dicha sanción en el plazo de los diez días siguientes a la notificación de la presente Sentencia. Sin costas.

2377

Sentencia núm. 1.623, de 16 de mayo de 2018

Materia: Despido. Trabajadora al servicio de empresa demandada con distintos contratos de carácter fijo discontinuo: La empresa, mediante carta, comunica el despido de la trabajadora justificado por la situación de crisis de la empresa. La empresa ha despedido a otros seis trabajadores. La trabajadora ostentaba al tiempo del cese de la relación laboral la condición de representante sindical. Cálculo de indemnización y derecho a salarios de tramitación. Aplicación indebida e interpretación errónea del art. 110.1.a) LRJS y la no aplicación del art. 110.2 LRJS y 56.2 y 4 ET.

Juzgado: Estima parcialmente la demanda declarando procedente el despido y extinguida la relación laboral, debiendo abonar a la actora determinada cantidad en concepto de indemnización, sin derecho a obtener cantidad alguna en concepto de salarios de tramitación.

Sala: Estima parcialmente el recurso declarando el derecho de la recurrente a recibir determinada cantidad en concepto de salarios de tramitación, así como el derecho a una indemnización distinta en concepto de despido. Debe computarse para el cálculo de la indemnización los periodos en que la demandante debió ser llamada a trabajar durante la tramitación del proceso de despido.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Frente a la sentencia dictada el 4 de septiembre de 2017 por el Juzgado de lo Social número 1 de Elche, recurre en suplicación la demandante, Doña R.D.M.S., al no mostrarse conforme con el fallo de la resolución que declaraba improcedente el despido operado por la empresa C.R. S.L, y extinguiendo la relación laboral con fecha de efectos del despido, no condenó al abono de salarios de tramitación.

SEGUNDO.- El motivo primero, redactado al amparo del apartado b) del art. 193 LRJS, persigue la revisión del relato fáctico de la resolución recurrida y en concreto de su ordinal tercero, proponiendo una nueva redacción del tenor siguiente:

“La empresa ocupaba un total de 32 trabajadores. El día 24-06-2016 se produce el cierre de la misma y el cese de actividades, despidiendo a la totalidad de la plantilla. Que el número de trabajadores que quedaba en la empresa a dicha fecha y despedidos dicho día es de 15 trabajadores”.

Indica como documento en el que sustenta su petición la vida laboral de la empresa obrante a los folios 19 a 25 de la misma.

La petición no puede prosperar pues no de dicho informe tan solo se evidencia los trabajadores que tenía la empresa demandada en el período que va del 1/2015 a 10/2/2016 y que en la fecha de 24-6-2016 cesaron de prestar servicios quince trabajadores, pero de los que se desconoce la causa del cese, siendo por lo demás notorio que no se puede deducir del indicado informe el cese de actividades de la empresa demandada.

TERCERO.- Al amparo del apartado c) del art. 193 LRJS, se formula un segundo motivo de recurso, subdividido a su vez en cuatro apartados diferenciados, que pasamos a exponer a continuación:

1.- En un primer apartado A), se denuncia la infracción por su no aplicación, del art. 122.2 b) LRJS, en relación con el art. 51.1.a) que se dice también no ha resultado aplicado al supuesto de autos.

Se argumenta por la recurrente que la empresa despidió a 14 trabajadores en fecha 24-6-2016, de manera que ocupando a menos de cien, se superaron los umbrales del art. 51.1.a) ET, y no habiéndose acudido a los trámites del despido colectivo, el despido debe ser declarado nulo.

Esta infracción jurídica debe decaer pues la misma se sustenta en la revisión fáctica que se propone en el motivo anterior y que no ha prosperado, por lo que ante la falta de hechos acreditados que incidan en el número de los trabajadores despedidos, puestos en conexión con el número total de trabajadores de la empresa, este primer apartado debe también ser desestimado.

2.- En el apartado B), se denuncia la infracción por su no aplicación, del art. 123.2 LRJS, en relación con la no aplicación del art. 113 LRJS y 55.6 ET, así como la aplicación indebida del art. 110.1.a) LRJS.

Se dice que conforme a lo expuesto en el apartado anterior, dada la nulidad del despido, se debió condenar a la empresa a la readmisión, con condena a los salarios de tramitación y que corresponderían al periodo en que debió la actora ser llamada a trabajar durante la tramitación del procedimiento de despido.

Como ya se ha dicho al no haber prosperado la revisión fáctica no cabe afirmar que el despido del actor se enmarque en un despido colectivo por exceder el número de trabajadores despedidos los umbrales previstos en el art. 51.1 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores y por lo tanto el despido del actor no se puede calificar como nulo, lo que conduce al rechazo de la denuncia jurídica examinada.

3.- En el apartado C) se denuncia la aplicación indebida e interpretación errónea del art. 110.1.a) LRJS y la no aplicación del art. 110.2 LRJS y 56.2 y 4 ET.

Para el caso de que la Sala entendiera que el despido debe ser calificado de improcedente, se indica por la recurrente que al tiempo de su despido, ostentaba la condición de representante legal de los trabajadores, de suerte que el Fondo de Garantía Salarial no era titular de la opción que ejercitó en el acto de juicio, correspondiendo a la demandante, indicado que en el acto de juicio así se hizo saber al Fondo retirando su opción este último en dicho acto.

Se sostiene que la sentencia debió condenar al abono de los salarios de tramitación, ante la incomparecencia de la empresa al acto de juicio y ser imposible que la actora volviese a prestar servicios para la empresa.

Este motivo de recurso debe prosperar, por aplicación de la doctrina de la Sala Cuarta expresada en sentencia de 4-4-2018, rec. 362/2018 en la que se dice que se dice lo siguiente:

“La cuestión que en autos se suscita ha sido objeto de reiterado tratamiento por esta Sala y su conclusión ha sido la de reconocer el derecho a los salarios de tramitación en los supuestos en que -aún en fase declarativa- la readmisión fuese imposible. Para la Sala:

a).- «... por sí solo, el art. 110.1.b) no comporta condena al abono de los salarios de tramitación. Ahora bien, si no se activase la solicitud en él prevista y se prosiguiese con la normal ejecución de la sentencia de despido improcedente, al constatarse posteriormente que la readmisión es imposible el Juzgado debería dictar auto dando

por extinguido el contrato y condenando (entonces sí) al abono de los salarios de tramitación, además de la indemnización tomando como periodo de prestación de servicios el transcurrido hasta la fecha del auto judicial (art. 286.1 LRJ). La comparación entre las consecuencias del art. 110.1.b), aisladamente interpretado, y las de los preceptos sobre ejecución de sentencia en que no se haya activado esa solicitud conduce a un resultado incoherente. La conclusión es abiertamente insatisfactoria y disfuncional, pues parecería que se incentiva la prolongación del procedimiento: si el trabajador permanece pasivo (aunque conozca las circunstancias de la empresa) hace aumentar el tiempo tomado en cuenta para calcular indemnización y el monto de los salarios devengados. No tiene sentido lógico la eliminación de salarios de tramitación para mantenerlos en la misma hipótesis pero replanteada en un hito procesal posterior. De ahí que deba buscarse el modo de armonizar los dos bloques normativos» (STS 19/07/16 -rcud 338/15-, asunto «A.E., SL »)

b).- «... si efectuamos una interpretación estricta y literal del artículo 110.1.b) de la LRJS ... llegamos a la conclusión de que no procede la condena a salarios de tramitación, al no estar expresamente prevista esta condena en el citado precepto. Ahora bien, si tenemos en cuenta la descrita situación -declaración de extinción de la relación laboral que, como práctica forense, viene siendo seguida por los Juzgados de lo Social- y ponemos en relación el silencio del señalado artículo 110.1.b) de la LRJS, respecto a salarios de trámite, con las previsiones de otros preceptos, tanto del artículo 56 del Estatuto de los Trabajadores ... como los artículos 278 a 286 de la propia Ley que regulan "la ejecución de las sentencias firmes de despido"..., la solución puede -y entendemos debe ser- la que ya arbitró esta Sala ante la misma situación, si bien con anterioridad al redactado actual del artículo 110.1.b) de la LRJS en la sentencia de 6 de octubre de 2009 (rcud. 2832/2008), de reconocer el derecho al percibo de los salarios de tramitación desde la fecha del despido hasta la fecha de la extinción laboral, solución seguida también en sentencias posteriores de 28 de enero de 2013 (rcud. 149/2012) y 27 de diciembre de 2013 (rcud. 3034/2012), en supuestos singulares de imposibilidad de readmisión» (SSTS 21/07/16 -rcud 879/15-asunto «Moure Pan, SL»; 25/09/17 -rcud 2798/15-, para «Hipescar, SL »; y 25/10/17 -rcud 243/16 -, para «Mecano Castilla, SL»).

c).- «... la interpretación estricta, no sólo perjudicaría al trabajador injustamente despedido, que es la parte perjudicada o víctima en la situación jurídica de despido improcedente, y beneficiaría a la empresa por una decisión injusta y contraria a la Ley, es decir, beneficia a quien causa el perjuicio o victimario en la situación jurídica del despido improcedente, sino que además desincentivaría, y sería contrario a cualquier principio de economía procesal en tanto que obligaría, de hecho, a todo trabajador despedido de forma improcedente y con la empresa cerrada, a no pedir la extinción contractual al momento de la sentencia, a no anticipar la solución del conflicto y esperar a la ejecución ordinaria, previsiblemente con readmisión implícita por falta de opción empresarial, y por tanto con devengo de salarios de tramitación , a costa de una mayor dilación procesal y de un mayor esfuerzo y saturación de la administración de justicia, innecesarios para prestar la tutela efectiva» (SSTS 21/07/16 -rcud 879/15-asunto «Moure Pan, SL »; 25/09/17 -rcud 2798/15-, para «Hipescar, SL »; y 25/10/17 -rcud 243/16 -, para «Mecano Castilla, SL»)

2.- Partiendo de la literalidad del art. 110.1.b) LJS [«A solicitud del demandante, si constare no ser realizable la readmisión, podrá acordarse... tener por hecha la opción..., declarando extinguida la relación...»], la misma doctrina ha sostenido que ese derecho a los salarios de tramitación «requerirá siempre y en todo caso, el cumplimiento de los dos siguientes requisitos :a) que la extinción de la relación laboral sea solicitada expresamente por el trabajador demandante; y, b) que en el acto del juicio se acredite la imposibilidad de su readmisión por cese o cierre de la empresa obligada o cualquier otra causa de imposibilidad material o legal». Y nos parece claro que la exigencia de esa «solicitud» de parte a que el precepto refiere, comporta no sólo un presupuesto de la consecuencia que contempla [extinción de la relación

laboral, por imposibilidad readmisoria] sino un mandato dirigido al juzgador, de forma que éste se abstenga de efectuar un posible pronunciamiento no solicitado. Ahora bien, para el supuesto que el Magistrado desatienda tal prescripción y acuerde una extinción contractual no pedida, creemos que por justicia material no pueden negarse las mismas consecuencias -léase salarios de tramitación - que cuando la finalización del vínculo laboral hubiese sido expresamente pedida por la parte, puesto que ni puede admitirse que se deje a la voluntad del juzgador determinar el alcance de los derechos del trabajador despedido, ni tampoco obligarse a éste a que necesariamente combata por vía de recurso -con todo lo que ello comporta- una decisión opuesta a los principios que informan el proceso y -sobre todo- a la debida tutela judicial; sin perjuicio, claro está, de que la parte pueda efectivamente denunciar la incongruente respuesta judicial, si a sus intereses conviniese."

Atendiendo a la doctrina expuesta, el motivo ha de ser estimado, pues la sentencia de instancia debió condenar a los salarios de tramitación hasta la fecha de la sentencia, en la que se produjo la extinción de la relación laboral, y que debe comprender los periodos reseñados por la recurrente en su recurso, tomando su condición de fija discontinua, y que sitúa desde el 25-6-2016 al 31-7-2016; del 1-09-2016 al 22-12-2016 y del 1-02-2017 al 31 de julio, más 4 días del mes de septiembre, lo que hace un total de 335 días, cálculos que no han sido impugnados por la empresa demandada.

Por tanto, la cantidad que por este concepto debe ser abonada a la trabajadora asciende a un total de 13.058,30 euros (335 días x 38,98 euros/día).

4.- Por último, en un último apartado D), se denuncia la interpretación errónea del art. 56.1 ET y de la DT 5.2 del RD Ley 3/2012. Se dice que la cuantificación de la indemnización por despido debió efectuarse hasta la fecha de notificación de la sentencia, computando los periodos en que la demandante debió ser llamada a trabajar durante la tramitación del proceso de despido, ascendiendo a un total de 25.693,80 euros.

En atención a lo expuesto, también ha de accederse a lo solicitado, estimando la cantidad reclamada en el recurso que asciende a 25.693,80 euros, condenando a la empresa a abonar esta última cantidad en concepto de indemnización.

CUARTO.- No procede la imposición de costas a la parte recurrente, ex art. 235.1 LRJS, al haber sido estimado parcialmente su recurso.

En virtud de lo expuesto,

FALLAMOS

Estimamos parcialmente el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de DOÑA R.D.M.S. frente a la sentencia dictada el 4 de septiembre de 2017 por el Juzgado de lo Social número 1 de Elche, en autos número 699/2016 seguidos a instancia de la precitada recurrente frente a la empresa C.R. S.L Y FONDO DE GARANTÍA SALARIAL; y en consecuencia, declaramos extinguida la relación laboral a fecha de la sentencia dictada en la instancia, condenando a la empresa demandada a abonar a la trabajadora la cantidad de 12.941,36 euros en concepto de salarios de tramitación y 25.693,80 euros en concepto de indemnización por despido, manteniendo el resto de los pronunciamientos del fallo. Sin imposición de costas.

2383

Sentencia núm. 1.658, de 23 de mayo de 2019

Materia: Reclamación de cantidad. Garantía de futuro. Trabajador al servicio de empresa demandada que como consecuencia de un ERE pacta seguir trabajando como trabajador autónomo dependiente económicamente (TRADE) para nueva mercantil. Reconocimiento de garantía de futuro en caso de extinción improcedente o por causas económicas, organizativas o productivas. Derecho del trabajador a cobrar la garantía de futuro en el supuesto de una IPT.

Juzgado: Estima la excepción de falta de legitimación activa de la empresa demandada, declarando el derecho del demandante a recibir determinada cantidad en concepto de garantía de futuro pactada en Acuerdo.

Sala: Estima el recurso declarando que el reconocimiento de una incapacidad permanente total no constituye una causa de extinción de la relación laboral a instancia del trabajador, por lo que no procede a garantía de futuro.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Frente a la sentencia dictada el 1 de diciembre de 2016 por el Juzgado de lo Social número 3 de Alicante, recurre en suplicación la representación letrada de la empresa B. S.A.U al disentir de su fallo, que condenaba a dicha mercantil a abonar al actor, D. C.S.V. la cantidad de 17.724,30 euros en concepto de garantía de futuro pactada en acuerdo de 29 de julio de 2011. El recurso interpuesto, ha sido impugnado por el trabajador.

SEGUNDO.- Al amparo del apartado b) del art. 193 LRJS, se formulan los motivos primero y segundo de recurso, destinados ambos a la revisión del relato fáctico de la sentencia de instancia.

1.- En el motivo primero, se interesa que sea modificado el hecho probado cuarto, con el siguiente texto: *“Igualmente en fecha 29 de julio de 2011 se firmó el modelo de contrato mercantil individual que tendrían que firmar los trabajadores que extinguiesen la relación laboral de B.M.C. y estuviesen interesados en el ofrecimiento mercantil; y el trabajador autónomo demandante, en aplicación de dicho modelo de contrato mercantil, suscribió en fecha uno de julio de 2012 un contrato mercantil individual como trabajador autónomo TRADE, en cuya cláusula número 12... (se añadiría el texto que obra en el citado ordinal tras dicha mención).*

Se indican los documentos 7 y 8 de la prueba documental de la empresa para basar la petición.

Efectivamente, consta tras la lectura de dichos documentos que el 29 de julio de 2011 se firma por las representaciones legales de empresa y trabajadores un modelo de “contrato TRADE T.B. S.A” y que el 1 de julio de 2012, el demandante firmó un contrato, ajustado al anterior, cuya clausula 12 contiene la mención que se reseña en el hecho probado, por lo que se accede la petición interesada.

2.- En el motivo segundo, se pide que se añada al hecho probado noveno un nuevo párrafo en la que se diga que *“la contingencia por la que se declara la invalidez permanente total para la profesión habitual del actor no procede de causas*

profesionales (accidente de trabajo o enfermedad profesional)” (documento número 9 ramo prueba empresa, folios 55 a 59).

Consta en el folio 58 dictamen propuesta del EVI en el que se propone la calificación de la situación del trabajador como incapacidad permanente total, figurando como contingencia la “enfermedad común” por lo que en dichos términos debe quedar reflejado el origen de la invalidez reconocida.

TERCERO.- Ya en términos de revisión jurídica, ex art. 193 c) LRJS, la empresa denuncia la infracción del punto 3.5.2.2 del acta de consultas previas del ERE de B.M.C. de 29 de julio de 2011, Acuerdo de Interés Profesional de 29 de julio de 2011 (arts. 14 y 16) en relación con el art. 15 del RETA y los arts. 3 y 2181 y ss. del CC.

No se muestra conforme la recurrente con la solución alcanzada en la instancia que reconocía el derecho del demandante a percibir la denominada “garantía de futuro” pactada en Acuerdo alcanzado entre los representantes legales de los trabajadores y la empresa B.M.C. S.L, para aquellos trabajadores que vieran extinguidos sus contratos de trabajo y decidieran continuar prestando servicios como TRADE, esta vez para la recurrente B. S.A.U.

A grandes rasgos, pues la argumentación del recurrente se realiza de forma muy amplia, analizando uno por uno los puntos y preceptos que reconocían dicho derecho, se dice por la empresa que la extinción del contrato de trabajo por causa de incurrir el trabajador en situación de IPT no cubría el derecho a percibir dicha garantía de futuro, que de acuerdo con una interpretación integradora de los acuerdos alcanzados, sólo comprendería los supuestos de extinción de la relación basada en un incumplimiento del empresario, o bien las extinciones previstas en los arts. 40, 41 y 50 ET.

Y que en definitiva, el Juez de instancia ha confundido las causas de extinción de la relación del TRADE con aquéllas que amparan el abono de esa garantía de futuro, debiendo ser revocada la sentencia recurrida.

En esencia, los hechos que han sido declarados probados, tras las modificaciones operadas una vez estimados los motivos de revisión fáctica, son los siguientes:

El actor era trabajador de la empresa B.M.C. S.L que en el año 2011 resultó afectada por un ERE dada la situación de crisis por la que atravesaba.

El 29-7-2011, se firmaron tres acuerdos o documentos entre la representación legal de dicha empresa y los representantes de los trabajadores, que resultan relevantes a los efectos de resolver el presente recurso:

1º.- Se firma un primer acuerdo de fecha 29-7-2011 en el que se ofrecía a los trabajadores la posibilidad de extinguir su contrato con la empresa y continuar trabajando como TRADE, con derecho en este caso a percibir una indemnización que se fijaba en el acuerdo y además se reconocía, “una garantía de futuro por el resto de indemnización global no abonada por la indemnización anterior, que será percibida por el trabajador en caso de extinción improcedente de la relación mercantil decidida por la empresa, o por el trabajador con causa justificada, o por causas económicas, organizativas, técnicas o productivas declaradas procedentes que conlleven la extinción de la relación mercantil.

Esta cantidad de garantía de futuro se fijaba en un anexo y tenía carácter indefinido mientras perviviese la relación de TRADE.

2º.- Un acuerdo de interés profesional firmado también el día 29-7-11 entre las representaciones sindicales, la representación de la empresa BMC y la empresa B. S.A.U que preveía en su art. 14 las causas de extinción del contrato de TRADE y en su art. 16 las causas de extinción de la relación mercantil a instancias del TRADE, remitiéndose al art. 15 de LETA.

3º.- Asimismo se firma también en esa fecha por iguales representaciones, el modelo de contrato que habría de regir la relación entre B. S.A.U y el trabajador, caso de aceptar su nueva condición de TRADE. En este modelo de contrato, se recogía en su art. 9 que la empresa suscribiría una póliza de seguro colectivo que cubría entre otros, la invalidez que comportase la extinción de la relación mercantil, con independencia de la voluntad del TRADE.

Y en su cláusula 12 denominada “especial regulación para casos de resolución improcedente de la relación mercantil, por causa justificada a instancia del TRADE o por extinción por causas económicas, técnicas organizativas o productivas” se preveía el derecho a percibir la “garantía de futuro” prevista en el acuerdo del periodo de consultas del ERE de BMC y se especificaba expresamente que: *“A estos efectos, se entenderá como extinción por voluntad del trabajador con causa justificada, la que se encuentra recogida en los términos que establece la legislación vigente en cada momento por la extinción de la relación laboral a instancia del trabajador en los arts. 40, 41 y 50 ET”*

El demandante fue despedido consecuencia del ERE con fecha 22-01-2012, se le abonó la indemnización prevista en el acuerdo de 29-11 y se le ofreció la posibilidad de suscribir un contrato TRADE. Se le comunicaba asimismo la cantidad a que tenía derecho como “garantía de futuro”.

Aceptando la posición de TRADE el actor firmó contrato el 1 de julio de 2012, ajustado al modelo pactado entre las representaciones sindicales y de empresa el 29-7-2011 y comenzó a facturar para B. S.A.U entre agosto de 2012 y diciembre de 2014. Al actor le fue reconocida una IPT el 27-1-2016 y le fue abonado en concepto de indemnización por AXA la cantidad de 18.882,67 euros, consecuencia de la póliza que la empresa tenía concertada y que cubría dicha contingencia.

Reclama el actor en su demanda que se le abone también la denominada “garantía de futuro” pues entiende que la extinción de su contrato por el reconocimiento de una IPT, constituye un supuesto de “extinción por voluntad del trabajador con causa justificada” y dicha petición se acoge por el Juez a quo, pues entiende que el acuerdo de interés profesional de 29-7-2011 es más beneficioso en su contenido que el contrato de trabajo firmado por el actor, que sólo reconocía como causa de extinción justificada a instancia del trabajador que amparaba el abono de la “garantía de futuro” las extinciones del contrato recogidas en los arts. 40, 41 y 50 ET.

Atendiendo a las reglas de interpretación de los contratos, la Sala Cuarta ha reiterado que la interpretación de los convenios o acuerdos colectivos ha de regirse de acuerdo a los siguientes criterios (STS 28-12-2017, rcud. 225/2016): “La interpretación literal, atendiendo al sentido literal de sus cláusulas, salvo que sean contrarias a la intención evidente de las partes (arts. 3.1 y 1281 CC; STS 13 octubre 2004, Rec. 185/2003). La interpretación sistemática, atribuyendo a las cláusulas dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas (arts. 3.1 y 1285 CC). La interpretación histórica, atendiendo a los antecedentes históricos y a los actos de los partes negociadoras (arts. 3.1 y 1282 CC). La interpretación finalista, atendiendo a la intención de las partes negociadoras (arts. 3.1, 1281 y 1283 CC). No cabrá la interpretación analógica para cubrir las lagunas del convenio colectivo aplicable (STS 9 abril 2002, Rec. 1234/2001)”.

Añade además la STS de 15-02-2018, rcud. 3960/2015 que “En efecto, la interpretación de los contratos está presidida por tres principios fundamentales: el principio de la voluntad o búsqueda de la voluntad real de los contratantes que aparece en el art. 1281 CC como “la intención evidente de los contratantes” y en el art. 1283 CC cuando dispone que los términos de un contrato no deben entenderse comprendidas cosas diferentes “de aquellas sobre las que los interesados se propusieron contratar”; el principio de buena fe que comprende, el de la confianza reflejado en el art. 1288 CC cuando dispone que “la interpretación de las cláusulas oscuras de un contrato no deberá favorecer a la parte que hubiese ocasionado la oscuridad”; y el principio de conservación de los contratos, que implica que lo lógico es considerar que las declaraciones efectuadas en un contrato se han hecho con un objetivo, es decir, que se han hecho para conseguir un efecto jurídico determinado, lo que implica que las declaraciones deben ser interpretadas en el sentido más adecuado para que produzca el efecto buscado por las partes (art. 1284 CC en relación con el art. 1281 CC).

No es ajena esta Sala a la doctrina que entiende que “la interpretación de los contratos y demás negocios jurídicos es facultad privativa de los Tribunales de instancia, cuyo criterio, como más objetivo, ha de prevalecer sobre el del recurrente, salvo que aquella interpretación no sea racional ni lógica, o ponga de manifiesto la notoria infracción de alguna de las normas que regulan la exégesis contractual”. (SSTS de 5 de junio de 2012, rec. 71/2011; de 15 de septiembre de 2009, rec. 78/2008, entre muchas otras) Y que “en materia de interpretación de cláusulas de convenios y acuerdos colectivos, en cuyo esclarecimiento se combinan las reglas de interpretación de las normas con las de la interpretación de los contratos, debe atribuirse un amplio margen de apreciación a los Órganos jurisdiccionales de instancia, ante los que se ha desarrollado la actividad probatoria relativa a la voluntad de las partes y a los hechos comitentes” (STS de 20 de marzo de 1997, rec. 3588/1996 y STS nº 877/2017, de 14 de noviembre de 2017, rec. 223/2016).

Pero a tenor de los hechos declarados probados, y de las argumentaciones planteadas por la empresa recurrente, entendemos que la sentencia de instancia debe ser revocada, por realizarse una interpretación de los acuerdos suscritos, contraria a los criterios antes anunciados.

Hemos de apuntar en primer lugar que no puede obviarse que la firma del acuerdo entre la representación legal de la empresa B.M.C S.L y la representación legal de los trabajadores tras expediente de regulación de empleo, el acuerdo de interés profesional suscrito entre las representaciones legales de los trabajadores, B.M.C. S.L y B. S.A.U y la firma del modelo de “*contrato TRADE T.B. S.A.U, procedente anterior R.L 29.07.11*” entre las mismas representaciones se efectuaron en la misma fecha, lo que resulta relevante a efectos de determinar qué intención tuvieron los firmantes a la hora de suscribir tales acuerdos.

Como se indica por el Juez de instancia, el primero de los acuerdos, preveía en su apartado 3.5.2.2 una “garantía de futuro” para aquéllos trabajadores que extinguieran su relación laboral con la empresa B.M.C. y se les ofreciera una nueva posición de relación mercantil TRADE, reconociéndose a dichos trabajadores el abono de unas cantidades indemnizatorias que se fijaban en el acuerdo y la citada garantía, caso de producirse una “*extinción improcedente de la relación mercantil decidida por la empresa, o por el trabajador con causa justificada, o por causas económicas, organizativas, técnicas o productivas declaradas procedentes que conlleven la extinción de la relación mercantil*”.

Es cierto que en el Acuerdo de Interés profesional también suscrito en fecha 29-07-2011 se fijaba en su art. 14 las causas de extinción del contrato mercantil de TRADE, entre las que figuraba la situación de invalidez incompatible con la actividad profesional contratada, conforme a la correspondiente legislación de Seguridad Social

(apartado 3º); y que el art. 16 remitía en la regulación de las causas de extinción de la relación mercantil a instancias del TRADE a lo previsto en el art. 15 del RETA, reconociéndose que es causa de extinción de la relación contractual el reconocimiento de una incapacidad permanente total (art. 15.1.c) RETA).

Pero tras la lectura completa de los acuerdos y del modelo de contrato firmado por las representaciones y el rubricado por el actor siguiendo tal modelo, entendemos que una cosa es la regulación general que en el Acuerdo de Interés Profesional se contiene sobre las causas de extinción del contrato, y otra distinta aquéllas que legitiman el abono de la “garantía de futuro” y que por voluntad de los negociadores, se limitaron sólo a algunas de las previstas con carácter general en la normativa aplicable.

No es que el contrato firmado por el actor sea más perjudicial que los acuerdos alcanzados anteriormente, como se dice por el Magistrado de instancia, sino que aquél especifica de forma clara y precisa a qué concretos supuestos se contrae el término “extinción por causa justificada por parte del trabajador”.

La cláusula decimosegunda del contrato, tanto del modelo inicial como del firmado por el actor, expresa literalmente que *“se entenderá como extinción por voluntad del trabajador con causa justificada, la que se encuentra recogida en los términos que establece la legislación vigente en cada momento por extinción de la relación laboral a instancias del trabajador en los arts. 40, 41 y 50 del Estatuto de los Trabajadores”*.

Esta y no otra fue la voluntad de los negociadores, pues caso de haber querido comprender dentro de dicha definición todos los supuestos en que se extinguiese la relación del TRADE a tenor de lo dispuesto en el art. 16 del Acuerdo de Interés Profesional, así se habría hecho, máxime cuando insistimos todos los acuerdos y documentos fueron firmados en la misma fecha, existiendo una conexión temporal que no puede ser obviada.

Ello es acorde además con lo dispuesto en el punto 3.5.6 del primero de los acuerdos firmados el día 29-7-2011 que disponía que en caso de extinción de la relación mercantil por el trabajador con causa justificada, el trabajador que procedía de una antigua relación laboral tenía derecho a percibir la indemnización establecida como garantía de futuro y además, la que podría corresponder para la situación que ha dado lugar a la extinción de la relación mercantil, aplicando los parámetros establecidos *“en los términos que se recogen en el AIP o en el contrato mercantil de cada TRADE”*.

Por otro lado, no resulta causa justificativa del abono de la garantía reclamada, como así se afirma por el Juez a quo, que el 20 de enero de 2012 se comunicara al actor la “garantía de futuro” pactada a la que tenía derecho, teniendo en cuenta que la misma tenía carácter vitalicio durante el tiempo que durase la relación de TRADE, y sin que la mera puesta en conocimiento de su cuantía comporte per se su reconocimiento si no se reúnen los requisitos para ello.

Y a mayor abundamiento, tampoco entendemos que el reconocimiento de una incapacidad permanente total constituya una causa de extinción de la relación laboral a instancia del trabajador. Se extinguirá la relación por la imposibilidad de desempeñar el trabajo, de forma automática y pareja al reconocimiento de la situación de invalidez; pero no a causa de la petición del trabajador, como ocurriría en los supuestos contemplados en los arts. 40, 41 y 50 ET.

Por tanto, a tenor de lo expuesto, procede estimar el presente motivo de recurso, y con revocación de la sentencia de instancia, absolver a B. S.A.U de todos los pedimentos de la demanda.

CUARTO.- Pese a que el recurso incluye un cuarto motivo, redactado también al amparo del apartado c) del art. 193 LRJS, dado que el mismo se plantea de forma subsidiaria al anterior, para el caso de que aquél fuera desestimado, lo que no ha ocurrido, no procede realizar pronunciamiento alguno sobre su contenido.

QUINTO.- 1.- Procede la devolución de las consignaciones efectuadas y del depósito constituido para recurrir, una vez que sea firme la presente resolución (art. 203.1 LRJS).

2.- No ha lugar a la imposición de costas, al no existir parte vencida en el recurso, ex art. 235.1 LRJS.

En virtud de lo expuesto,

FALLAMOS

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de B. S.A.U frente a la sentencia dictada el 1 de diciembre de 2016 por el Juzgado de lo Social número 3 de Alicante, en autos número 329/2016 seguidos a instancia de D. C.S.V. frente a B.M.C. S.L y el precitado recurrente; y con revocación de la precitada resolución, y desestimación de la demanda en la instancia, procede absolver a la empresa recurrente de todos los pedimentos de la demanda.

Procede la devolución de las consignaciones efectuadas y del depósito constituido para recurrir, una vez que sea firme la presente resolución. Sin imposición de costas.

2384

Sentencia núm. 1.682, de 23 de mayo de 2018

Materia: Conflicto colectivo. Personal al servicio de empresa dedicada a la inspección técnica de vehículos. Provisión de puestos de trabajo de nueva creación. Cobertura de puestos de trabajo atendiendo al convenio colectivo aplicable a diversos centros trabajo.

Juzgado: Declara ajustada a derecho la práctica de cubrir los puestos de trabajo mediante contratación temporal de forma unilateral.

Sala: Estima el recurso revocando el sistema de contratación del personal, declarando que el sistema del proceso selectivo para los puestos de trabajo de la unidad móvil debe hacerse mediante convocatoria abierta a todo el personal de la empresa de ámbito de aplicación de convenio colectivo. Ponente: Ilma. Sra. D^a. Gema Palomar Chalver.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- A efectos de lo dispuesto en el art. 97.2 de la LRJS debemos precisar que el anterior relato de hechos probados ha sido obtenido de la valoración conjunta de la prueba practicada, y más concretamente de la prueba documental aportada por ambas partes, prueba que ha sido la única practicada en el actor del juicio, toda ella valorada según las reglas de la sana crítica y normas procedimentales de aplicación.

SEGUNDO.- Solicita la parte actora se declare no ajustada a derecho la práctica de la empresa de cubrir los puestos de trabajo de inspector móvil de la Unidad Móvil de Gandía mediante contratación temporal, de forma unilateral y condene a la empresa ASEGURAMIENTO TÉCNICO DE CALIDAD S.L. a convocar el proceso selectivo para dichos puestos mediante a convocatoria abierta a todo el personal de la empresa de ámbito de aplicación del Convenio colectivo para los centros de Gandía, Alzira y Alcoi, conforme a dicho convenio y Acuerdo de 9 de mayo de 1997 suscrito en el momento de la concesión.

Pues bien, a la vista de la anterior pretensión, resulta necesario decidir cuál es el Convenio colectivo que debe aplicarse a la Unidad Móvil en cuyas plazas prestaban sus servicios los Sres. C. y L., ya que la empresa demandada considera que ninguno de los dos convenios de los centros fijos de ITV son de aplicación para las unidades móviles, puesto que en los mismos no se recoge dicha extensión.

Del resultado de la prueba practicada, y en concreto del documento nº 11 del ramo de prueba de la parte demandada, debemos concluir con que el Convenio aplicable a la Unidad Móvil antes citada es el llamado nº 1, es decir, el aplicable a los centros de Gandía, Alzira y Alcoi. En efecto, dicho documento contiene la sentencia nº 100/18 de 1 de marzo de 2018 en cuyo fallo se declara la procedencia del despido del Sr. L. y en cuyo hecho probado 3º se recogen los hechos imputados por la empresa al trabajador. Son hechos que la empleadora considera constitutivos de una falta muy grave prevista en el art. 25 del Convenio colectivo de A.T.C- S.L., consistente en el fraude, la deslealtad, y el abuso de confianza en las gestiones encomendadas así cualquier conducta constitutiva de delito doloso (c.5), la manifiesta desobediencia (c.6), el falseamiento voluntario de datos e informaciones del servicio (c.7), al margen de los artículos del Estatuto de los Trabajadores que reseña. Dicho Convenio es el publicado en el DOCV de 19-5-2008, para los centros fijos de trabajo de Gandía, Alzira y Alcoi, es decir, el llamado convenio nº 1, como así queda patente del texto de infracciones desglosadas que son imputadas al trabajador.

Por lo tanto, si la propia empresa está utilizando el régimen sancionador de un determinado convenio para despedir a un trabajador, es porque asume que ese

Convenio es el que regula la relación de la Unidad Móvil con sus trabajadores; no es posible un espiguelo tal que implique la aplicación del régimen de infracciones y sanciones de un determinado texto convencional a los trabajadores, pero en otros aspectos de la relación, como puede ser el acceso a los puestos de trabajo y convocatorias, pretenda que regule por otro. La demandada alegó en juicio que la empresa ha venido aplicando el Convenio Estatal sectorial en materias tales como la prevención o formación. Pero ello no desvirtúa la conclusión antes alcanzada ya que, si las citadas materias no están previstas o están insuficientemente reguladas en los convenios 1 y 2, puede acudir al régimen del convenio sectorial que lo regule de modo completo. Sin embargo, en materia de contratación no se debe acudir al convenio estatal sectorial ya que dicho objeto sí que está regulado en el Convenio de centro de trabajo.

A ello hay que sumar que en las diversas Actas de Inspección SEPIVA/IVACE ITV Móvil Turismos, de la Estación ITV Móvil aparece como domicilio Avda. de Alcodar nº 30 de la localidad Gandía, lo que nos está indicando que, bien por criterios organizativos o de división territorial, la Unidad Móvil se adscribía a Gandía.

En consecuencia, dado que el art. 6 del Convenio colectivo para los centros de trabajo de Gandía, Alzira y Alcoi, establece que en el Anexo 2, se definen los criterios a seguir para la provisión de puestos de trabajo de nueva creación y vacantes, estableciéndose la preferencia del personal fijo de la empresa para ocupar tanto plazas de nueva creación como las vacantes que se produzcan; ofreciéndose en primer lugar a concurso de traslados, seguido de convocatoria de promoción interna para el caso de no cubrirse por traslados, a dicha normativa hay que estar, así como al Anexo 5 del Acuerdo de 9-5-1997 firmado por la Administración y los Representantes de los Trabajadores objeto de concesiones administrativas, que recoge las condiciones laborales que han de regir en las Estaciones de la Inspección Técnica de Vehículos, en concreto en su apartado 1º.1.3 (“para la cobertura de puestos vacantes, tendrá preferencia el personal que figure en la plantilla en el momento de la adjudicación, estableciéndose los criterios de provisión de puestos, previamente negociados con los representantes de los trabajadores, contemplando, en todo caso sistemas de promoción interna”), es por lo que la empresa debe actuar siguiendo los indicados parámetros, lo que no ha hecho, pues acude a cubrir las vacantes con personal de otros centros de trabajo y mediante contratación temporal, de forma unilateral.

Por todo lo expuesto, procede estimar la demanda formulada y condenar a la empresa demandada a convocar el proceso selectivo para los puestos de inspectores de Unidad Móvil adscrita a Gandía, mediante a convocatoria abierta a todo el personal de la empresa de ámbito de aplicación del Convenio colectivo para los centros de Gandía, Alzira y Alcoi, conforme a dicho Convenio y Acuerdo de 9 de mayo de 1997 suscrito en el momento de la concesión.

FALLO

Que estimando la demanda interpuesta por la Confederación Sindical de CC.OO. P.V. contra la empresa A.T.C. S.L., declaramos no ajustada a derecho la práctica de la empresa de cubrir los puestos de trabajo de inspector de la Unidad Móvil de Turismos de la manera como lo viene haciendo, por lo que condenamos a la demandada a convocar el proceso selectivo para los puestos de trabajo de inspector móvil de la Unidad Móvil de Turismos mediante convocatoria abierta a todo el personal de la empresa de ámbito de aplicación del Convenio colectivo para los centros de Gandía, Alzira y Alcoi, conforme a dicho convenio y Acuerdo de 9 de mayo de 1997 suscrito en el momento de la concesión.

Sin costas.

2385

Sentencia núm. 1.701, de 17 de mayo de 2018

Materia: Derechos de conciliación vida familiar. Trabajadora que ejerce sus funciones como contadora pagadora en empresa demandada, con jornada reducida por guarda legal. Solicitud asignación de jornada de trabajo a turno de mañana. Los trabajadores que han optado por la reducción de jornada por guarda legal compaginan turnos de tarde y mañana. Durante el turno de mañana, la empresa apenas necesita personal. Reconocimiento prestación. Situación familiar de la actora.

Juzgado: Desestimando las excepciones opuestas y desestimando la demanda, absuelve de las pretensiones contenidas en la misma a la empresa demandada. No procede.

Sala: Estima el recurso declarando el derecho de la actora a poder ejercer su actividad laboral en horario de mañana. La sala entiende que la actuación de la demandada, negando a la actora que pueda prestar sus servicios durante el período reducido de jornada solicitado y concedido en turno de mañana exclusivamente, es discriminatoria de conformidad al principio rector de la política social y económica contenido en el artículo 39 de la Constitución, sobre la protección de la familia y de la infancia.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. El recurso interpuesto, que ha sido impugnado de contrario, (habiéndose efectuado alegaciones respecto de la impugnación del recurso), se estructura en dos motivos. El primero se formula al amparo del artículo 193.b) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LJS), interesando la modificación del ordinal primero del relato histórico, del que ofrece esta redacción: “Que la demandante, doña M.C.T.V, presta sus servicios por cuenta de la empresa demandada L.E. SOCIEDAD ANONIMA, desde el 15 de diciembre de 1999, con la categoría profesional de contadora pagadora, con destino en el centro de Quart de Poblet, en jornada reducida por guarda legal desde 2.012 y actualmente en porcentaje del 70,73% y percibiendo un salario mensual de 1.063,17 euros mensuales. La actora es madre de dos hijos menores de 8 años, A. y H.S.T., cuyo horario escolar es de 9 a 17 horas ya que ambos dos asisten al comedor escolar. J.A.S.M., marido de la demandante y padre de A. y H.S.T., es Guardia Civil estando sometido a los turnos de trabajo que se establecen por la Dirección General de la Guardia Civil, perteneciente al Ministerio del Interior”.

2. La revisión fáctica propuesta merece prosperar pues así se deduce directa e inequívocamente de la documental en que se fundamenta.

SEGUNDO.- 1. El siguiente y último motivo de recurso se formula al amparo del artículo 193.c) de la LJS, denunciando “infracción del artículo 37.6 del ET en su dimensión constitucional comparativa con los artículos 14 y 24 de la CE, en relación con los artículos 27 y 39 de la CE, que protegen el derecho a la educación y a la familia e infancia, que esta parte entiende se han visto perjudicados por una indebida valoración de las circunstancias concurrentes del caso concreto”. Argumenta en síntesis, con apoyo en lo declarado por las sentencias del Tribunal Constitucional 3/2007, de 15 de enero, y 26/2011, de 14 de marzo, que la sentencia de instancia ha denegado el turno solicitado por consideraciones de estricta legalidad prescindiendo de toda ponderación de las circunstancias concurrentes y de cualquier valoración sobre la importancia que ello tiene para la efectividad de no sufrir discriminación alguna por razón de sexo, incidiendo en que el turno rotativo semanal de 1/3 (una semana en turno de mañana, tres semanas en turno de tarde) fue fruto de una

reunión dirigida desde la dirección de la empresa y no de un acuerdo, ampliándose luego el turno a $\frac{1}{4}$, que se incumple luego por la propia empresa, al haber trabajadores que con la misma categoría y funciones de contadores pagadores y con reducción de jornada por guarda legal disfrutaban de turnos de trabajo diferentes al resto, sin que haya causa alguna que lo justifique prestan servicios en el turno exclusivo de mañanas, como pretende la actora, ahora recurrente (caso de A.B.L. y A.S.); se plantea por ello una discriminación por razón de las circunstancias familiares de la trabajadora (artículo 14 de la CE) al negarse su adscripción al turno de mañana con claro menoscabo para la efectiva conciliación de su vida familiar y laboral, no habiéndose valorado el horario escolar de los hijos y las circunstancias laborales de su marido (Guardia Civil de Tráfico), transcribiendo parte de la fundamentación jurídica de la sentencia del Tribunal Constitucional 26/2011, de 14 de marzo, y destacando que la empresa no ha probado dificultades organizativas suficientemente importantes para denegar el derecho pretendido, máxime cuando es en el turno de mañana donde menos trabajadores hay destinados, y sin que se haya probado el volumen de trabajo en los diferentes turnos, ni si los trabajadores adscritos al turno de mañana lo son con reducción de jornada por guarda legal; que la demandada es una gran empresa con 74-78 trabajadores con la categoría y funciones de contador-pagador (hecho probado quinto), concluyendo que “el derecho que se solicita no afecta desproporcionadamente a la organización del trabajo, no es abusivo ni contrario a la buena fe contractual, tampoco es una medida arbitraria y finalmente no es una situación inusual”, trayendo a colación una sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Andalucía de 1 de febrero de 2018 sobre la interpretación amplia y no restrictiva del artículo 37.6 del Estatuto de los Trabajadores, y que habiéndose acreditado que la actora necesitaba la adscripción al turno de mañana como otros trabajadores que lo tenían reconocido y no habiendo acreditado la empresa un sufrimiento organizativo de tal calado que llevara a la cancelación del derecho debía hacerse una nueva valoración de los derechos constitucionales en juego desde la perspectiva de “la no discriminación por razón de sexo (Art.14 CE) de las mujeres trabajadoras como la de mandato de la protección a la educación de los hijos y a la familia y a la infancia (Art 39 CE) y prevalecer ello y servir de orientación en el caso que nos ocupa”.

2. Del relato histórico de la sentencia de instancia con los datos introducidos por la presente, destacamos: A) Que la demandante, doña M.C.T.V. presta sus servicios por cuenta de la empresa demandada L.E SOCIEDAD ANONIMA, desde el el 15 de diciembre de 1999, con la categoría profesional de contadora pagadora, con destino en el centro de Quart de Poblet, en jornada reducida por guarda legal desde 2.012 y actualmente en porcentaje del 70,73% y percibiendo un salario mensual de 1.063,17 euros mensuales. La actora es madre de dos hijos menores de 8 años A. y H.S.T., cuyo horario escolar es de 9 a 17 horas ya que ambos dos asisten al comedor escolar. J, marido de la demandante y padre D.. J.A.S.M. e A. y H.S.T., es Guardia Civil estando sometido a los turnos de trabajo que se establecen por la Dirección General de la Guardia Civil, perteneciente al Ministerio del Interior. B) En el mismo centro de trabajo de la empresa en Valencia, hay 13 trabajadores en situación de reducción de jornada por guarda legal. C) Que con el incremento de personal contador-pagador que ha solicitado en la empresa reducción de jornada por guarda legal, reclamando el turno de mañana en el que menor demanda de tal actividad existe en la empresa, la misma instó a los trabajadores y al Comité de Empresa a celebrar una reunión que tuvo lugar el 16 de abril de 2.015 aprobándose por los miembros del Comité de Empresa lo que consta en ella que por su extensión y por figurar unida a los autos como documento 10 de la empresa se tiene por reproducido. Posteriormente, mediando la interposición de una demanda reclamando lo mismo, que se desistió con ese objeto, se produjo en 29 de febrero de 2.016, otra reunión entre la empresa, el Presidente del Comité de Empresa y los trabajadores afectados que citados, quisieron comparecer (a la que debidamente citada y no fue la demandante) en la que se levantó el acta que figura unida a los autos como documento 11 de la empresa que por su extensión se tiene por reproducido. D) Que la trabajadora demandante, siempre ha prestado servicios en

jornada a turnos semanales de tarde y noche. Mediante escrito de 7 de noviembre de 2.012, solicitó de la empresa que a partir de 3-12-2.012 se redujera la jornada por guarda legal en 62 horas a desarrollar de lunes a viernes de 15:00 a 20:00 horas en su servicio habitual (turno fijo de tarde) que la empresa le concedió en escrito de 19-11-2.012. Con fecha 1-02-2.017, la demandante instó por la misma razón de guarda legal disfrutar de su jornada reducida en turno exclusivo de mañana con horario de 10:00 a 15:00 horas que la empresa le denegó mediante escrito de 1-02-2.017 invocando la reunión con el Comité de Empresa de 29-02-2.016 en el que se acuerda sobre la organización del trabajo de los empleados con reducción de jornada (realizando una semana de mañana y tres de tarde en la que rotan todos los que se adscriben a la misma). La actora figura adscrita a esa rotación de mañana y tarde desde 29 de febrero de 2.016. Mediante escritos de 25-07-2.017 y 29-11-2.017, la demandante volvió a instar a la empresa la asignación del turno de mañana que fue de nuevo denegada por igual causa por la empresa por escritos respectivos de 11-09-2017 y 29-11-2.017. La actora interpuso una demanda fechada el 9-08-2.017 que fue turnada al Juzgado de lo Social 11 de Valencia, de la que en su momento desistió. E) Ningún trabajador con jornada reducida, presta servicios en la empresa en el turno de noche. Todos los trabajadores del departamento de contadores-pagadores al que pertenece la demandante, turnan en mañana/tarde a excepción de doña A.B.L. que siempre ha hecho turno fijo, de doña P.R.R. que hace turno 1 semana de mañana y 1 de tarde por acuerdo con la empresa tras demandarla y don A.S. del departamento de moneda y con cargo sindical, que hace solo turno de mañana. En el turno de mañana es en el que menos trabajadores hay destinados pues de los 74-78 totales, solo 5 prestan servicios en ese turno por necesidades productivas (las demandas de contar dinero de los clientes se producen mayoritariamente a partir de la tarde). En ocasiones muy puntuales, la empresa de necesitarlo, asigna al turno de mañana a los trabajadores del departamento de contadores-pagadores que precisa (en verano, en una punta de trabajo de puente, etc).

3. La pretensión ejercitada, tal y como directamente se deduce del examen de la demanda inicial, se fundamentaba no solo en el artículo 37.5 del TR de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, sino en considerar que la actuación de la empresa suponía cercenar claramente el derecho y mandato antidiscriminatorio del artículo 14 de la Constitución y 17 del Estatuto de los Trabajadores en su vertiente de ejercicio de derechos conciliatorios, por tratar de forma distinta y perjudicial a la actora que ya había pedido en múltiples ocasiones su adscripción al turno de mañana, en relación a otras trabajadoras en su misma situación, tratamiento desigual del que no existe una justificación objetiva.

4. Desde luego que a la vista de lo señalado en las sentencias del Tribunal Constitucional 3/2007, de 15 de enero, y 26/2011, de 14 de marzo, la problemática derivada de la conciliación de la vida, personal, familiar y laboral no es de mera legalidad ordinaria, sino que puede concernir a derechos fundamentales y por ello requerir una interpretación acorde con lo ordenado en el artículo 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (“La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, y vincula a todos los Jueces y Tribunales quienes interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos”), de ahí que como resulta de lo declarado en esas sentencias debamos en congruencia con lo pretendido decidir si la actuación de la demandada, negando a la actora que pudiera prestar sus servicios durante el período reducido de jornada solicitado y concedido, en turno de mañana exclusivamente, podía ser considerada discriminatoria respecto de la actora considerando en su caso su conformidad al principio rector de la política social y económica contenido en el artículo 39 de la Constitución, sobre la protección de la familia y de la infancia (y que como los demás principios comprendidos en el Capítulo III del Título I de la Constitución debe informar la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos tal y como establece su artículo 53.3).

5. De la fundamentación de la sentencia del Tribunal Constitucional 26/2011, de 14 de marzo, destacamos: A) La interdicción de la discriminación por razón de sexo implica no sólo la proscripción de aquellos tratamientos peyorativos que se fundan ya en la pura y simple constatación del sexo de la persona, ya en la concurrencia de razones o circunstancias que tengan con el sexo una conexión directa e inequívoca, como sucede con el embarazo, elemento o factor diferencial que, por razones obvias, incide de forma exclusiva sobre las mujeres (SSTC 173/1994, de 7 de junio, FJ 2; 136/1996, de 23 de julio, FJ 5; 20/2001, de 29 de enero, FJ 4; y 41/2002, de 25 de febrero, FJ 3, entre otras muchas), sino también la adopción de medidas que tratan de asegurar la igualdad efectiva de trato y oportunidades de la mujer y del hombre, por lo que las medidas legales que tratan de compensar las desventajas reales que para el acceso al trabajo o la conservación de su empleo soporta la mujer a diferencia del hombre no podrían considerarse opuestas al principio de igualdad, sino, al contrario, dirigidas a eliminar situaciones de discriminación existentes, para hacer realidad la efectividad en el disfrute de los derechos exigida por el art. 9.2 CE (SSTC 128/1987, FFJJ 7 y ss.; 19/1989, FJ 4; 28/1992, de 9 de marzo, FJ 3; 229/1992, de 14 de diciembre, FJ 2; 3/1993, de 14 de enero, FJ 3; y 109/1993, de 25 de marzo, FJ 5, por todas). B) Otro de los motivos concretos de prohibición de discriminación que el art. 14 CE enumera, concretamente es el referido a las circunstancias personales o sociales, ante una posible discriminación por razón de las circunstancias familiares, en la medida en que la negativa a acceder a la prestación de servicios exclusivamente en el turno de mañana pudiera suponer un menoscabo para la efectiva conciliación de su vida familiar y laboral. C) La prohibición de discriminación entre mujeres y hombres (art. 14 CE), que postula como fin y generalmente como medio la parificación, impone erradicar de nuestro ordenamiento normas o interpretaciones de las normas que puedan suponer la consolidación de una división sexista de papeles en las responsabilidades familiares. Así lo ha entendido el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su Sentencia Roca Álvarez, de 30 de septiembre de 2010, asunto C-104/2009, que considera que la exclusión de los padres trabajadores del disfrute del permiso de lactancia cuando la madre del niño no tiene la condición de trabajadora por cuenta ajena (art. 37.4 LET) constituye una diferencia de trato por razón de sexo no justificada que se opone a los arts. 2 y 5 de la Directiva 76/207/CEE. Y ello porque tal exclusión "no constituye una medida que tenga como efecto eliminar o reducir las desigualdades de hecho que pudieran existir para las mujeres en la realidad de la vida social..., ni una medida tendente a lograr una igualdad sustancial y no meramente formal al reducir las desigualdades de hecho que puedan surgir en la vida social", y sí, en cambio, una medida que puede "contribuir a perpetuar un reparto tradicional de funciones entre el hombre y la mujer, al mantener a los hombres en una función subsidiaria de las mujeres respecto al ejercicio de su función parental". D) "la dimensión constitucional de todas aquellas medidas normativas tendentes a facilitar la compatibilidad de la vida laboral y familiar de los trabajadores, tanto desde la perspectiva del derecho a la no discriminación por razón de sexo o por razón de las circunstancias personales (art. 14 CE) como desde la del mandato de protección a la familia y a la infancia (art. 39 CE), ha de prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier duda interpretativa en cada caso concreto, habida cuenta de que el efectivo logro de la conciliación laboral y familiar constituye una finalidad de relevancia constitucional fomentada en nuestro ordenamiento a partir de la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, que adoptó medidas tendentes a lograr una efectiva participación del varón trabajador en la vida familiar a través de un reparto equilibrado de las responsabilidades familiares, objetivo que se ha visto reforzado por disposiciones legislativas posteriores, entre las que cabe especialmente destacar las previstas en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, en cuya exposición de motivos se señala que las medidas en materia laboral que se establecen en esta ley pretenden favorecer la conciliación de la vida personal, profesional y familiar de los trabajadores, y fomentar una mayor corresponsabilidad entre mujeres y hombres en la asunción de las obligaciones familiares. E) En el caso

decidido por la sentencia del Tribunal Constitucional de referencia, los órganos judiciales habían denegado la asignación de horario nocturno solicitada por el trabajador demandante, con fundamento en consideraciones de estricta legalidad, derivadas de la interpretación que efectuaban de lo dispuesto en los arts. 36.3 y 34.8 LET y en diversos preceptos del convenio colectivo de aplicación, destacando el supremo intérprete de la Constitución que “la reseñada fundamentación de las resoluciones judiciales impugnadas en amparo prescinde de toda ponderación de la importancia que para la efectividad del derecho a la no discriminación del trabajador recurrente pudiera tener su pretensión de desempeñar su jornada laboral en horario nocturno durante el curso 2007-2008 por motivos familiares, y, en su caso, las dificultades que esta pretensión del trabajador pudiera ocasionar en el funcionamiento regular de la empresa para oponerse a la misma. El hecho de que los órganos judiciales no se hayan planteado la cuestión de si denegar al trabajador demandante la pretendida asignación del horario nocturno constituía o no un obstáculo para la compatibilidad de su vida familiar y laboral, en atención a las circunstancias concurrentes, supone no valorar adecuadamente la dimensión constitucional ex art. 14 CE, en relación con el art. 39.3 CE, del asunto planteado, de suerte que, como hemos afirmado en diversas ocasiones en relación con otros derechos fundamentales, el reproche que desde la perspectiva constitucional merece formularse contra las resoluciones judiciales recurridas en amparo “no es tanto ni sólo que haya renunciado a interpretar la normativa aplicable de la manera más favorable a la efectividad del derecho fundamental, sino que ni siquiera haya tenido en cuenta que este derecho estaba en juego y podía quedar afectado” (SSTC 191/1998, de 29 de septiembre, FJ 5; 92/2005, de 18 de abril, FJ 5; y 3/2007, de 15 de enero, FJ 6)... “la dimensión constitucional de las medidas normativas tendentes a facilitar la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, tanto desde la perspectiva del derecho a la no discriminación por razón de las circunstancias personales (art. 14 CE), como desde la perspectiva del mandato de protección a la familia y a la infancia (art. 39 CE), debe prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier duda interpretativa que pueda suscitarse ante la aplicación a un supuesto concreto de una disposición que afecte a la conciliación profesional y familiar. Ello obligaba en el presente caso a valorar las concretas circunstancias personales y familiares que concurrían en el trabajador demandante, así como la organización del régimen de trabajo de la residencia de educación especial en la que prestaba servicios, para ponderar si la negativa empresarial a su pretensión de trabajar en horario nocturno constituía o no un obstáculo injustificado para la compatibilidad de su vida familiar y profesional. En relación con las circunstancias familiares concurrentes, conforme a los datos obrantes en las actuaciones, resultaba necesario tener en cuenta el número de hijos del recurrente, su edad y situación escolar, en su caso, así como la situación laboral de su cónyuge y la posible incidencia que la denegación del horario nocturno al recurrente pueda haber tenido para conciliar su actividad profesional con el cuidado de sus hijos. Asimismo era necesario valorar si la organización del trabajo mediante turnos fijo (diurno) y rotatorio de la residencia en la que presta servicios el recurrente permitía alteraciones como la interesada por éste sin poner el funcionamiento de la residencia en dificultades organizativas lo suficientemente importantes como para excluir tales modificaciones. En definitiva, la decisión de los órganos judiciales de validar la negativa de la Consejería de Educación y Cultura de la Junta de Castilla y León a reconocer al trabajador recurrente la concreta asignación de horario nocturno solicitada sin analizar hasta qué punto dicha pretensión resultaba necesaria para lograr la efectiva participación de aquél en el cuidado de sus hijos de corta edad a través de un reparto equilibrado de las responsabilidades familiares, ni cuáles fueran las dificultades organizativas que el reconocimiento del horario solicitado pudiera ocasionar al centro de trabajo en el que presta servicios, nos lleva a concluir que no ha sido debidamente tutelado por los órganos judiciales el derecho fundamental del recurrente a la no discriminación por razón de sus circunstancias personales o familiares (art. 14 CE), relacionadas con su

responsabilidad parental en la asistencia de todo orden a sus hijos menores de edad (art. 39.3 CE)...”.

5. En el acta de la reunión de 29 de febrero de 2016, que se da por reproducida en el hecho probado tercero donde se reseñó con motivo de un juicio instado por otra trabajadora con reducción de jornada por guarda y custodia de un menor, se hizo constar que la empresa procedería a una nueva rotación de turnos de trabajo mediante un sistema de cuatro grupos, una semana en turno de mañana y tres semanas en turno de tarde, y que todas las trabajadoras presentes propusieron a la empresa estar en otros puestos operativos “dentro de la sala de contaje donde desempeñan su jornada laboral, realizando otras tareas (realizar módulos, máquinas BPS, recogidas en el departamento de tesorería), que aumentan el volumen de trabajo en el turno de mañana para que las empleadas con reducción por guardia y custodia de un menor, puedan disfrutar con más asiduidad de este turno. La empresa da una negativa por respuesta”.

6. Con los antecedentes indicados entendemos que no hay proporción entre los derechos fundamentales concernidos y los derivados del poder de dirección de la empresa ex artículo 38 de la Constitución, debiendo prevalecer el derecho de la actora a la no discriminación por las circunstancias indicadas y atendiendo al principio rector de la política social y económica del artículo 39.3 de la Constitución, por cuanto que la actora, ahora recurrente, prestara servicios exclusivamente en turno de mañana para atender mejor a sus hijos menores, no entendemos produjera en la empresa dificultades organizativas lo suficientemente importantes para excluir ese cambio de turno.

7. En orden a la fijación de la indemnización por haberse atentado contra los derechos fundamentales de la actora –indemnización a la que se refería concretándola el hecho séptimo de la demanda inicial- , atendiendo a que no existe ningún derecho positivo absoluto (ni siquiera los fundamentales), que la legalidad ordinaria exclusivamente considerada y desligada totalmente de los derechos fundamentales concernidos, podía llevar a la consecuencia de que no se tuviera derecho al cambio de turno ex artículo 37.6 del TR de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, que exclusivamente se refiere a la reducción de la jornada de trabajo diaria, cuya concreción horaria se efectuará dentro de la jornada ordinaria según señala el artículo 37.7 de dicho texto legal, entendemos como indemnización adecuada la de 1.000 euros, sin apreciar mala fe en la conducta de la demandada.

TERCERO.- Corolario de todo lo razonado será la estimación parcial del recurso interpuesto y consiguiente revocación de la sentencia de instancia para dar lugar a la pretensión ejercitada en el sentido indicado en el apartado 7 del fundamento jurídico anterior. Sin costas ante el signo revocatorio del fallo (artículo 235.1 de la LJS).

FALLO

Estimamos en parte el recurso de suplicación interpuesto en nombre de doña M.C.T.V. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 15 de Valencia el día treinta y uno de enero de dos mil dieciocho, en proceso sobre CONCRECIÓN HORARIA EN REDUCCIÓN DE JORNADA POR GUARDA LEGAL seguido a su instancia contra L.E. SOCIEDAD ANONIMA, y con revocación de la expresada sentencia y estimación parcial de la pretensión ejercitada declaramos el derecho de doña M.C.T.V. a prestar servicios en exclusiva en el turno de mañana, con horario de 10:00 a 15:00 horas de lunes a viernes y sábados alternos, con todos los derechos inherentes a tal reconocimiento, condenando a la empresa demandada a estar y pasar por tal declaración y a que en concepto de indemnización abone a la actora la cantidad de mil euros. Sin costas.

2386

Sentencia núm. 1.725, de 29 de mayo de 2018

Materia: Declaración de invalidez. Incapacidad permanente total para ejercicio de profesión habitual derivada de enfermedad común. Subsidiariamente solicitud declaración incapacidad parcial permanente. Carácter definitivo de las lesiones.

Juzgado: Desestima la demanda, absolviendo a la entidad demandada de las pretensiones de la demanda.

Sala: Estima el recurso y revoca la sentencia de instancia. Las lesiones invalidantes del actor le incapacitan para el desarrollo de las principales tareas de su profesión habitual.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Son tres los motivos con los que se construye el recurso de suplicación entablado por la representación letrada de la parte actora frente a la sentencia del Juzgado de lo Social nº Cinco de los de Alicante que desestima la demanda sobre reconocimiento de la situación de incapacidad permanente total para la profesión habitual derivada de enfermedad común y subsidiariamente sobre la situación de incapacidad permanente parcial para la profesión habitual derivada de la misma contingencia, no habiendo sido impugnado el recurso de contrario, conforme se refirió en los antecedentes de hecho.

El primero de los motivos se introduce por el apartado a del art. 193 de la Ley de la Jurisdicción Social (LJS) y en el mismo se imputa a la sentencia de instancia la infracción del art. 24 de la Constitución Española por haber desestimado la pretensión del demandante con un fundamento ajeno al debate procesal, como es la falta del carácter definitivo y permanente de las lesiones del actor, que en ningún momento aparece en el expediente administrativo ni tampoco se alegó por la Entidad Gestora en el acto del juicio. También se tacha de incongruente la sentencia recurrida al no entrar a conocer de la pretensión de incapacidad permanente parcial para la profesión habitual solicitada por el actor con carácter subsidiario en el acto del juicio, solicitud que es perfectamente válida al estar subsumido el grado inferior de incapacidad permanente en el grado superior solicitado desde el inicio y, por lo tanto, estar implícitamente solicitado. Es por ello que el demandante solicita curiosamente de forma subsidiaria la nulidad de la sentencia y la reposición de los autos al momento anterior a dictarse la misma.

Lo que se imputa a la sentencia en el motivo ahora examinado es que la misma adolece de incongruencia tanto porque la resolución impugnada ha desestimado la pretensión a partir de un hecho que no ha sido alegado por la Entidad Gestora como por no haber entrado a examinar la pretensión subsidiaria introducida en el acto del juicio.

Respeto a la primera de las cuestiones se ha de traer a colación la doctrina ya antigua expuesta por el Tribunal Supremo en sentencia de 28 de junio de 1994, Recurso: 2946/1993, en la que se dice que *"en el proceso de seguridad social se pide normalmente el reconocimiento del derecho a una prestación mediante una acción declarativa de condena, que es lo mismo que se ha solicitado en el procedimiento administrativo. El actor tiene que probar los hechos constitutivos de su derecho (la existencia de la situación protegida, la concurrencia de los restantes requisitos de acceso a la protección) y la entidad gestora tiene la carga de probar los hechos impositivos, los extintivos y los excluyentes. La ausencia de un hecho constitutivo*

puede ser apreciada por el Juez, si resulta de la prueba, incluso aunque no se haya alegado por la parte demandada y lo mismo sucede con los hechos impeditivos y extintivos. La razón está, como ha señalado la doctrina científica, en que los órganos judiciales están vinculados por el principio de legalidad y no pueden otorgar tutelas infundadas. Sólo los hechos excluyentes son excepciones propias en el sentido de que el juez no puede apreciarlas si no son alegadas por la parte a quien interesan y ello porque estos hechos no afectan a la configuración legal del derecho. Pero en cuanto a los otros hechos el juez debe apreciarlos cuando se prueben aplicando las normas correspondientes, aunque no exista oposición del demandado o aunque éste no comparezca en juicio para oponerse. En este sentido, el hecho de que la Entidad Gestora desestime la solicitud por una causa cuando está acreditada en el procedimiento la existencia de otra no impone al juez la obligación de estimar la demanda y reconocer la prestación cuando considera improcedente la causa aplicada en la resolución administrativa, pero procedente la que debidamente acreditada no se tuvo en cuenta por el organismo gestor. De no ser así la tutela judicial y la garantía de la cosa juzgada podría no otorgarse en contra del mandato de la ley, que no es disponible ni para el juez (artículo 1 y 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial), ni para la Administración (artículo 52.2 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común). Esto es lo que sucede en el ámbito de la jurisdicción revisora típica que es la contencioso-administrativa. En ella ese carácter revisor exige simplemente, como señala la sentencia de 21 de junio de 1.981, que "ni las partes ni desde luego el órgano judicial pueden traer al debate cuestiones nuevas, es decir, pretensiones que no hayan sido planteadas ante la Administración, pero lo que no está vedado a las partes es invocar nuevos motivos o alegaciones para fundamentar el recurso y la oposición, que el Tribunal a su vez puede introducir en la discusión y luego considerar en la sentencia". Por lo demás, este es el principio que se contempla expresamente en los artículos 43 y 69 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

QUINTO.- Esta solución no produce indefensión alguna para el demandante. En principio quien afirma en un proceso la existencia de un derecho ha de estar en condiciones de alegar y probar en ese proceso la concurrencia de los requisitos que fundan su derecho y no puede invocar una situación de indefensión porque se alegue por la demandada o se aplique por el juez una previsión legal en virtud de un hecho directamente relacionado con la pretensión ejercitada que se ha probado en el proceso y que además costaba ya en el expediente administrativo. Por otra parte, hay que tener en cuenta que los artículos 85 y 87 de la Ley de Procedimiento Laboral permiten garantizar en la instancia la audiencia del demandado sobre las causas de oposición no alegadas con anterioridad. En este sentido se ha pronunciado la sentencia del Tribunal Constitucional 41/1.989, que establece en su fundamento jurídico cuarto que el hecho de que la falta del periodo de cotización no fuera tomado en consideración por las resoluciones administrativas no impide al órgano judicial, en su función revisora del Derecho aplicado, atribuir a los hechos probados sobre el período de cotización las consecuencias legales que estimó inherentes a los mismos."

En el presente caso, la Magistrada de instancia deniega la prestación de incapacidad permanente al considerar que las dolencias del demandante no tienen el carácter permanente y definitivo que exigía el art. 136 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio y actualmente exige el art. 193 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, según el cual "1. La incapacidad permanente contributiva es la situación del trabajador que, después de haber estado sometido al tratamiento prescrito, presenta reducciones anatómicas o funcionales graves, susceptibles de determinación objetiva y previsiblemente definitivas, que disminuyan o anulen su capacidad laboral. No obstará a tal calificación la posibilidad de recuperación de la

capacidad laboral del incapacitado, si dicha posibilidad se estima médicamente como incierta o a largo plazo.”

En la medida en que el carácter definitivo de las lesiones es un hecho constitutivo, no cabe duda que al demandante le corresponde su acreditación y que su falta puede ser apreciada por la Magistrada de instancia sí entiende que así se desprende del expediente administrativo y ello con independencia del mayor o menor acierto de dicha apreciación, lo que determina el rechazo de la incongruencia aducida.

En cuanto a la segunda de las cuestiones planteadas por la defensa de la recurrente sobre la posibilidad de declarar un grado de incapacidad permanente inferior al solicitado en la demanda, tal y como sucede en el presente caso, en el que en la demanda se solicita el reconocimiento de la situación de incapacidad permanente total para la profesión habitual, mientras que en el acto del juicio se solicitó con carácter subsidiario el reconocimiento de la situación de incapacidad permanente parcial para la profesión habitual, la doctrina jurisprudencial se ha manifestado en sentido afirmativo. Así es de señalar que nuestro Alto Tribunal en sentencia de 11 diciembre 2000, Recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 4429/1999, manifiesta: *“La cuestión debatida ya viene resuelta conforme a la sentencia impugnada por doctrina unificada de este Tribunal recogida en sentencias de 14 de junio de 1996 (RJ 1996, 5160) (Recurso 1215/1995) y la muy reciente del día 13 de noviembre pasado (RJ 2000, 9638) (Recurso 145/2000), al señalar esta última con referencia a la sentencia de 24 de marzo de 1995 (RJ 1995, 2186) que «... es totalmente acertada y conforme a derecho la sentencia que concede al demandante un grado de incapacidad permanente inferior al que había solicitado en la demanda».* Entre los distintos razonamientos que en apoyo de esta solución y con cita de la sentencia de la misma Sala de 10 de diciembre de 1990 (RJ 1990, 9765), maneja la que estamos comentando, cabe destacar los siguientes: *«Realmente, no ya sólo la aplicación del principio aludido de que “quien pide lo más pide lo menos”, principio, este, que, ciertamente, en algún caso, pudiera no cohonestarse, exactamente, con los intereses de la parte postulante de la invalidez permanente, sino también la propia naturaleza revisoria de un acto administrativo que entraña todo juicio relativo a invalidez permanente permite admitir, sin quebrantamiento procesal apreciable, que el reconocimiento de un grado de invalidez permanente inferior al postulado en la demanda rectora de autos, en tanto no esté expresamente excluido del “petitum” de la demanda no debe dar lugar al denunciado vicio de incongruencia procesal».*

El hecho de que la sentencia de instancia no entre a conocer del grado de incapacidad permanente parcial solicitado con carácter subsidiario por el demandante en el acto del juicio constituye el vicio de incongruencia omisiva que denuncia la defensa del recurrente ahora bien como quiera que el art. 202.2 de la LJS establece que *“2. Si la infracción (de normas o garantías del procedimiento) cometida versara sobre las normas reguladoras de la sentencia, la estimación del motivo obligará a la Sala a resolver lo que corresponda, dentro de los términos en que aparezca planteado el debate. Pero si no pudiera hacerlo, por ser insuficiente el relato de hechos probados de la resolución recurrida y por no poderse completar por el cauce procesal correspondiente, acordará la nulidad en todo o en parte de dicha resolución y de las siguientes actuaciones procesales, concretando en caso de nulidad parcial los extremos de la resolución impugnada que conservan su firmeza, y mandará reponer lo actuado al momento de dictar sentencia, para que se salven las deficiencias advertidas y sigan los autos su curso legal.”*

En el presente caso al existir datos suficientes en el relato fáctico de la sentencia de instancia para que esta Sala se pronuncie sobre los grados de incapacidad permanente solicitados por el actor bien con carácter principal bien con

carácter subsidiario, la estimación de la incongruencia omisiva denunciada se puede subsanar en esta sede sin necesidad de anular la sentencia de instancia.

SEGUNDO.- El correlativo motivo de recurso se introduce por el cauce del apartado b del art. 193 de la LJS y tiene por objeto la revisión de los hechos declarados probados. En concreto se insta por la defensa de la recurrente la adición de un nuevo hecho en el que se constate “la permanencia de las lesiones” sufridas por el demandante lo que extrae del documento alegado por el juzgador, del expediente administrativo y del informe ratificado por el doctor C., así como del razonamiento que efectúa en relación con dichos informes, sin que pueda ser acogida, en primer lugar, porque la cuestión que se pretende introducir en el relato fáctico es jurídica e implica una valoración que como tal es impropia del relato fáctico y predeterminante del fallo, además de que la revisión fáctica ha de obtenerse directamente de los documentos en los que se apoya sin necesidad de argumentaciones, razonamientos o conjeturas más o menos lógicas (véanse las sentencias del Tribunal Supremo de 9 de julio de 2002 y 15 de julio de 2003 sobre la ineficacia de los razonamientos e interpretaciones de los documentos y pruebas).

TERCERO.- El último motivo del recuso que se formula al amparo del apartado c del art. 193 de la LJS se destina al examen del derecho aplicado en la resolución recurrida a la que se imputa la infracción del art. 136.1 de la LGSS al haber denegado la prestación de incapacidad permanente por considerar que las dolencias no son definitivas ni están estabilizadas cuando lo cierto es que se trata de una fractura del cuello astrágalo tipo II con luxación de la articulación subastragalina y conminución de la faceta articular de la articulación astragalina del pie derecho, habiendo estado la parte actora de baja desde el 6-2-2014, habiendo sido la Administración la que inicio de oficio el expediente de incapacidad permanente, denegándosele el derecho a la IPT pese a que rebasa la duración máxima de la IT, por lo que la única solución es la declaración de IPT, pues lo contrario dejaría sin protección al demandante. A continuación señala que el actor puede alegar dolencias que no fueron invocadas en el expediente administrativo y que de acuerdo con dicho criterio jurisprudencial la realización de la artrodesis posterior al expediente administrativo y anterior a la vista judicial está incluida en dicho supuesto y ha de ser tenida en cuenta de lo que concluye que el demandante se encuentra afecto de limitaciones funcionales importantes que repercuten en el desempeño de su profesión habitual hasta el punto de hacer inviable su práctica que exige utilizar posturas ergonómicas con el pie derecho para la conducción de vehículos, que debido al apoyo del pie en varo no puede y además le produce dolor y cansancio, con el consiguiente riesgo de accidente en caso de precisar una reacción rápida del pie, debiendo incardinarse su situación en el art. 137.4 de la Ley General de la Seguridad Social, en su redacción original y subsidiariamente en la situación de incapacidad permanente parcial para la profesión habitual.

Para dilucidar si las dolencias del demandante se han de considerar de carácter permanente y definitivo se ha de estar al inalterado relato fáctico de la sentencia de instancia al no haber prosperado la revisión fáctica solicitada en el segundo motivo de recurso, no habiéndose intentado introducir, por lo demás, de forma eficaz la artrodesis a la que alude en este motivo destinado a la censura jurídica, pero que no se refleja en el relato fáctico. Son circunstancias a tener en cuenta que el demandante nacido en el año 1974, inició en fecha 6-2-2014 situación de incapacidad temporal por enfermedad común, concretamente fractura de astrágalo cerrada. Se incoa en 14-8-2015, vía art 128 LGSS, expediente de IP en el que previa emisión de informe de síntesis de 25-1-2015 y tras diagnóstico de “fractura de cuello de astrágalo derecho tipo II con luxación subastragalina y conminución de faceta particular subastragalina” se dice que el proceso médico no ha concluido al restar un TAC sobre posible artrodesis, si bien ya se apreciaba una limitación del 50% que podría ser catalogada de LPNI si fuera accidente laboral, lo que conduce a un informe de EIL de

7-7-2015 que refleja una IQ en 4-6-2015 proponiendo demora en la calificación a la espera de mejoría, lo que es asumido por unanimidad en dictamen del EVI de 14-7-2015 que también propone inicio de expediente de IP dando lugar a resolución del INSS de fecha salida 5-8-2015 que prorroga por 6 meses más la IT. Incoado de nuevo expediente, se emite en 14-10-2015 informe de síntesis que fija como limitaciones “algias en pie derecho con deformidad en varo de retropie, ligero edema maleolar externo y déficit de movilidad con un balance articular 0° de flexión dorsal y 30° de plantar” y conclusiones “todavía en seguimiento por especialista con persistencia de dolor y en la exploración déficit parcial de movilidad con edema y deformidad en varo de retropie. Prevista revisión especialista con rx 10-11-15, remitirá informe por fax”, que deviene en dictamen del EVI de fecha 20-10-2015 que por mayoría de 3 a 2 propone nueva demora en la calificación que se acepta hasta el 7-1-2016, emitiéndose nuevo dictamen del EVI el 28-1-2016 que ya propone por unanimidad declararlo como no inválido y con ello poner fin a la IT con efectos de 2-2-2016, lo que se ratifica en resolución del INSS fecha salida 2-2-2016.

De los datos expuestos se evidencia que las dolencias del demandante se han de considerar definitivas ya que la única posibilidad de mejoría parece ser la realización de una intervención quirúrgica, en concreto, de una artrodesis, que además de no poder imponerse al paciente al no estar exenta de riesgos, no hay constancia de que su realización implique una mejoría de la movilidad del pie afectado, movilidad que es imprescindible para el desempeño de su profesión habitual como chófer de camión en la que es necesario mover los pedales del vehículo con una cierta agilidad de la que el demandante carece, lo que lleva a concluir que su situación es incardinable en el art. 194. 4 de la Ley General de la Seguridad Social aprobada por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, en la redacción dada por la Disposición Transitoria Vigésimo Sexta del indicado texto legal, según el cual “4. 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.” Y todo ello habida cuenta que procede declarar la invalidez permanente total cuando las dolencias inhabilitan para desarrollar todas o las más importantes tareas de la profesión habitual, con un mínimo de capacidad o eficacia (TS 26-2-79 [RJ 1979\652]) y con rendimiento económico aprovechable (TCT 26-1-82) y sin que se trate de la mera posibilidad del ejercicio esporádico de una determinada tarea, sino de su realización conforme a las exigencias mínimas de continuidad, dedicación y eficacia (STS 16-2-87 [RJ 1987\869], 6-11-87 [RJ 1987\7831]).

FALLO

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de D. A.A.P.G., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social n.º Cinco de los de Alicante y su provincia, de fecha 6 de febrero de 2017 y revocando la misma, estimamos la demanda del recurrente contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social, declarando al actor en situación de incapacidad permanente total para la profesión habitual, derivada de enfermedad común, y condenando a la Entidad Gestora a estar y pasar por dicha declaración y a abonar al demandante una pensión vitalicia y mensual en cuantía del 55 por ciento de su salario base regulador de 1.437,99 euros, con más los incrementos legales correspondientes, y con efectos desde el día 3-2-2016.

2387

Sentencia núm. 1.788, de 31 de mayo de 2018

Materia: Prestación por cese de actividad. Trabajador afiliado al RETA. Cobertura contingencias profesionales. Periodos de cotización.

Juzgado: Estima íntegramente la demanda de reconocimiento de derecho y abono de prestación por cese de actividad de trabajador autónomo, en cuantía mensual determinada y por el plazo de un año.

Sala: Estima parcialmente el recurso reduciendo el derecho de la actora a recibir la indemnización por cese de actividad por un periodo de cuatro meses. Las contingencias profesionales cubiertas por el demandante no se producen desde la fecha del alta en el RETA sino desde 2011, por lo que para el cálculo de la prestación es distinto al señalado en la instancia.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Frente a la sentencia dictada el 11 de octubre de 2016 por el Juzgado de lo Social número 3 de Alicante por la que se estimaba íntegramente la demanda interpuesta por Doña P.L.G. frente a Mutua X., reconociendo su derecho a percibir una prestación por cese de su actividad de autónoma en cuantía mensual de 601,02 euros, con duración de 12 meses y efectos 1 de agosto de 2013, recurre en suplicación la demandada, al no estar conforme con el fallo de la precitada resolución, siendo impugnado su recurso por la demandante.

SEGUNDO.- El primero de los motivos de recurso, redactado al amparo del apartado b) del art. 193 LRJS, persigue la revisión de los hechos declarados probados en la sentencia de instancia, incluyendo las siguientes peticiones:

1.- En primer lugar, se interesa la revisión del hecho probado primero, para que se incluya en el mismo que la actora se acogió a la protección de Accidente de Trabajo y Cese de Trabajadores Autónomos en fecha 1-03-2011, teniendo un total de 29 mensualidades cotizadas para dicha prestación, causando baja en el citado régimen el 31-07-2013.

El documento obrante al folio 94 de autos que se indica por la Mutua recurrente consiste en un documento de consulta de afiliados de entidades de A.T, constando que la aquí demandante inició la cobertura de "IT-AT" el 1-03-2011 hasta el 31-07-2013 con la mutua número 151, siendo esta última X. por lo que en dichos términos ha de hacerse constar en el relato fáctico. No debe sufrir modificación alguna ni la fecha de alta ni la de baja en el RETA.

2.- Asimismo, se pide la revisión del ordinal tercero, proponiendo el siguiente texto alternativo: *"En el año 2012, en el modelo 100, en su página 5 (página 75 de autos) la trabajadora declara como ingresos computables 11.500 euros, no coincidiendo con los importes de ingresos y pérdidas alegados en la declaración jurada para el ejercicio 2012 (documento 68 de autos) por lo que se deduce que lo indicado por la autónoma en la declaración jurada no es correcto, siendo el IVA un impuesto aplicado sobre los ingresos y gastos declarados en el IRPF en la modalidad de estimación directa, en este caso".*

La petición antedicha no puede ser acogida, pues lo que se pretende en definitiva es introducir una valoración de parte, derivada del examen de los documentos indicados, que constituye precisamente la causa de oposición de la

demanda a la acreditación por parte de la demandante de la situación de cese de actividad. Como tales valoraciones jurídicas, es impropio que las mismas puedan ser consignadas en el relato fáctico, por lo que se desestima la petición.

TERCERO.- Ya en términos de revisión jurídica, ex art. 193 c) LRJS, se denuncia la infracción de los arts. 4, 5 y 8 de la Ley 32/2010 de 5 agosto.

Como primera argumentación se dice que la sentencia ha infringido el art. 8 de la citada norma pues teniendo la actora cotizados 29 meses a efectos de la prestación solicitada, desde el 1-3-11 al 31-7-2013, en caso de ratificarse la demanda en segunda instancia, tendría derecho a la prestación a razón de 4 mensualidades, tal y como se refleja en la escala que se contiene en el indicado precepto.

Se añade asimismo que la sentencia infringe los arts. 4 y 5 de la citada ley, pues la concurrencia de los motivos económicos, técnicos, organizativos o productivos determinantes de la inviabilidad de continuar con la actividad laboral exige el estudio pormenorizado de una serie de documentación que lo acredite, como son los modelos de IVA, IRPF y demás exigidos por el art. 4 que se dice infringido.

Y concluye que, no existiendo congruencia en los años 2012 y 2013 en relación a las pérdidas de la autónoma demandante, por no ser coincidentes los resultados declarados con los ofrecidos a la Mutua, debe ser revocada la resolución de instancia.

Comenzando con este segundo grupo de argumentaciones, la Sala no puede estimar la misma, pues lo que se realiza por la recurrente es indicar su discrepancia con la valoración de la prueba efectuada por el Juez a quo, que estimó acreditada la situación legal de cese de actividad.

Dicha aseveración, no respaldada siquiera por dato fáctico alguno extraído del relato de hechos probados, y carente por tanto de cobertura legal, impide estimar a la Sala la infracción cometida, no debiendo olvidar que *“el proceso laboral está concebido como un proceso de instancia única (que no grado), lo que significa que la valoración de la prueba se atribuye en toda su amplitud (art. 97.2 LRJS) únicamente al juzgador de instancia (en este caso a la Sala “a quo”) por ser quien ha tenido plena inmediación en su práctica y la revisión de sus conclusiones únicamente puede ser realizada cuando un posible error aparezca de manera evidente y sin lugar a dudas de documentos idóneos para ese fin que obren en autos, por lo que se rechaza que el Tribunal pueda realizar una nueva valoración de la prueba, como si el presente recurso no fuera el extraordinario de casación sino el ordinario de apelación. Y como consecuencia de ello se rechaza la existencia de error si ello implica negar las facultades de valoración que corresponden primordialmente al Tribunal de Instancia, siempre que las mismas se hayan ejercido conforme a las reglas de la sana crítica, pues lo contrario comportaría la sustitución del criterio objetivo de aquél por el subjetivo de las partes.”*(SSTS 13 julio 2010 (Rec. 17/2009), 21 octubre 2010 (Rec. 198/2009), 5 de junio de 2011 (Rec 158/2010) y otras muchas.

De hecho, el Juez de instancia, tras valorar los datos ofrecidos por las declaraciones de IVA e IRPF alcanza una conclusión contraria a la expuesta por la recurrente, abordando expresamente la cuestión relativa a las discrepancias entre datos declarados por la actora, por lo que al resultado alcanzado debemos estar, al no ofrecerse por la recurrente dato alguno que ampare sus aseveraciones.

En cuanto a la infracción del art. 8 de la Ley 32/2010, hemos de indicar que no es cierto que dicha cuestión no se plantease en el acto del plenario como se afirma en el escrito de impugnación, pues visionado el acto de la vista consta cómo la letrada de la Mutua afirmó que teniendo en cuenta el tiempo cotizado y la fecha de baja en el

RETA de la trabajadora, le corresponderían cinco o seis mensualidades de prestación, dependiendo del momento en que se entendiese producido el hecho causante.

Dicho lo anterior, dispone el art. 4.1 de la citada ley que el derecho a la protección por cese de actividad se reconocerá a los trabajadores autónomos en los que concurren los requisitos siguientes:

a) Estar afiliados y en situación de alta y cubiertas las contingencias profesionales, en el Régimen Especial de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos, o al Régimen Especial de los Trabajadores del Mar en su caso.

b) Tener cubierto el período mínimo de cotización por cese de actividad a que se refiere el artículo 8.

c) Encontrarse en situación legal de cese de actividad, suscribir el compromiso de actividad al que se refiere el artículo 231 del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social y acreditar activa disponibilidad para la reincorporación al mercado de trabajo a través de las actividades formativas, de orientación profesional y de promoción de la actividad emprendedora a las que pueda convocarle el Servicio Público de Empleo de la correspondiente Comunidad Autónoma, o en su caso el Instituto Social de la Marina.

d) No haber cumplido la edad ordinaria para causar derecho a la pensión contributiva de jubilación, salvo que el trabajador autónomo no tuviera acreditado el período de cotización requerido para ello.

e) Hallarse al corriente en el pago de las cuotas a la Seguridad Social.

Por su parte, el art. 8.1 dispone que: “La duración de la prestación por cese de actividad estará en función de los períodos de cotización efectuados dentro de los cuarenta y ocho meses anteriores a la situación legal de cese de actividad de los que, al menos, doce deben ser continuados e inmediatamente anteriores a dicha situación de cese con arreglo a la siguiente escala:

Período de cotización Meses	Período de la protección
De doce a diecisiete	2
De dieciocho a veintitrés	3
De veinticuatro a veintinueve	4
De treinta a treinta y cinco	5
De treinta y seis a cuarenta y dos	6
De cuarenta y tres a cuarenta y siete	8
De cuarenta y ocho en adelante	12

Por tanto, si para tener derecho a la prestación por cese de actividad es requisito ineludible tener cubiertas las contingencias profesionales en el RETA, y esta cobertura se produjo por la demandante, no desde su alta en dicho régimen el 1 de febrero de 2006, sino desde el 1 de marzo de 2011 (folio 94 de autos) será a partir de esta fecha y no desde la anterior cuando comience el cómputo de los meses cotizados a efectos de la prestación.

Teniendo en cuenta que en el recurso no se discute como fecha del hecho causante el reseñado por el Juez a quo y que coincide con el cese en el RETA producido el 31-07-2013, y que desde el 1 de marzo de 2011 hasta aquélla fecha, transcurren 29 meses cotizados, a la actora le corresponden cuatro mensualidades de prestación, por valor cada una de ellas de 601,02 euros mensuales, ascendiendo a un total de 2.404,08 euros, debiendo ser revocada la resolución de instancia en tal sentido.

CUARTO.- 1.- Procede la devolución parcial de la consignación efectuada por la diferencia entre las cantidades objeto de condena de la sentencia de instancia y la fijada por esta Sala, así como la devolución íntegra del depósito constituido para recurrir, lo que se verificará una vez que la presente sea firme, ex art. 203.2 y 3 LRJS.

2.- No procede la imposición de costas a la Mutua recurrente, al haber sido estimado parcialmente su recurso, ex art. 235.1 LRJS.

En virtud de lo expuesto,

FALLAMOS

Estimamos parcialmente el recurso de suplicación interpuesto por MUTUA X. frente a la sentencia dictada el 11 de octubre de 2016 por el Juzgado de lo Social número 3 de Alicante, en auto número 1071/2013, seguidos a instancia de DOÑA P.L.G. frente a la precitada recurrente; y con revocación parcial de la precitada resolución, declaramos que la demandante tiene derecho a percibir cuatro meses de prestación por cese de actividad, a razón de 601,02 euros, condenando a la Mutua a abonar a aquélla la cantidad de 2.404,08 euros.

Procede la devolución parcial de la consignación efectuada por la diferencia entre las cantidades objeto de condena de la sentencia de instancia y la fijada por esta Sala, así como la devolución íntegra del depósito constituido para recurrir, lo que se verificará una vez que la presente sea firme. Sin imposición de costas.

2388

Sentencia núm. 1.815, de 31 de mayo de 2018

Materia: Trabajador facultativo afiliado al RGSS. Solicitud declaración pensión de jubilación. Periodos de cotización. Cálculo porcentaje a aplicar. Revisión de la base reguladora. Litisconsorcio pasivo necesario. Defectuosa constitución de la relación jurídico- procesal. Nulidad de la sentencia.

Juzgado: Estima la demanda declarando el derecho del actor a percibir la pensión de jubilación, incrementando el porcentaje de la base reguladora, condenando al INSS y a la Consejería demandada a su abono en proporción a sus responsabilidades.

Sala: Estima de oficio la falta de litisconsorcio pasivo necesario del Estado para decidir la pretensión suscitada. Declara la nulidad de la sentencia y su reposición al momento anterior al juicio para que el demandante subsane el error y amplíe la demanda contra el Estado, continuando el procedimiento en los pertinentes términos legales.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Tal y como expresa la sentencia “En la presente relación jurídico-procesal se ejercita por la parte actora una acción impugnatoria de la resolución administrativa mediante la que le fue reconocida la prestación de jubilación ordinaria por discrepancias con el porcentaje de aplicación. El demandante tras desistir de la petición subsidiaria contenida en el hecho tercero de su demanda concreta su petición en que con carácter principal se declare su derecho al percibo de la pensión de jubilación que tiene reconocida sobre una base reguladora mensual de 2.822,88 euros, porcentaje del 89,07%, con efectos económicos de 5 de septiembre de 2014 condenando al Instituto Nacional de la Seguridad Social y a la CONSEJERIA DE SANIDAD DE LA JUNTA DE CASTILLA y LEÓN a su abono en la proporción de sus responsabilidades, así la CONSEJERIA DE SANIDAD DE LA JUNTA DE CASTILLA y LEÓN responde de forma directa de la diferencia entre dicho porcentaje y el reconocido por el INSS, es decir, del 12,92%, con la obligación de anticipar íntegramente la Pensión de Jubilación por parte del INSS, para el caso de estimar que debió de cotizarse por la Consejería el período comprendido entre el 16/11/1991 y el 21/10/1996 que corresponde a 4 años, 11 meses y 5 días más cotizados que los que la entidad gestora tuvo en consideración, subsidiariamente, solicita que de estimarse cotizados 2 años, 3 meses más que los que la entidad gestora tuvo en cuenta, el porcentaje que postula ascendería a 82,57%, correspondiendo a la CONSEJERIA DE SANIDAD DE LA JUNTA DE CASTILLA y LEÓN un 6,42% como responsable directo en los mismos términos que en la petición principal.”

La sentencia recurrida estima íntegramente la demanda con el siguiente fallo: “Que estimando la demanda interpuesta por D. J.R.I., contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y la CONSEJERIA DE SANIDAD DE LA JUNTA DE CASTILLA y LEÓN, declaro el derecho del actor a considerar como cotizado todo el período del 16/11/1991 al 21/10/1996, por lo que habría que añadir 4 años, 11 meses y 5 días más (1.795 días) a los 9.001 días cotizados que figuran en el expediente del INSS y en consecuencia, declaro el derecho del actor al percibo de la pensión de jubilación que tiene reconocida sobre una base reguladora mensual de 2.822,88 euros, con un porcentaje del 89,07%, con efectos económicos de 5 de septiembre de 2014, condenando al Instituto Nacional de la Seguridad Social y a la CONSEJERIA DE SANIDAD DE LA JUNTA DE CASTILLA y LEÓN, a su abono en la proporción de sus responsabilidades, así y en cuanto al porcentaje la CONSEJERIA DE SANIDAD DE LA

JUNTA DE CASTILLA y LEÓN responde de forma directa del 12,92% (diferencia entre el nuevo porcentaje del 89,07% y el reconocido por el INSS del 76,15%), con la obligación de anticipar íntegramente la Pensión de Jubilación por parte del INSS, quien podrá repetir contra la citada Administración."

La sentencia es recurrida en suplicación por la representación letrada de la CONSEJERIA DE SANIDAD DE LA JUNTA DE CASTILLA y LEÓN, formulando al efecto tres motivos de recurso.

El primer motivo, se formulado por el apartado b) del art. 193 de la LRJS, para ampliar el hecho cuarto de modo que figure que fue el INSALUD el que contrató al actor como médico de Atención Primaria para hacer refuerzo de las guardias en el Área de Salud de Soria, en el periodo 16-11-1991 a 21-10-1996 según figura en los nombramientos como facultativo eventual para la realización de refuerzos (guardias) y de sustitución correspondientes a dicho periodo, porque así se desprende de los nombramientos (folios 24 a 208), lo que resulta directamente de los mismos y se estima la modificación que como se verá va a ser determinante para la debida constitución de la relación jurídico procesal.

SEGUNDO.- Los motivos segundo y tercero, se amparan procesalmente en la letra c) del art. 193 de la LRJS, y en los mismos se denuncia:

-La infracción, por inaplicación y desconocimiento de lo establecido en la Disposición Adicional Primera de la Ley 12/1983, de 14 de octubre, de proceso Autonómico, en relación con el Real Decreto 1480/2001, de 27 de diciembre sobre traspaso a la Comunidad de Castilla y León de las funciones y servicios del Instituto Nacional de la Salud (BOE 28 de diciembre de 2001), art. 3, en relación con el Anexo letra K).

-La infracción de la jurisprudencia que relaciona STS de 3 de octubre de 2003 (rec. 1422/2003), 9 de diciembre de 2003 (rec. 517/2003), 20 de enero de 2004 (rec. 2281/2003) y en particular la de 15 de noviembre de 2004 (rec. 242/2003), porque sin perjuicio de las obligaciones y responsabilidades que puedan exigirse a la Administración Estatal, la Consejería de Sanidad de la Junta de Castilla y León, no tiene responsabilidad alguna respecto de las cotizaciones anteriores a la fecha de la transferencia ni por tanto cabe condena alguna por el periodo reclamado.

El recurso termina por solicitar sentencia que revoque la recurrida absolviendo a la Junta de Castilla y León, con devolución del capital coste ingresado en la Tesorería General de la Seguridad Social.

La Disposición Adicional Primera de la Ley 12/1983, de 14 de octubre, de proceso Autonómico dispone "La Administración del Estado deberá regularizar la situación económica y administrativa del personal a su servicio antes de proceder a su traslado a las Comunidades Autónomas. En todo caso, la Administración estatal será responsable del pago de los atrasos o cualesquiera indemnizaciones a que tuviera derecho el personal por razón de su situación con anterioridad al traslado."

Por todas las STS de 10 de diciembre de 2014 rcud 2313/2013 o la de 8 de marzo de 2017 rcud 2376/2015, y las que en ellas se relacionan, esta última interpretando esta norma en relación con el Real Decreto 1480/2001 de 27 de diciembre, sobre traspaso a la Comunidad de Castilla y León de las funciones y servicios del Instituto Nacional de la Salud han señalado que la administración que debe hacerse cargo del cumplimiento de las obligaciones contraídas, esta vez de alta y cotización, antes del traspaso, es el Estado ".....toda vez que sobre no haberse nada más alegado ni debatido al respecto, es, por otra parte, lógica la asunción por parte del Estado del pago de estas prestaciones a sus propios ex-trabajadores, que obedece, de un lado, a la asunción de

su propia responsabilidad en la situación normativa y por el incumplimiento directo de sus obligaciones de afiliación y de cotización; y, de otro, porque tras la desaparición del Instituto Nacional de la Salud (Insalud o Insa) creado en 1978 como una de las Entidades Gestoras de la Seguridad Social a la que se encargó la gestión y de la administración de los servicios sanitarios del sistema de Seguridad Social en que se integraría inicialmente dicho personal, y la conversión en 2002 de dicho Instituto en Instituto de Gestión Sanitaria (Ingresa), que surge a raíz del Real Decreto 840/2002, de 2 de agosto, que modifica y desarrolla la estructura básica del Ministerio de Sanidad y Consumo, constituyéndose como entidad de menor dimensión pero conservando la misma personalidad jurídica, económica, presupuestaria y patrimonial, así como la naturaleza de Entidad Gestora de la Seguridad Social y las funciones de gestión de los derechos y obligaciones del Insalud, el Real Decreto 1133/2008, de 4 de julio, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Sanidad y Consumo, dispuso en su artículo 8, apartado 4, que el Instituto Nacional de Gestión Sanitaria (INGESA) se adscribe al Ministerio de Sanidad y Consumo a través de la Secretaría General de Sanidad.”

Siendo que el periodo discutido (1991 a 1996) es anterior al traspaso a la Comunidad Autónoma de la competencia en materia de sanidad (1-1-2002) es diáfano que la recurrente tiene razón en la petición de ser absuelta de toda responsabilidad en el pago de la mayor prestación de jubilación que la sentencia declara.

Sentado cuanto antecede, y aun cuando en virtud del principio de automaticidad de prestaciones corresponde al INSS el anticipo de la prestación, la responsabilidad directa por el mayor porcentaje de la prestación reclamada es del Estado que no fue demandado en el procedimiento, ni oído, para decidir una cuestión que pudiera afectarle y que supondría la correspondiente condena al pago de parte de la prestación, con la constitución del correspondiente capital coste, por lo que ante la constitución defectuosa de la relación jurídico procesal, concurriendo la falta de litisconsorcio pasivo necesario del Estado en este procedimiento sobre prestación de jubilación, procede revocar la sentencia, y anular las actuaciones reponiéndolas al momento anterior al juicio para que se dé ocasión a la parte actora de subsanar el defecto de la demanda, ampliándola contra el Estado (Instituto de Gestión Sanitaria – INGESA-), para que pueda comparecer al juicio y oponerse a la pretensión actora con todas las defensas y excepciones que crea puedan asistirle, dictándose una nueva sentencia que decida la cuestión suscitada, oyendo a todas las partes que pudieran resultar responsables del pago de la prestación.

FALLO

Con ocasión del recurso de suplicación interpuesto en nombre de la Junta de Castilla y León (Conselleria de Sanidad), contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 13 de los de Valencia de fecha 25 de noviembre de 2016, estimamos de oficio la falta de litisconsorcio pasivo necesario del Estado (INGESA), para decidir la pretensión suscitada en el presente procedimiento; y, en consecuencia revocamos la sentencia recurrida y declaramos nula la sentencia y las actuaciones practicadas, reponiéndolas al momento anterior al juicio, para que se conceda a la parte actora el plazo de 4 días, con apercibimiento de archivo, a fin de que pueda subsanar el defecto observado de defectuosa constitución de la relación jurídico procesal, y amplíe la demanda contra el Estado, continuando el procedimiento en los pertinentes términos legales.

Devolución de capital coste y depósito.

Sin costas.

2389

Sentencia núm. 1.831, de 1 de junio de 2018

Materia: Prestación a favor de familiares. Solicitud prestación de supervivencia a favor de hijos por fallecimiento de padre. Denegación por falta de acreditación periodo de convivencia. Tras el fallecimiento de la madre se solicita nueva prestación a favor de hijos, la cual es concedida. Se insta nueva prestación en favor de familiares por fallecimiento de padre. Aplicación art. 71.4 Ley Reguladora Jurisdicción Social. Extemporalidad de la demanda respecto a segunda solicitud.

Juzgado: Desestima la demanda, absolviendo a los organismos demandados de la pretensión deducida en la demanda. No ha lugar a prestación alguna.

Sala: Declara la revocación la sentencia de instancia para que el juzgador entre a resolver sobre el fondo del asunto.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- La sentencia de instancia desestima íntegramente la demanda interpuesta y absuelve a los organismos demandados de la pretensión deducida en su contra. Frente a ella interpone recurso de suplicación la parte actora, y en el primer motivo del recurso, con amparo procesal en el artículo 193 a) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, se denuncia infringido el art. 71.4 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, por cuanto la sentencia de instancia desestima la demanda por considerarla absolutamente extemporánea, dado que ya se había presentado una reclamación previa a la denegación de la primera solicitud de la prestación y por lo tanto se había agotado el plazo para la presentación de la demanda, añadiendo la sentencia de instancia, que con la segunda solicitud de prestación se pretendía salvar la extemporaneidad de la demanda que no se había presentado.

Los hechos declarados probados en lo que atañe al agotamiento del plazo para presentar la demanda, ponen de relieve que hubo una primera solicitud por la actora ante el INSS en el año 2015 para el reconocimiento de prestación de supervivencia en favor de familiares por el fallecimiento de su padre siendo denegada en Resolución de 3 de diciembre de 2015 y presentada reclamación previa por la actora se dictó resolución desestimatoria con fecha de salida 1 de abril de 2016. La actora volvió a solicitar la prestación en favor de familiares por fallecimiento de su padre el 11 de julio de 2016, siéndole denegada en Resolución de 20 de julio de 2016, presentando reclamación previa el 26 de agosto de 2016, y demanda el 4 de noviembre de 2016.

En función de tales hechos debe concluirse que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 71.4 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, la parte actora podrá reiterar la reclamación previa de haber caducado la anterior, en tanto no haya prescrito el derecho y sin perjuicio de los efectos retroactivos que proceda dar a la misma, y en el caso que nos ocupa si bien se había caducado la vía administrativa de la primera solicitud, no la acción cuyo ejercicio es posible mientras no prescriba el derecho material del que deriva, y en este supuesto de conformidad con el artículo 230 de la LGSS en su redacción actual establece que el derecho al reconocimiento de las prestaciones por muerte y supervivencia, con excepción del auxilio por defunción, será imprescriptible, sin perjuicio de que los efectos de tal reconocimiento se produzcan a partir de los tres meses anteriores a la fecha en que se presente la correspondiente solicitud, por lo tanto la parte demandante podía volver a solicitar la prestación en favor de familiares, lo que efectúa, así como la reclamación previa y también la demanda sin que se haya alegado que esta demanda resulte extemporánea respecto de la segunda solicitud, por lo que no procedía la

desestimación de la demanda, y no procede entrar a conocer del resto del recurso de suplicación relativo al fondo del asunto, sino que debe revocarse la sentencia de instancia para que por el Juzgador de instancia se dicte una nueva en la que entre a resolver el fondo de la cuestión, con el objeto de no sustraer a las partes una instancia. Razones que llevan a estimar en parte el recurso de suplicación.

FALLO

Que estimando el recurso de suplicación formulado por la representación letrada de la actora Doña A.R.S.S. contra la parte demandada INSS y la TGSS, frente a la sentencia del Juzgado de lo Social número Uno de los de Alicante, de fecha 27 de diciembre de 2016, a que se contrae el presente rollo, la revocamos y dejamos sin efecto para que por el Juzgado de Instancia se dicte una nueva sentencia en la que entre a conocer del fondo del asunto.

2390

Sentencia núm. 1.839, de 1 de junio de 2018

Materia: Prestación por desempleo. Incorporación del demandante al programa de renta activa de inserción. Denegación. Extinción subsidio desempleo por sanción. Falta de requisitos exigibles para tener en consideración el recurso de suplicación.

Juzgado: Desestima la demanda, declarando no haber lugar a la reincorporación al programa de renta activa de inserción demandado, al haber quedado extinguida la prestación por desempleo anterior como consecuencia de una sanción grave.

Sala: Desestima el recurso al no presentar el recurrente en su escrito cita alguna de norma o normas supuestamente vulneradas en la sentencia de instancia. Falta de los requisitos exigibles para su toma en consideración por la segunda instancia.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO. Por la representación letrada del demandante se formula recurso frente la sentencia de instancia, que desestimó la demanda en que reclamaba al SPEE su incorporación al programa denominado “Renta Activa de Inserción”, pretensión que se denegó al haberse extinguido por sanción el subsidio de desempleo que percibía en su momento.

El citado recurso se articula en lo que en dicho escrito se titulan “consideraciones”, indicando el recurrente que si bien la prestación antes citada se percibió indebidamente, de ahí su extinción, han transcurrido diecisiete años desde que ocurrieron los hechos y entiende que si se cumplió la sanción (menos en el reintegro de lo percibido indebidamente, que no se recuperó) la misma no se puede extender a perpetuidad.

Lo que se debe destacar es que el mencionado escrito se aparta por completo de los requisitos exigibles para su toma en consideración por la Sala, pues ya no es que aquél no se estructure en motivos, sino que, aún consentidos los hechos probados, no existe cita alguna de norma o normas supuestamente vulneradas en la sentencia objeto del mismo, mención que es de exclusiva competencia del recurrente, al no poder el tribunal construirlo de oficio, pues en este caso se estaría vulnerando el principio de igualdad en detrimento de la contraparte, ya que el artículo 193 “c” de la LRJS, puesto en relación con el artículo 196 del citado texto legal, determinan que en la suplicación se citen las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que se consideren infringidas, razonándose la fundamentación de los motivos correspondientes.

Como se ha expuesto, el escrito que se examina carece por completo de estos requisitos, limitándose a discrepar de la sentencia en los términos antes expuestos, y si bien no le falta razón al recurrente al indicar que los hechos objeto de sanción, y que a la postre determinaron la imposibilidad de acceder al programa citado ocurrieron hace unos diecisiete años, de modo que de facto se le estaría sancionando a perpetuidad al no darle la posibilidad de beneficiarse del programa citado, los términos del artículo 2.1 “c” del RD 1369 / 2006, de 24 de noviembre, en la redacción dada a este por el artículo 21 del RD Ley 20 / 2012, de 13 de julio, son claros al respecto, compitiendo al recurrente la cita de la norma que, caso de existir, podría dar lugar a la resolución del problema que expone, máxime en este extraordinario recurso de

suplicación, como igualmente sucede en la casación, no rige el principio “iura novit curia”, que solamente actúa en la instancia o, en su caso, en recursos ordinarios como la apelación, de ahí que a la Sala no le quepa la posibilidad de aportar de oficio el derecho en el caso de que, como sucede en el presente recurso, no se refleje ninguna norma por el recurrente en el pertinente escrito.

Consecuentemente, se desestimaré el recurso y se confirmará la sentencia objeto del mismo.

FALLO

Que debemos desestimar y desestimamos el Recurso de Suplicación interpuesto en nombre de D. R.V.V: contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 11 DE VALENCIA de fecha 9 DE FEBRERO DE 2017 en virtud de demanda formulada contra EL SERVICIO PÚBLICO DE EMPLEO ESTATAL, y en su consecuencia, debemos confirmar y confirmamos la sentencia recurrida.

2391

Sentencia núm. 1.856, de 5 de junio de 2018

Materia: Sanción. Trabajador que presta sus servicios como conductor en empresa de transportes. Expediente disciplinario. Suspensión de empleo y sueldo durante 5 días, por falta muy grave. Corte de jornada: Estacionamiento de vehículo y descanso del chófer. El actor marcha a efectuar el descanso previsto en lugar distinto a donde debe estacionar el vehículo. El demandante decide desplazarse a descansar al lugar de trabajo, al no contar el área de servicio donde estaciona el autobús con unas instalaciones adecuadas para realizar el descanso. Consideración existencia mala fe contractual. Graduación infracción/sanción.

Juzgado: Desestima la demanda absolviendo a la empresa demandada de las pretensiones contra la misma ejercitadas. Procede imponer al trabajador una sanción disciplinaria por falta muy grave. La conducta imputada constituye una desobediencia a las instrucciones de la empresa.

Sala: Estima el recurso y revoca la sentencia de instancia. No se aprecia en el recurrente intención alguna de mala fe o trasgresión de la buena fe contractual. No procede sanción alguna. Condena a la empresa a pasar por esta declaración y a abonar al trabajador los salarios correspondientes en caso de que haberse hecho efectiva la sanción.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia de instancia, desestima la demanda interpuesta por el trabajador contra la sanción de suspensión de empleo y sueldo por cinco días, impuesta por una infracción muy grave, pues considera correctamente aplicados los arts 58 del ET y 114.3 de la LRJS. Contra dicho pronunciamiento recurre el trabajador en suplicación al amparo de los apartados b) y c) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

En primer lugar, solicita la modificación del hecho quinto para que conste, resumidamente expuesto, que el área indicada para el corte de jornada carece de condiciones para un descanso efectivo, y de ella no puede trasladarse ni con vehículo propio ni con los demás de la empresa que regresan a Benidorm de vacío, pues ello no asegura estar a disposición en el lugar de salida de nuevo, a las 13 horas. Y para añadir, que no consta la instrucción de que dicho corte de jornada deba efectuarse en el área de servicio indicada en la carta de despido, señalando, en la relación de rutas obrante a los folios 43 y siguientes, la existencia de instrucciones en otras rutas que sí contienen instrucciones de espera, salida a demanda, etc.

Dado que se ignoran las condiciones del área de servicio donde se efectúa el corte de jornada, ni las posibilidades de traslado del conductor desde la misma en otros autobuses de la misma empresa, no es posible aceptar la modificación planteada respecto a dicho extremo. Tampoco es posible aceptar el hecho negativo incluido como segundo apartado del mismo hecho, pues tal y como se encuentra redactado no procede, ello sin perjuicio de la valoración que posteriormente proceda en relación con la existencia de esa instrucción, que claramente no se encuentra expresada en ninguno de los documentos que señalan las diferentes rutas a seguir y las instrucciones al respecto.

SEGUNDO.- Como infracciones normativas se señalan la del art 58.2 del ET por omisión de la fecha en que la indicada sanción debería ser cumplida, así como del art

55.1 del Estatuto de los Trabajadores y art 3.1 del Código Civil y el art 114.1 de la LRJS y el art 69 apartados c) y l) del Convenio Colectivo de transporte de Viajeros por Carretera de la provincia de Alicante, que sancionan: c) la trasgresión de la buena fe, así como la indisciplina y desobediencia en el trabajo, disminución del rendimiento, fraude, deslealtad o abuso de confianza, hurto o robo en las dependencias de la empresa o durante el acto de servicio, y el l) utilizar indebidamente el material de la empresa, bien para fines ajenos a la misma o bien contraviniendo sus instrucciones, así como los daños de entidad ocasionados a los vehículos por negligencia, así como el Reglamento de la CE 561/06 en su art 8.8 que si bien establece que los descansos podrán efectuarse en el vehículo, este deberá estar adecuadamente equipado para el descanso de los conductores.

Haciendo hincapié en los preceptos sustantivos más relevantes (pues la fijación de la fecha de efectos no conllevaría la nulidad de la sanción, y se trata de una cuestión nueva no mencionada en la instancia), debemos entender que la conducta imputada es una desobediencia a las instrucciones de la empresa. Por lo que, como causa que justifica su despido disciplinario, lo que es extrapolable a la sanción por falta muy grave con base en el art. 54 del ET, como es nuestro caso, esta Sala ha tenido ocasión de pronunciarse en reiteradas sentencias. Así, como se dijo en las de 19 de octubre de 2000 (número 4522/2000) o 5 de abril de 2001 (núm.1791/2001), que para la consideración jurídica y gravedad de los hechos constitutivos de desobediencia, se hace necesario acudir a las exigencias que legal y jurisprudencialmente se entienden necesarias para conceptuarla como causa de despido. De este modo, se requiere la concurrencia de un triple requisito: 1ª) La injustificación o ausencia de causa en la medida en que el empresario ejercita el poder de dirección de manera regular, 2ª) La gravedad de la desobediencia, que es exigida con carácter general para todos los incumplimientos contractuales merecedores de la sanción de despido, 3ª) La culpabilidad, entendida como el conocimiento doloso o el actuar imprudente en la realización de la conducta infractora. Por su parte, en la sentencia de 12 de enero de 2000, recogiendo pronunciamientos anteriores, se afirma que el trabajador queda sujeto al deber de obediencia a las órdenes de la empresa que se deriva de los artículos 5. a) y c) del Estatuto de los Trabajadores, en relación con el artículo 20.1 y 54.2.b) del mismo texto legal, sin que sea aceptable el "ius resistentiae", sino excepcionalmente, cuando la orden recibida atente a la dignidad del trabajador, sea abusiva en extremo o bien totalmente contraria a las mismas exigencias laborales, rigiendo en caso contrario el principio consagrado por la jurisprudencia laboral "solve et repete", según el cual el trabajador no puede desatender, bajo pretexto de improcedencia, las órdenes de quien en la empresa tiene el poder de cursarlas en razón a la facultad de dirección que le incumbe, subordinando su apreciación subjetiva a la necesaria dependencia de la jerarquía empresarial, sin perjuicio de reclamar ante los organismos competentes si estima que fueron conculcados sus derechos, con las excepciones dichas en cuanto a que si el empresario se excede de los límites de autoridad que tiene marcados por las normas legales, puede en tal caso el trabajador desobedecer legítimamente, sus órdenes, sin incurrir en infracción.

Ahora bien, siendo ello cierto, tampoco puede desconocerse que en numerosas sentencias del Tribunal Supremo se ha entendido que el enjuiciamiento del despido (y obviamente de la sanción) debe abordarse de forma gradualista buscando la necesaria proporción entre la infracción y sanción, y aplicando un criterio individualizador que valore las peculiaridades de cada caso concreto (SSTS 28 febrero y 6 abril 1990 y 16 mayo 1991). Esta teoría gradualista debe ser aplicada atendiendo, por tanto, a circunstancias concretas como antigüedad del trabajador en la empresa, escaso perjuicio económico sufrido por la misma, inexistencia de otras sanciones anteriores por el mismo hecho, etc. Teoría que encuentra amparo legal en el artículo 58.1 del Estatuto de los Trabajadores, que exige la presencia de incumplimientos graves para producir el despido disciplinario, de acuerdo con el art. 54.1 de la misma Ley, con un razonable criterio de proporcionalidad. Así, la sentencia del Tribunal

Supremo de 4 de marzo 1991 entre otras muchas, expresa dicho principio en relación con el de la buena fe, en cuanto modelo de comportamiento común impuesto a las relaciones laborales por los arts. 5.a) y 20.2 del Estatuto de los Trabajadores, erigido en criterio de valoración de conductas del que resulta justificado el despido para las que supongan una violación trascendente de la buena fe contractual, de modo que no cualquier trasgresión de ella, sino solamente de la de carácter grave y culpable, es la que tiene calidad bastante para que resulte lícita aquella sanción.

TERCERO.- Expresada así la doctrina de aplicación, encontramos en el caso analizado una inicial circunstancia exculpatoria y es que efectivamente y como el trabajador señala, no constan aplicables a la ruta señalada (Numero 321) instrucción alguna que determine que el trabajador deba estacionar el autobús en el área de servicio a las afueras de Villajoyosa, desde las 10 hasta las 13 horas con la consecuente prohibición de hacerlo en otro sitio. En dicha hoja de ruta se dice que “el servicio de las 17.45 tiene paso por Est Ave a las 8:00 H”, sin mayores precisiones. Por eso hubiera sido relevante, dado que los conductores cambian a menudo de ruta, que en la misma se especificase tal instrucción al igual que se concretan determinadas circunstancias en otras, pues es evidente que cabe la interpretación de una instrucción hablada, al menos en cuanto a su relevancia. Acepta la sentencia de instancia, la existencia de una instrucción no escrita, y que dicho descanso no impide al conductor usar un vehículo privado o de la empresa para trasladarse a donde quiera. Pero tal dato, además de crear una obvia inseguridad al trabajador, que puede interpretar que dicho estacionamiento puede ser optativo, no aclara de qué modo puede realizarse tal traslado a un lugar de descanso. Entendemos que es necesario, si se trata de un descanso no retribuido del trabajador, que la empresa se cerciore e informe al dicho trabajador de cuáles son los medios concretos a utilizar informándole de las líneas propias a utilizar, pues si tal posibilidad de traslado no existe, quedaría en entredicho el derecho al descanso de dicho conductor. Obviamente existe una alternativa y sería que la zona o el autobús tuvieran habilitada un lugar que garantizase el descanso adecuado del conductor, como bien señala el Reglamento de la CEE indicado. No obstante, y dado que la empresa no impone el descanso en el autobús, carece de relevancia acudir a tal normativa comunitaria.

Pero además, debemos señalar igualmente, como dato revelador de la ausencia de mala fe del trabajador, que éste, se trasladó de nuevo a Benidorm donde la empresa tiene sus estacionamientos, por lo que no concurrió mala fe u ocultamiento, lo que debe servir de base para una graduación de la conducta desvirtuadora de la existencia misma de la infracción.

Por último, señalar que la existencia de una instrucción, aun siendo escrita, que perjudica el obligado descanso del trabajador, debe valorarse de forma estricta, pues aunque es verdad que existen profesiones cuyas funciones exigen una distribución irregular de la jornada, la facultad empresarial que sin exigir una permanencia, en cierto modo la impone al faltar las posibilidades de traslado, debe relajarse cuando la escasa distancia entre las localidades(15 kilómetros) permite disfrutar más gratamente del derecho al descanso.

En conclusión, estimamos que degradada la gravedad de la conducta de manera que queda absolutamente desvirtuada la responsabilidad del trabajador, debemos estimar el recurso interpuesto por el trabajador D D.M.R., dejando sin efecto la sanción impuesta

CUARTO.- No procede imponer condena en costas.

FALLO

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de DON D.M.R., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº. UNO de los de BENIDORM, de fecha 19 de enero del 2018; y, en consecuencia, revocamos la sentencia recurrida y dejamos sin efecto la sanción que le fue impuesta por la empresa U.B.SA por los hechos acaecidos el día 21 de enero del 2017, condenando a la empresa a estar y pasar por dicha declaración, y, en su caso a satisfacerle los salarios impagados si dicha sanción ya se hubiera impuesto.

Sin costas.

2392

Sentencia núm. 1.865, de 5 de junio de 2018

Materia: Prestación de invalidez. Trabajadora en situación de incapacidad temporal derivada de enfermedad común. La actora presta sus servicios como operaria de fábrica. La demandante causa baja por lesión medular: hernia discal. Solicitud declaración incapacidad permanente para el ejercicio de su profesión habitual. Lesiones invalidantes que le impiden realizar su trabajo.

Juzgado: Estima parcialmente la demanda, declarando a la actora en situación de incapacidad permanente parcial para el ejercicio de su actividad habitual de operaria de fábrica.

Sala: Estima el recurso declarando a la actora en situación de incapacidad permanente total para el ejercicio de su profesión habitual. Las limitaciones orgánicas y funcionales que padece la actora tienen la entidad suficiente para impedirle la realización de las fundamentales tareas de su profesión.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se recurre por la demandante D^a D.T.M. y por el demandado INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL la sentencia del Juzgado de lo Social de procedencia que estimó la pretensión de la demandante de Incapacidad Permanente Parcial para su profesión habitual de operaria de fábrica de chocolate por enfermedad común, pero desestimó la principal de Incapacidad Permanente Total para dicha profesión.

Los dos recursos, que no han sido impugnados, se articulan a través de motivos, al amparo del apartado b) del artículo 193 de la LJS, para revisión de hechos probados y un motivo cada uno, al amparo del c), para el examen de las infracciones de normas sustantivas que indican y tienen por objeto el de la actora que se le reconozca la Incapacidad Permanente Total y el recurso del INSS, que se deje sin efecto el reconocimiento de la Incapacidad Permanente Parcial.

SEGUNDO.- Comenzando con los motivos relativos a la revisión de hechos probados en cuanto que ha de fijarse la base fáctica de la que partir:

I.- Se solicita por la demandante:

A) una adición al Hecho Probado Segundo que diga: “Según los informes de los Servicios médicos de la Sanidad Pública que vienen tratando a la actora, presenta el siguiente cuadro clínico: Hernia discal L4-L5 intervenida en julio 14 con nueva intervención en mayo 15; Cervicalgia; Estenosis recesal L5 bilateral de predominio derecho intervenida; Lumbalgia mecánica; Protusiones discales posterolaterales C3-4, C4-5 y C5-6, sin compromiso del canal radicular; Ciática debida a herniación, núcleo pulposo; Cervicobraquialgia, síndrome cervicobraquial; Síndrome ansioso-depresivo, trastorno adaptativo con humos depresivo, tratado con numerosa farmacología. Insomnio; Controlada por la Unidad del Dolor con infiltraciones y radiofrecuencia (folios 71 y 80); Obesidad mórbida. Llegando a concluir algunos de ellos (v.gr: Informe de fecha 26-1-16 obrante al folio 71, así como folio 76 y 87) que la paciente no está en condiciones de reiniciar su actividad laboral en absoluto”.

No puede aceptarse en su mayor parte porque se basa en la documental obrante en los folios 27 a 87 de los autos, lo que es genérico y no cumple el requisito de la necesaria determinación incluso con detalle de la parte del documento del que resulta lo que se propone y, en cuanto a los cuatro únicos folios que se concretan luego, el 71 es un informe de médico de familia de 26-1-16, que recoge la ciática debida a herniación, núcleo pulposo y síndrome cervicobraquial difuso; el 76 es uno de psicólogo de 18-2-16 que diagnostica estados de ansiedad y en los dos citados se contiene la conclusión de no estar en condiciones de reiniciar su actividad laboral; el 87 es uno de psiquiatra de 28-11-16 que recoge trastorno adaptativo con humor deprimido y el 80 uno de traumatología y cirugía ortopédica de 11-5-16, en el que se recoge sólo el tema lumbar, en concreto las dos cirugías de junio 14 y mayo 15 y también su control por la unidad del dolor con infiltraciones y radiofrecuencias, por lo que sólo en lo que se ha dicho recogen puede aceptarse la adición, salvo en cuanto a la conclusión por no ser hecho sino conclusión en realidad jurídica y predeterminante y teniendo en cuenta que mucho de lo que se incluye en el texto a adicionar sería innecesario por ya figurar en el relato de hechos probados de la sentencia. Y

B) una adición al Hecho Probado Tercero del siguiente tenor: “Según el Profesiograma redactado por el Técnico de Prevención de Riesgos Laborales de la empresa para la que trabajaba la actora, implica la manipulación repetitiva de bolsas de cacao de hasta 15 kg, así como recoger bolsas de cacao en polvo (200 gr, 500 gr y 1000 gr) en la línea de envasado y colocarlos en cajas, paletizando las cajas manualmente a una altura de 1,5 m, siendo el peso de las cajas de los diferentes productos el siguiente: de 200 gr---2, 4 Kg; de 599 gr---6 Kg y de 1000 gr---8Kg; asimismo debo realizar la reposición de material (bobina de papel de 30 Kg) en las máquinas de envasado, así como el llenado de las Tolvas (dispositivo similar a un embudo de gran talla destinado al depósito y canalización de materias granulares o pulverizadas) de las líneas de bombones (16 kg), fideos (25 Kg) y gotas (14 Kg)”.

Se apoya en el referido profesiograma obrante a los folios 25 y 26, pero no puede aceptarse porque el texto que propone la parte es sólo un extracto interesado del mismo, siendo que en él también se contemplan funciones más livianas y que en cuanto a las labores de toda la parte final después de “asimismo” y que se refieren a los mayores pesos, omite que en el profesiograma se dice que “se manipulan entre 2 personas”.

II.- Se solicita por el INSS:

A) La adición de un nuevo Hecho Probado Quinto del siguiente tenor: “Intervenida en otro centro en julio de 2014, sin mejoría clínica significativa por clínica de lumbociatalgia por territorio L5 derecho hasta el pie. Reintervenida en nuestro centro el 27.05.2015 mediante ampliación de la laminectomía L5 previa y liberación de raíces L5 bilaterales. Revisando la liberación de ambos recesos. Tras la intervención se ha encontrado mucho mejor, sólo con molestias lumbares y sensación de sobrecarga por cara lateral de pierna derecha. Se ha mantenido bien hasta esta mañana que se ha levantado con más dolor lumbar y en pierna derecha. Lo achaca a sobre esfuerzo realizado ayer. No ha realizado la fisioterapia. Actualmente en tratamiento con Nolotil cada 8 horas y Enantyum cada 8 horas, con mejoría. Ya no presenta parestesias y refiere recuperación de la fuerza. Ha mejorado la incontinencia. JUICIO DIAGNOSTICO: Estenosis recesal L5 bilateral intervenida. Lumbalgia mecánica. TRATAMIENTO Y RECOMENDACIONES: continuar con voltaren y comenzar con lycrica 75 mg por la mañana durante cuatro días y posteriormente 75 mg cada 12 horas”.

No se acepta porque si bien así resulta de los folios 62 y 63, en que se apoya, estos recogen un informe del centro que la intervino la segunda vez de fecha 19-10-15 y, sin embargo, el examen de la situación puede llevarse a la fecha del juicio y existen otros posteriores del 2016 que lo contradicen y a los que ya hemos aludido en la

revisión A) del recurso de la actora.

B) La adición de un segundo párrafo al hecho Probado Tercero que diga “Según el profesigramas elaborado el técnico en prevención de riesgos laborales de la empresa, su puesto de trabajo es el de operario de solubles. El trabajo principal lo realiza en la sección de solubles. En periodos de poca producción realiza tareas en la sección de bombones (desmoldeo, decoración y recogida de bombones) y de manualidades (envasar, colocar etiquetas, llenado de la tolva -que se realiza entre dos personas-)”.

Se apoya en los folios 25 y 26, el mismo Profesigramas, pero extractando aquí otras partes más convenientes a su postura y a las que ya se ha hecho referencia en el apartado B) de las revisiones de la actora, de modo que, al igual que aquélla ha de rechazarse contemplándose por separado.

Sin embargo, aceptamos conjuntamente ambas revisiones -la de la actora y la de la demandada- que se complementan conformando la suma de los textos que ofrece cada parte el conjunto más coincidente con lo que recoge el referido Profesigramas.

TERCERO.- Seguimos con el examen conjunto de los motivos de los dos recursos dedicados al examen del derecho, alegándose en el de la actora infracción por no aplicación del artículo 137.4 de la LGSS al no reconocerle el grado de total que estima se da y en el del INSS la infracción por aplicación indebida del 137.3 al reconocerte el grado de parcial que considera no corresponde.

Ambos grados de incapacidad permanente son profesionales, esto es, han de ponerse los cuadros y en especial las limitaciones orgánicas o funcionales probadas en relación con la profesión de que se trate y funciones de ésta también probadas y determinar si se da la situación de uno u otro grado (total como pretende la actora o parcial que ha reconocido la sentencia) o de ninguna (como pretende el INSS).

El artículo 137 en su nº1 establece los grados de la incapacidad permanente contemplando en el apartado a) el de parcial y en el b) el de total y el mismo precepto, pero en su redacción anterior a la Ley 24/97, que pervive por lo señalado en la Disposición Transitoria Quinta bis de la LGSS, hasta que se proceda al desarrollo reglamentario, los define, diciendo, en cuanto al grado de total en el nº4, 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” y diciendo, en cuanto al grado de parcial en el nº3, que “se entenderá por incapacidad permanente parcial para la profesión habitual la que, sin alcanzar el grado de total, ocasione al trabajador una disminución no inferior al 33 por 100 en su rendimiento normal para dicha profesión, sin impedirle la realización de las tareas fundamentales de la misma”

Por tanto, ha de partirse del cuadro de padecimientos y, en especial, de las limitaciones orgánicas y funcionales probadas y ponerlo en relación con la profesión habitual probada para valorar si aquel tiene la incidencia en ésta exigida por el artículo 137 para que se dé el grado de total, teniendo en cuenta que ha de ser valorada aquella inhabilitación atendiendo, no exclusivamente a la imposibilidad física, sino también a la aptitud para realizar aquellas funciones de la profesión habitual con un mínimo de capacidad o eficacia y con su rendimiento económico aprovechable y teniendo igualmente en cuenta que el examen ha de ser individualizado; esto es, atendiendo a las circunstancias particulares de limitaciones y profesión de la persona de que se trate y, para la parcial, es preciso, como ocurre con el grado de total, poner en relación el cuadro de padecimientos acreditados como secuelas y, en especial, las limitaciones orgánicas y funcionales, con la profesión habitual, pero también la disminución en el rendimiento laboral para dicha profesión que ha de ser no inferior al 33% y que puede

obtenerse teniendo en cuenta no sólo lo que objetivamente pueda rendir sino también la mayor peligrosidad o penosidad que el desempeño de su trabajo le suponga, siendo preciso igualmente el examen individualizado, ya que cuando se trata de determinar la existencia de un grado de incapacidad permanente no cabe generalizar la decisión y debe atenderse siempre a las particularidades del caso que ha de resolverse, respecto del que la cita de otros no pasa de ser meramente orientativa (STS de 19-1-89) y que su graduación requiere siempre la decisión sobre supuestos específicos e individualizados, a la que no puede llegarse si no es mediante la ponderación singularizada de padecimientos y las limitaciones que éstos generen en cuanto impedimentos reales con proyección sobre la capacidad de trabajo (STS de 30-1-89).

Pues bien, en nuestro caso, partiendo de los hechos probados de la sentencia ya transcritos en los antecedentes de esta resolución y de los que hemos aceptado en revisión, destacamos que: a) La actora presenta hernia discal L4-L5 intervenida en julio 2014 y mayo 2015, una cervicalgia y un trastorno adaptativo, estando limitada para actividades de sobrecarga biomecánica habitual del raquis lumbar y debiendo evitar trabajos en cadena que requieran un ritmo de trabajo, posición de bipedestación mantenida y manejos de cargas y b) Su profesión de operaria de fábrica de chocolate implica la manipulación repetitiva de bolsas de cacao de hasta 15 kg, así como recoger bolsas de cacao en polvo (200 gr, 500 gr y 1000 gr) en la línea de envasado y colocarlos en cajas, paletizando las cajas manualmente a una altura de 1,5 m, siendo el peso de las cajas de los diferentes productos el siguiente: de 200 gr---2, 4 Kg; de 599 gr---6 Kg y de 1000 gr---8Kgr; asimismo debe realizar la reposición de material (bobina de papel de 30 Kg) en las máquinas de envasado, así como el llenado de las Tolvas (dispositivo similar a un embudo de gran talla destinado al depósito y canalización de materias granulares o pulverizadas) de las líneas de bombones (16 kg), fideos (25 Kg) y gotas (14 Kg). El trabajo principal lo realiza en la sección de solubles. En periodos de poca producción realiza tareas en la sección de bombones (desmoldeo, decoración y recogida de bombones) y de manualidades (ensasar, colocar etiquetas, llenado de la tolva -que se realiza entre dos personas-).

Al poner en relación las limitaciones con la profesión, se concluye que aquellas tienen la entidad suficiente para impedirle la realización de las fundamentales tareas de su profesión porque el trabajo principal lo realiza en la sección de solubles con sobrecarga biomecánica habitual del raquis lumbar y trabajos en cadena que requieren un ritmo de trabajo, posición de bipedestación mantenida y manejo de cargas, todo lo cual tiene impedido o contraindicado.

Por tanto, el supuesto es subsumible en la Incapacidad Permanente Total para la profesión habitual y, en consecuencia, procede, con revocación de la sentencia recurrida, la estimación del recurso de la actora y la desestimación del recurso del INSS. En cuanto a la pensión por la total se tendrán en cuenta los datos de base reguladora y fecha de efectos recogidos en el hecho probado cuarto y el porcentaje será el del 55% atendida la edad de la demandante, nacida el 28-6-69, según el hecho probado primero.

CUARTO.- 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 de la demandante y, en cuanto al del INSS que se desestima, al gozar la Entidad Gestora del beneficio de justicia gratuita según artículo 2 de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita.

FALLAMOS

Estimando el recurso de suplicación formulado por la demandante D^a D.T.M. y

desestimando el del INSITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL contra la Sentencia de fecha 27 de diciembre de 2016, dictada por el Juzgado de lo Social núm. 5 de Alicante, en autos 265/16 sobre INCAPACIDAD PERMANENTE, revocamos la referida Sentencia y, estimando la demanda, declaramos que la demandante se encuentra en situación de Incapacidad Permanente Total para su profesión habitual por enfermedad común y con derecho a la correspondiente pensión en porcentaje del 55% de una base reguladora de 1.230'62 euros con más las revalorizaciones e incrementos que en su caso procedan y con efectos económicos desde 16-2-15 y condenamos al INSS a estar y pasar por la anterior declaración y a que le abone la pensión. Sin costas.

2393

Sentencia núm. 1.881, de 5 de junio de 2018

Materia: Reconocimiento de derecho y cantidad. Trabajador al servicio de entidad bancaria que presta sus servicios con categoría profesional de administrativo nivel 9. El actor termina su relación laboral mediante despido colectivo. Pólizas de seguro colectivo. Indemnización por fallecimiento antes y después de la jubilación. Subrogación empresarial. Con la nueva entidad bancaria quedan sin efecto los contratos de aseguramiento de coberturas de riesgo para los trabajadores en activo. Cuantía de la prestación del seguro. Competencia de jurisdicción.

Juzgado: Desestima la demanda, absolviendo a las demandadas de todas las pretensiones deducidas en su contra. No procede indemnización por despido.

Sala: Declara improcedente el recurso por razón de la cuantía, así como la incompetencia funcional de esta sala para conocer sobre el fondo del asunto. Declara la nulidad de todo lo actuado desde que se admitió a trámite el recurso de suplicación y la firmeza de la sentencia de instancia.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- Antes de entrar, en su caso, en el examen del recurso que se articula en un único motivo al amparo del apartado c del art. 193 de la Ley de la Jurisdicción Social (LJS) y en el que se imputa a la sentencia de instancia la infracción de lo dispuesto en los artículos 29 y 32 del Real Decreto 1588/1999, de 15 de octubre, en relación con el derecho a la igualdad ante la ley, se ha de examinar si la resolución recurrida tiene acceso a la suplicación, cuestión que se ha de examinar incluso de oficio al afectar al orden público y estar sustraída a la disponibilidad de las partes, no siendo vinculante tampoco lo acordado al respecto por la sentencia de instancia. Y la respuesta ha de ser negativa a la luz de la vigente legislación. La pretensión ejercitada por el demandante en el presente proceso tras haber desistido en el acto del juicio de todos los conceptos reclamados en la demanda a excepción de la parte proporcional de la prestación con cargo al Seguro Colectivo para la instrumentación de compromisos por pensiones de prestación definida nº 2/3000, se constriñe al importe de 2.253,80 € así se refleja en el antecedente de hecho segundo de la resolución recurrida, es decir se ejercita una acción de condena al abono de una cuantía que no excede del importe de 3.000€ que es el límite por encima del cual se abre la vía al recurso de suplicación. Tampoco consta que la cuestión debatida afecte a un gran número de trabajadores y aún sin desconocer el criterio más flexible y matizado sobre la idea de notoriedad y generalidad de la cuestión debatida para la afectación múltiple que abre la vía al recurso de suplicación que contiene la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 3/10/2003, al determinar que resulta innecesaria la práctica de prueba y alegación cuando exista una evidencia compartida por las partes o intervinientes en el proceso sobre el contenido de generalidad de la cuestión debatida o sobre hechos notorios y en cuyos casos no se exige alegación y prueba por las partes. En el concreto aspecto reclamado por el actor y objeto de enjuiciamiento al que antes se ha hecho mención, se ha de resolver teniendo en cuenta las circunstancias que concurren en el caso del demandante y que, por lo tanto, solo atañe al mismo. La falta de afectación general de la cuestión debatida determina que, frente a la reclamación de cantidad, objeto de la litis, y posterior sentencia, no proceda recurso alguno, al ser en tal caso aplicable la regla general prevista en el artículo 191.2.g de la LJS que limita

el acceso al recurso de suplicación cuando el umbral de la cuantía excede la suma de 3.000 €.

Las consideraciones jurídicas expuestas obligan a concluir que el recurso de suplicación en su día interpuesto no debió ser admitido. En consecuencia, siendo la materia relativa a la competencia funcional de derecho necesario por afectar al orden público del proceso, procede declarar la firmeza de la sentencia recurrida, y la nulidad de todas las actuaciones practicadas, desde la publicación de la resolución judicial (Sentencia Tribunal Supremo 7/2/00 y 20/3/00).

FALLO

Declaramos improcedente por razón de la cuantía litigiosa, el recurso de suplicación interpuesto por D. J.L.A.M. contra la sentencia de fecha 12 de julio de 2017 dictada por el Juzgado de lo Social número Trece de los de Valencia en virtud de demanda formulada por el recurrente contra C. S.A. y A.V.S.R. S.A. y, por consiguiente, la incompetencia funcional de esta Sala para conocer del referido recurso y asimismo declaramos la nulidad de lo actuado desde que se admitió a trámite el recurso de suplicación, y la firmeza de la sentencia de instancia.

2394

Sentencia núm. 1.899, de 6 de junio de 2018

Materia: Declaración de minusvalía. Revisión grado discapacidad. Patología de evolución crónica. La demandante solicita se le reconozca un grado de discapacidad igual al que se le asignó en una primera resolución. Tras la revisión de grado se le reconoce un grado inferior, si bien la actora padece el mismo cuadro clínico.

Juzgado: Desestima la demanda, declarando que la demandante sufre un grado de discapacidad del 34%, absolviendo a la demandada de las pretensiones deducidas en su contra.

Sala: Estima parcialmente el recurso, incrementando el grado de discapacidad pero sin llegar al porcentaje reconocido en la primera valoración.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se interpone recurso de suplicación por la representación letrada de la demandante, frente a la sentencia que desestimó su demanda instada en materia de grado de discapacidad.

1. El primer motivo del recurso se formula al amparo de la letra b) del art. 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, interesando que se adicione al hecho probado cuarto el siguiente texto, “Proceso en fase aguda por tendinopatía. Síndrome Miofascial, la actora debe evitar esfuerzos intensos y prolongados, así como evitar marcha y bipedestación prolongadas”, en base a los folios 6 a 10-Dictamen del EVO, folios 34 a 69-informes médicos.

En el Dictamen del EVO consta, “Proceso en fase aguda no valorable por Tendinopatía de etiología no filiada”, por lo que únicamente en estos términos se admite la adición. En cuanto al Síndrome miofascial, ya consta dicha dolencia en el hecho probado quinto, lo que hace innecesaria su adición, apoyándose el recurrente en informe de consulta en agosto-16 (folio 66), por dolor músculoesquelético generalizado, y siendo que los informes citados han sido ya valorados por la magistrada de instancia, y que es ella quien, a la vista de los diferentes informes y pruebas que hayan podido practicarse, debe expresar su convicción declarando los hechos que estime probados (ex art. 97.2 LRJS), de manera que tal declaración únicamente podrá modificarse en el presente recurso extraordinario, cuando el error en la redacción de los hechos sea patente y manifiesto a la vista de una determinada prueba pericial o documental, pero no cuando exista una mera discrepancia en la valoración de los diferentes informes médicos que hayan podido aportarse, el motivo debe desestimarse, pues lo jurídicamente relevante no es la opinión profesional de uno u otro médico, sino la convicción alcanzada por la magistrada tras el proceso de valoración de los diferentes medios de prueba previstos en el ordenamiento jurídico.

SEGUNDO.- 1. En el motivo segundo, redactado al amparo de la letra c) del art. 193 de la LRJS, se denuncia la infracción por la sentencia de lo dispuesto en el art. 5 del RD 1971/1999 de 23-diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía, y Anexo I apartado A). Sostiene la recurrente que padece el mismo cuadro clínico y limitaciones que sirvió en 2015 para determinar el grado de limitaciones del 59%, ahora incluso padece tendinopatía y síndrome miofascia, por lo que debe mantenerse el grado de discapacidad del 67%, que la enfermedad se encuadra en Clase IV de Discapacidad grave y debe valorarse entre 50 y 70%, que padece polineuropatía axonal incluida en el informe forense, y debe

adicionarse un 5% por el síndrome miofascial, con 6 puntos por factores sociales complementarios.

2. Según consta en los hechos probados de la sentencia:

a) Por Resolución de marzo-2015 (hp 1ª), a la actora le fue reconocido un grado de discapacidad del 67% (7 puntos por factores sociales, y 59% por limitaciones: 1) pérdida agudeza visual binocular moderada por desprendimiento y defectos de retina, 2) enfermedad del sistema endocrino-metabólico por diabetes mellitas tipo II complicada, 3) enfermedad del aparato genito-urinario por trastorno del riñón). Constando al folio 21 que la Administración asignó, en 2015: a la pérdida de agudeza visual (AV 0,15 0,4) un 43%, al trastorno del riñón un 20% y a diabetes mellitus un 10%.

b) Tras ser revisada, se dicta Resolución en enero-2016 (hp 2ª), en la que se reconoce un grado de discapacidad del 34% (6 puntos por factores sociales, y 28% por grado de limitaciones: 1) disminución de eficiencia visual por desprendimiento y defectos de retina, 2) enfermedad del sistema endocrino-metabólico por diabetes mellitas tipo II complicada, 3) Enfermedad del aparato genito-urinario por trastorno del riñón, 4) proceso en fase aguda no valorable por tendinopatía). Consta al folio 78 que la Administración asigna, en 2016: a DM II complicada-clase II un 10%, a IRC-clase II un 10% y a la deficiencia visual intervenida (AV 0,2 0,8) un 11%.

c) La actora actualmente padece (hp 4ª): diabetes mellitus tipo 2 de años de evolución, con criterios de curación. Complicaciones crónicas retinopatía diabética de fondo no proliferante, polineuropatía diabética crónica estable. Lipodistrofia abdominal intervenida. Hipercolesterolemia controlada. Insuficiencia renal crónica. Síndrome miofascial, patología de evolución crónica. Necesidad de control y tratamiento médico por oftalmología, endocrinología, nefrología". En el informe del médico forense (folio 23) consta: Capítulo 9-sistema endocrino-diabetes mellitus clase II-retinopatía diabética: 22%. Capítulo 8-aparato genitourinario- enfermedad del riñón-clase I: 5%. Síndrome miofascial-capítulo I-grado 2-discapacidad leve: 5%.

3. De lo expuesto se concluye que, tal como se indica en la fundamentación jurídica de la sentencia, la agudeza visual de la actora ha mejorado tras la operación, y siendo que el 22% asignado por el médico forense a la diabetes con retinopatía diabética, es superior al valor combinado asignado por la demandada de 11% por disminución eficiencia visual y 10% por la diabetes mellitus, procede combinar dicho valor del 22%, con el 20% asignado por la demandada a la dolencia del riñón en 2015, pues respecto tal dolencia no consta mejoría, así como el 5% asignado por el forense al síndrome miofascial, lo que resulta un valor total combinado de 41%, que sumados a los 6 puntos por factores sociales, supone un 47% de grado de discapacidad, lo que lleva a estimar en parte el recurso.

FALLO

Estimando en parte el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de Z.M.V.V., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº.3 de los de Alicante, de fecha 10-noviembre-2016; revocamos la sentencia en el sentido de estimar en parte la demanda y declarar que la actora presenta un 47% de grado de discapacidad, condenado a la demandada Conselleria de Bienestar Social a estar y pasar por esta declaración.

2395

Sentencia núm. 1.909, de 12 de junio de 2018

Materia: Impugnación de actos administrativos. Sanción impuesta por infracción en el orden social. Prescripción sanción. Trabajadores realizando tareas de albañilería que no están dados de alta en la empresa y que están cobrando prestación por desempleo. Plazo de prescripción sanciones muy graves.

Juzgado: Estimando la excepción de prescripción formulada por la parte demandante, estima la demanda revocando la resolución administrativa

Sala: Estima el recurso, revocando la sentencia de instancia, y revocando la sanción impuesta a la empresa demandante en relación con un determinado trabajador, confirmando la sanción impuesta por infracción muy grave respecto a un segundo trabajador.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- Frente a la sentencia del Juzgado de lo Social nº Uno de los de Castellón y Auto de aclaración de la misma, que estima la excepción de prescripción de la infracción por falta grave impuesta a la empresa demandante, C. S.L., interpone recurso de suplicación el Abogado del Estado en nombre de la Inspección Provincial de Trabajo y Seguridad Social, a través de un único motivo que denomina alegación que contiene dos motivos y que no han sido impugnados de contrario, conforme se refirió en los antecedentes de hecho.

En el primer motivo que se fundamenta en el apartado c del art. 193 de la Ley de la Jurisdicción Social (LJS) tiene por objeto la revisión del derecho aplicado en la sentencia recurrida a la que se imputa la aplicación errónea del apartado 1 del art. 30 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, al considerar el plazo de prescripción de las sanciones muy graves de tres años, pese a que dicho apartado puntualiza que “Las infracciones y sanciones prescribirán según lo dispuesto en las leyes que las establezcan” y en el presente supuesto al tratarse de una sanción impuesta por infracción en el orden social, su prescripción se realizará de acuerdo con lo dispuesto en el R.D. 928/1998, de 14 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento General sobre procedimiento para la imposición de sanciones por infracciones del Orden Social y para los expedientes liquidatorios de cuotas de la Seguridad Social que en su artículo 7.3 establece para las faltas muy graves un plazo de prescripción de cinco años a contar desde el día siguiente a aquel en que adquiera firmeza la resolución por la que se impone la sanción. Además, la Ley 40/2015 aplicada por la juzgadora introduce en el mismo art. 30 apartado 3, en el último párrafo que “En el caso de desestimación presunta del recurso de alzada interpuesto contra la resolución por la que se impone la sanción, el plazo de prescripción de la sanción comenzará a contarse desde el día siguiente a aquel en que finalice el plazo legalmente previsto para la resolución de dicho recurso.” Por tanto, según dicha norma el plazo de prescripción de la sanción se originaría desde que debió de entenderse desestimado el recurso de alzada, es decir, tres meses después de interpuesto, por tanto, habiéndose interpuesto el recurso de alzada el día 20 de marzo de 2013 y habiéndose resuelto expresamente el 30 de junio de 2016, el lapso temporal transcurrido, tal y como reconoce la sentencia de instancia, es de tres años y tres meses, por lo que no ha excedido el plazo de cinco años establecido para las sanciones en el orden social.

En el segundo motivo que también se fundamenta en el apartado c del art. 193 de la LJS se denuncia la vulneración del art. 7.3 del Real Decreto 928/1998, al entender la juzgadora de instancia que el mismo no es aplicable, sin argumentar el motivo de su inaplicación cuando se trata de una sanción impuesta por una infracción en el orden social que deviene de un acta de infracción.

Finalmente concluye que al no haber transcurrido el plazo de cinco años que marca la ley para los procedimientos sancionadores por infracciones en el orden social no procede estimar la excepción de prescripción de la sanción impuesta y como en la propia sentencia recurrida se constata la comisión de la infracción que se imputa a la empresa demandante en relación con el trabajador D. J.R., la sanción impuesta por dicha infracción muy grave ha de ser confirmada.

Como es de ver ambos motivos combaten la excepción de prescripción de la infracción muy grave impuesta a la empresa demandante por lo que los mismos se resolverán conjuntamente, dada su íntima conexión.

Para resolver el recurso se ha de tener en cuenta en primer lugar que no se combate el pronunciamiento que efectúa la sentencia recurrida respecto a la sanción impuesta a la empresa C. S.L. respecto a D. J.G. y que revoca en aplicación de la cosa juzgada producida por la sentencia del Juzgado de lo Social nº Cuatro de Castellón de la Plana que revocó la sanción de extinción de la prestación de desempleo impuesta a dicho trabajador.

El recurso, pues, se ciñe a combatir la prescripción de la infracción que la sentencia recurrida aprecia respecto a la empresa demandante en relación con el trabajador J.R.. Antes de entrar a resolver la meritada excepción se ha de decir que la sentencia de instancia resuelve el fondo del asunto respecto al indicado trabajador y considera que la sanción impuesta a la empresa demandante, C. S.L. respecto al susodicho trabajador por falta muy grave ha de ser confirmada al no haber quedado desvirtuado el hecho de que en el momento de la actuación inspectora J.R. se encontraba chapando el interior de la piscina junto a un trabajador de alta en la empresa demandante, M.F., habiéndose tramitado acta de infracción a fin de extinguir la prestación de desempleo que venía percibiendo J.R., ya que entiende que la empresa es responsable de todos los trabajos que en su propio centro se realizan y debe velar para que se cumplan las normas laborales y de Seguridad Social, no permitiendo que ningún trabajador preste servicios sin previa firma de contrato de trabajo y alta en la TGSS, lo que le lleva a considerar que la infracción se encuentra correctamente calificada como infracción muy grave, tal y como apreció la Inspección de Trabajo, y no como falta grave como aduce la empresa, por carecer de relevancia que la misma desconociera que el referido trabajador estaba percibiendo prestaciones por desempleo.

Dicho lo anterior, la sentencia de instancia estima la prescripción de la infracción muy grave apreciada por la Inspección de Trabajo al haber transcurrido en exceso el plazo de tres años desde la resolución confirmatoria de la sanción y la resolución del recurso de alzada, plazo que entiende aplicable en virtud de lo establecido en el apartado 1 del art. 30 de la Ley 40/2015, sin que sea aplicable el art. 7.3 del Real Decreto 928/1998, según el cual “las sanciones impuestas prescribirán a los cinco años, a contar desde el día siguiente a aquel en que adquiera firmeza la resolución por la que se impone la sanción”, puesto que el plazo de prescripción que establece dicho precepto es de aplicación desde el día siguiente a la firmeza de la resolución de imposición de la sanción, que en este caso sería la de la resolución que desestimó el recurso de alzada.

Como señala el Abogado del Estado tras la reforma introducida por la Ley 40/2015 en el art. 30 apartado 3, último párrafo, una vez transcurre el plazo sin que se haya resuelto el recurso de alzada contra la resolución que declara la infracción muy grave, comienza a contar el plazo de prescripción de la sanción. A su vez el art. 122 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, establece respecto a la resolución del recurso de alzada que “El plazo máximo para dictar y notificar la resolución será de tres meses. Transcurrido este plazo sin que recaiga resolución, se podrá entender desestimado el recurso, salvo en el supuesto previsto en el artículo 24.1, tercer párrafo.” En el presente caso la empresa demandante interpuso recurso de alzada en fecha 20-3-2013, por lo que en fecha 20-6-2013 el mismo se ha de entender desestimado por silencio administrativo y desde el día siguiente a dicha desestimación presunta del recurso de alzada empieza a contarse el plazo de prescripción de la sanción, de acuerdo con lo previsto en el art. 30, apartado 3 de la Ley 40/2015, plazo de prescripción que es el establecido en el art. 7.3 del Real Decreto 928/1998, y que para las sanciones por infracciones muy graves se fija en cinco años y que no ha transcurrido desde la fecha de 20-6-2013 y la fecha en que se dicta la Resolución de 30-6-2016 desestimatoria del recurso de alzada, siendo inocuo que desde la fecha de presentación del recurso de alzada y la fecha de la resolución desestimatoria del mismo haya transcurrido más de tres años, por cuanto que el plazo de prescripción de la sanción empieza a computarse desde el día siguiente a aquel en que finalice el plazo legalmente previsto para la resolución del recurso de alzada (art. 30.3 párrafo último, Ley 40/2015).

Al no concurrir la prescripción de la infracción ni de la sanción impuesta a la empresa demandante en relación con el trabajador D. J.R., las mismas se han de confirmar al no haber sido combatidas eficazmente por la empresa demandante y haberse apreciado su procedencia por la sentencia recurrida, lo que determina la estimación del recurso y la revocación parcial de la sentencia de instancia, en el sentido de estimar parcialmente la demanda y revocar la sanción por falta muy grave impuesta a la empresa C. S.L. en relación con el trabajador D. J.G.F., confirmando la sanción por infracción muy grave impuesta a dicha empresa en relación con el trabajador D. J.R..

FALLO

Estimamos el Recurso de Suplicación interpuesto en nombre del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº. Uno de los de Castellón de la Plana y su provincia, de fecha 11 de julio de 2017 aclarada por Auto de 14 de julio de 2017, en virtud de demanda presentada a instancia de la empresa C. S.L. contra la parte recurrente y revocamos la indicada sentencia, estimando parcialmente la demanda y revocando tan solo la sanción impuesta a la empresa demandante en relación con el trabajador D. J.G.F., confirmando la sanción por infracción muy grave impuesta a C: S.L. en relación con el trabajador J.R.

2396

Sentencia núm. 1.918, de 12 de junio de 2018

Materia: Sanción: Impugnación. Trabajador con contrato de trabajo indefinido a jornada completa que ejerce sus funciones de peón en empresa dedicada al tratamiento y recogida de neumáticos. Al actor le es de aplicación el convenio colectivo de recuperación y reciclado de residuos y materias primas secundarias. El trabajador sancionado lee correo confidencial dirigido a otra persona y hace comentarios sobre el mismo divulgando la información. Sanción disciplinaria. Revocación de la sanción: Incumplimiento empresarial del derecho de audiencia al interesado antes de interponer la sanción. Procedencia nulidad sanción.

Juzgado: Desestima la demanda, confirmando la sanción de 30 días de suspensión de empleo y sueldo impuesto por comisión de una falta laboral muy grave.

Sala: Estima el recurso y revoca la sentencia de instancia, estimándose la demanda en la que se solicita la nulidad de la sanción impuesta al trabajador.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- D. M.A.Q.P interpone su día demanda contra la empresa E.P. SLU en ejercicio de acción de Impugnación de Sanción, solicitando que se declare la nulidad de la sanción o subsidiariamente su revocación con abono y reintegro de los haberes descontados con motivo de su cumplimiento efectivo.

La sentencia de instancia desestima la demanda y confirma la sanción impuesta, y frente a dicho pronunciamiento se alza la parte actora interponiendo recurso de suplicación y solicitando previa estimación del mismo, el dictado de un nueva sentencia por la que, revocando la recurrida se estime la demanda en su integridad. La parte demandada impugnó el recurso.

SEGUNDO.- Para ello la parte actora formula un primer motivo de recurso al amparo del apartado c) del artículo 193 LRJS denunciando la infracción por interpretación errónea del artículo 39-5 del Convenio colectivo de recuperación y reciclado de residuos y materias primas secundarias publicado en el BOE de 25-10-2013, así como de la Sentencia 94/2008 dictada por el TSJ de Madrid (rec 4968/2007) y en consecuencia se indica por falta de aplicación del artículo 115-1 d) LRJS. Lo que argumenta al efecto la parte actora es que lo que exige el Convenio colectivo en el artículo citado es que se conceda al trabajador el derecho a ser oído previamente a la imposición de la sanción en las faltas muy graves, como sucede con la impuesta en el este caso al trabajador y sin embargo la empresa entrega directamente al trabajador la comunicación de la sanción notificándole los hechos que se le imputaban y la sanción que se le imponía, así como las fechas de cumplimiento de la sanción y tras dicha notificación le pide explicaciones de tales hechos ya sancionados por la empresa. De este modo, entiende que no se ha cumplido por la empresa con la previsión convencional en relación a la imposición de las sanciones por faltas muy graves y que la referida sanción debe declararse nula y sin efecto.

Las características propias del derecho sancionador del empresario vienen delimitadas por la doctrina y jurisprudencia de los Tribunales considerando que tal poder disciplinario forma parte de las prerrogativas del empleador para defender la disciplina de la empresa (sentencia del Tribunal Supremo de 22 de septiembre de 1988 (RJ 1988, 7096)). Pero al carecer la norma básica de una clara tipificación de actos

y conductas sancionables, a modo y manera de infracciones o faltas, es habitual la remisión a la relación específica que los convenios colectivos o la negociación practican de manera más o menos minuciosa en la clasificación común de leves, graves y muy graves que viene determinada por la actividad del sector y los comportamientos del trabajador. Por ello, la tipificación de tales conductas como incumplimientos traerán su consecuencia o correlación en la correspondiente sanción cuya imposición exige la previa y expresa contemplación en la normativa al uso de cada caso bajo el prisma de la valoración del incumplimiento en la graduación correspondiente (sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, 7 de julio de 1994 (AS 1994, 3145), y sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Comunidad Valenciana de 16 de marzo de 1999 (AS 1999, 1515)). Con todo el poder disciplinario no es ilimitado y debe respetar los principios generales pues su naturaleza punitiva y la consideración del carácter de penas privadas debe basarse en los principios de tipicidad en la falta y legalidad en la sanción, sin que sea posible imponer sanciones distintas a las habidas en disposiciones legales o convenios colectivos (sentencia del Tribunal Supremo de 8 de octubre de 1988 (RJ 1988, 8107)) debiéndose acreditar no solo la realización de la conducta de acción u omisión sino que tal conducta se encuentra tipificada previamente y es merecedora de la sanción impuesta, donde el criterio de tipicidad de la infracción cometida no debe ser amplio sino estricto dentro del marco de su calificación sin distorsionar con advertencias genéricas y además como se desprende del artículo 58 ET citado así como del artículo 115-1 d) LRJS, debe imponerse observando los requisitos formales establecidos legal, convencional o contractualmente. Partiendo de tales precisiones, el convenio colectivo de aplicación a la relación laboral del actor, el Estatal de recuperación y reciclado de residuos y materias primas secundarias, señala en su artículo 39-5 referido al procedimiento sancionador, que “ De las sanciones que la empresa pueda imponer se dará traslado por escrito al interesado siendo necesario indicar que en la misma se debe hacer constar la fecha y los hechos que la motivan, teniendo éste a su vez derecho a ser oído previamente a la imposición de la sanción en las faltas muy graves. Partiendo de dicha previsión convencional la parte recurrente considera que no se ha dado cumplimiento por la empresa a tal previsión convencional consistente en conceder el derecho al trabajador a ser oído previamente a la imposición de la sanción y la Sentencia recurrida considera sin embargo cumplido tal requisito pues afirma que al actor se le entregó la comunicación escrita informándole de la imposición de la sanción, en una reunión mantenida el día 8 de Junio del 2016, siendo llamado el actor al despacho de la responsable de recurso humanos para pedirle explicaciones llevándose el trabajador el escrito de comunicación escrita y firmando al día siguiente su recepción con expresión de no conforme sin efectuar más alegación que la negación de los hechos efectuada en la reunión de 8 de Junio. En el referido documento de fecha 8 de Junio del 2016 al que se remite el hecho probado segundo de la Sentencia, que se titula “Amonestación y sanción por falta muy grave”, la empresa tras enunciar los hechos comunicados por el Encargado y que su entender son constitutivos de falta muy grave, finaliza señalando que la empresa decide aplicarle la sanción de suspensión de empleo y sueldo de 30 días a partir de mañana día 9 de Junio hasta el próximo 8 de Julio teniéndose que incorporar a su puesto de trabajo el día 9 de Julio. A la vista del tenor literal de la carta de fecha 8 de Junio se advierte como la misma es una carta que impone directamente una sanción por falta muy grave al trabajador, y aun cuando la Magistrada de Instancia a la vista de la testifical practicada considera acreditado que la responsable de recursos humanos le pidió explicaciones por estos hechos y que el actor no firma la recepción hasta el día 9 de Junio, ello no desvirtúa la naturaleza de carta de sanción que tenía el escrito de fecha 8 de Junio, no pudiendo compartir por ello esta Sala la asimilación que realiza la Sentencia recurrida entre pedir explicaciones una vez ya sancionado el trabajador y ser oído “previamente” a la imposición de la sanción por falta muy grave, pues en este caso las explicaciones se piden por la empresa una vez que ya ha tomado la misma la decisión de sancionar al trabajador de manera que no se cumple la finalidad de tal audiencia previa exigida por el convenio colectivo de poder neutralizar en su

caso la sanción a la vista de las alegaciones del actor. En cuanto a la firma de la recepción de la carta al día siguiente tampoco puede servir para considerar cumplido tal requisito convencional pues como hemos señalado la sanción ya se le había impuesto aun cuando se remita el inicio de su cumplimiento al día siguiente, de manera que carecía ya de finalidad cualquier alegación que pudiera ya realizar el trabajador que únicamente podía ya cumplir con la sanción impuesta e impugnarla por la vía correspondiente como así lo ha hecho. Si bien como afirma la Sentencia recurrida en este caso no exige el Convenio colectivo la apertura de expediente contradictorio antes de la imposición de la sanción y tampoco se prevé la necesidad de conceder un plazo concreto al trabajador para alegaciones, sí contempla el mismo el derecho del trabajador a ser oído "previamente" a la imposición de la sanción y como en este caso tal decisión ya había sido tomada por la empresa cuando le pide explicaciones, no podemos considerar cumplido tal trámite. Precisamente como alega la parte recurrente, siguiendo la STSJ de Madrid 94/2008, se llega a esa misma conclusión pues como afirma dicha Sentencia: *"En torno a esta regulación los puntos a considerar son dos, referidos, respectivamente, a la formalidad implícita al trámite de audiencia, por oposición a la instrucción de expediente disciplinario, y a la finalidad de aquella medida. En cuanto al primero, el hecho de que el convenio hable de modo expreso de "audiencia" al interesado es significativo en sí mismo de que no se requiere la instrucción del procedimiento o expediente sumario del que habla el recurso. Audiencia y expediente constituyen modalidades distintas de intervención del trabajador en el procedimiento de toma de decisión de una sanción. Pero en lo que sí coinciden uno y otro es en su finalidad, que no es otra sino el establecimiento de una ocasión en la que el trabajador, previamente a la decisión de la sanción que se le pretende imponer, pueda hacer oír su voz y dar razones con las que reconsiderar la procedencia de esa medida punitiva. La doctrina constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la razón de ser de las medidas de garantía establecidas en fase previa a la imposición de una sanción, y a este respecto la sentencia 1/6/07 recoge: "... este Tribunal ha reiterado que el derecho a ser informado de la acusación implica la necesidad de dar a conocer al sometido a procedimiento la imputación formulada de forma expresa y en términos que no sean absolutamente vagos o indeterminados, con el fin de posibilitar el ejercicio del derecho de defensa, pues mal puede defenderse de algo quien no sabe qué hechos en concreto se le imputan (por todas, STC 299/2006, de 23 de octubre, FJ 2). Igualmente, se ha destacado que este derecho, en su proyección en el ámbito administrativo sancionador, no implica que en la fase de inicio del procedimiento disciplinario exista obligación de precisar de forma absoluta los hechos y la calificación jurídica correspondiente, sino que la imputación puede ir precisándose de forma gradual al desarrollo del procedimiento siempre que se dé "ocasión de defenderse de la acusación de forma plena desde el momento en que la conoce de forma plena" (por todas, STC 129/2006, de 24 de abril, FJ 7)". De manera que, si bien no es exigible un especial formalismo al trámite de información del reproche por el que la empresa se propone sancionar al trabajador -y desde esta perspectiva la posibilidad de un trámite de audiencia verbal es adecuadamente admisible-, sí es de rigor el ser informado con precisión de los reproches o ilícitos en función de los cuales se pretende sancionar, y esto no se ha respetado en el caso presente".* De hecho, en aquel supuesto la Sala de Madrid no considera cumplido el trámite de audiencia con la manifestación de la empresa al trabajador de que el hecho de haberse marchado de viaje en noviembre sin contar con autorización de la empresa era motivo de despido, considerando que tal manifestación no equivale a poner en conocimiento del trabajador la ocasión de hacer alegaciones a efectos de enervar la eventual decisión que la empresa pudiera estar valorando en orden a sancionarle por esa conducta, concluyendo dicha Sentencia en considerar que no puede entenderse cumplido el trámite de audiencia previa, tras citar la doctrina marcada en casación unificadora en la sentencia de 12/7/06), la cual reitera anteriores pronunciamientos, diciendo: *"...así lo hemos afirmado ya en sentencia de 16/10/01 (RJ 2002\3073) [-rec. 3024/00-], que cita precedentes de 31/01/01 (RJ 2001\2136) [-rec. 148/00-] y 06/03/01 (RJ 2001\3169) [-rec. 2227/00-]. Conforme a la*

doctrina expuesta en la citada resolución de 16/10/01, que ha sido reiterada por la STS 07/06/05 (RJ 2005\6017) [-rec. 5200/03 -], del tenor literal de los arts. 10.3.3 LOLS (RCL 1985\1980) y 55.1.IV ET (RCL 1995\997) «se desprende con claridad que la función institucional del trámite preceptivo de audiencia [...] no es la notificación de un acuerdo empresarial meramente pendiente de ejecución, sino la comunicación de un proyecto de sanción o despido en cuya decisión en firme puede influir la información proporcionada por el delegado sindical al empresario sobre determinados aspectos o particularidades de la conducta y de la situación del trabajador afectado»; que «la razón de ser de este trámite de audiencia previa es "la conveniencia apreciada por el legislador de que los trabajadores sindicados tengan una protección reforzada frente al poder disciplinario del empresario, a cuyo riesgo de abuso pueden ser más vulnerables", por medio de una "defensa sindical preventiva del trabajador afiliado"» [STS 23/05/95 (RJ 1995\5897) -rec. 2313/94 -]; y que es de apreciar un paralelismo entre esta garantía del trabajador afiliado y la garantía legal del expediente contradictorio de los representantes de los trabajadores [art. 68.a ET], pues en ambos supuestos «se trata de una protección reforzada de determinados trabajadores por razones sindicales», «de garantías legales que no tienen en principio un límite de vencimiento temporal preestablecido» y que «se articulan para una defensa preventiva de los intereses del trabajador que puede dar lugar a un cambio de la decisión proyectada por el empresario», debiendo invertirse en el mismo un plazo «razonable», pues se trata de un «trámite destinado a influir de manera preventiva en la decisión disciplinaria proyectada, y sin cuyo cumplimiento el despido disciplinario es declarado improcedente, de acuerdo con el art. 55.4 del ET»" y estimando dicha doctrina plenamente de aplicación al supuesto analizado de la audiencia al interesado antes de la imposición de una sanción por falta muy grave .

Consideramos por ello que la empresa no cumplió con tal requisito exigido convencionalmente para poder imponer una sanción por falta muy grave y ello conlleva conforme al artículo 115-1 d) LRJS la nulidad de la sanción impuesta con las consecuencias derivadas de tal declaración y así la devolución al trabajador de las cantidades descontadas por la empresa por el cumplimiento de la sanción impuesta y sin necesidad ya de entrar a conocer de los demás motivos de recurso referidos a la procedencia o no de imponer al trabajador una sanción. Acordamos por ello estimar el recurso de suplicación, revocar la Sentencia de instancia y estimar la demanda instada por el trabajador en los términos indicados.

Todo ello sin costas dada la estimación del recurso y la condición del recurrente de beneficiario del derecho de asistencia jurídica gratuita. Por ello;

VISTOS los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

FALLAMOS

Que estimando el recurso de suplicación interpuesto por D. M.A.Q.C. contra la Sentencia de fecha 19 de febrero de 2018 dictada por el Juzgado de lo social 14 de Valencia en autos 686/2016 seguidos a instancias del recurrente frente a la empresa E.P. SLU sobre SANCIÓN, debemos de revocar dicha Sentencia acordando estimar la demanda formulada y declarar la nulidad de la sanción impuesta con las consecuencias derivadas de tal declaración y así la devolución al trabajador de las cantidades descontadas por la empresa por el cumplimiento de la sanción impuesta. Sin costas.

2397

Sentencia núm. 1.937, de 12 de junio de 2018

Materia: Sanción. Trabajador operario de mantenimiento al que le es de aplicación el convenio colectivo estatal para la industria química. El actor recibe una carta de amonestación por impuntualidad en el acceso a su puesto de trabajo. El trabajador había sido amonestado verbalmente con anterioridad. Sanción por falta leve. El trabajador había presentado previamente una demanda a la empresa en concepto de reclamación de derechos de conciliación de vida laboral y familiar. El actor solicita se declare la revocación sanción y una reclamación por daños y perjuicios por vulneración de los derechos fundamentales.

Juzgado: Estima parcialmente la demanda revocando totalmente la sanción impuesta al trabajador, desestimando la reclamación por daños y perjuicios presentada por este en concepto de vulneración de los derechos fundamentales, absolviendo a la empresa de este pedimento.

Sala: Desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia. La sanción impuesta al trabajador, que fue revocada en la instancia, no es consecuencia de las represalias de la empresa por las acciones emprendidas por el recurrente, por lo que no cabe apreciar vulneración de derecho fundamental alguno. No procede la indemnización por daños y perjuicios.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Por la representación de la parte demandante se formula recurso frente la sentencia de instancia, recaída en proceso sobre sanción con vulneración de derechos fundamentales, y cuyo fallo estimó en parte la demanda, revocando la sanción pero desestimando la petición de indemnización daños y perjuicios al no constatarse lesión de derecho fundamental alguno.

En el escrito de impugnación del recurso se señala que se debería inadmitir este, al hilo de lo dispuesto en el artículo 191.2 “a” de la LRJS, por excluirse la suplicación en los procesos sobre sanción salvo que se trate de una sanción por falta muy grave confirmada judicialmente, y en el caso que nos ocupa la sanción impuesta era una simple amonestación por escrito que se dejó sin efecto en el fallo. Siendo cierto lo expuesto, como quiera que el proceso correspondiente se siguió por lesión de derechos fundamentales, en donde sí cabe en todo caso la suplicación, se entrará a conocer del mismo.

Así las cosas, en primer término, y con correcto amparo procesal, se pretende que se modifique el cuarto hecho probado, a fin de que se añada que en el proceso electoral abierto en la empresa demandada en donde el hoy recurrente había presentado su candidatura por la central CCOO, el que resultó elegido fue el candidato del sindicato UGT.

Y se admite la ampliación, fundada en documento hábil, al margen de que sea irrelevante para la suerte del recurso, por adecuarse a la realidad el hecho de que, frente lo que se indica en la sentencia, quien resultó elegido era un trabajador diferente al accionante.

SEGUNDO.- En el apartado destinado al examen del derecho aplicado, se objeta a la sentencia la infracción de lo dispuesto en los artículos 24.1 y 28.1 de la CE, en relación con el artículo 14 de dicho texto legal, así como la no aplicación del artículo 115.1 “d” de la LRJS y la doctrina del TC sobre la garantía de indemnidad.

Se argumenta en síntesis que la sanción impuesta encubría la vulneración del derecho de libertad sindical, por haber figurado el actor en una candidatura en las últimas elecciones sindicales, y anteriormente formular una demanda ante el Juzgado de lo Social sobre derechos de conciliación de la vida familiar y laboral (que concluyó con avenencia entre las partes), de modo que se vulneraba asimismo su garantía de indemnidad.

Pero el motivo debe decaer, pues no se constata la existencia de vulneración alguna de los derechos invocados que constituyen el soporte de la indemnización reclamada, puesto que no existe relación de causa a efecto entre dichas actuaciones emprendidas por el trabajador y la posterior sanción de carácter leve impuesta por la empresa, que si bien se revocó en la sentencia, lo fue porque la falta de puntualidad que se le imputó en la carta de sanción, dato objetivo que no se discute por las partes, se entendió por la juzgadora que esa infracción debería repetirse dos veces más a lo largo de treinta días para ser susceptible de sanción. En definitiva, aun considerando hipotéticamente que la sanción impuesta pudiera constituir un indicio de la existencia de la vulneración del derecho, existe una justificación objetiva y razonable de que aquella se impuso por unos hechos constatados, que excluyen cualquier atisbo de represalia frente las acciones emprendidas por el recurrente, comportando lo expuesto la desestimación del recurso y la confirmación de la sentencia.

FALLO

Que debemos desestimar y desestimamos el Recurso de Suplicación interpuesto en nombre de D. S.F.C., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 2 de Castellón en fecha 27 de febrero de 2018, en virtud de demanda formulada contra C.E.S. SL, y en su consecuencia, debemos confirmar y confirmamos la sentencia recurrida.

2398

Sentencia núm. 1.965, de 12 de junio de 2018

Materia: Prestación por desempleo indebidamente percibida. Impugnación. Relación laboral entre el actor y la empresa en la que presta sus servicios, tras haber estado de alta con anterioridad como trabajador autónomo en el RETA. Connivencia familiar entre el trabajador y la empresa para lucrar la prestación. Incremento base reguladora. Actuación en fraude de ley. Nulidad resolución del Ente gestor.

Juzgado: Desestima la demanda, absolviendo a la demandada de los pedimentos deducidos en su contra. Existe una presunción de connivencia familiar para lucrarse de la prestación.

Sala: Estima el recurso y revoca la sentencia de instancia. Declara nula la resolución dictada por el ente gestor no debiendo reintegrar el actor el importe de la prestación por desempleo percibida.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Frente a la sentencia dictada el 31 de marzo de 2017 por el Juzgado de lo Social número 5 de Alicante, por la que se desestimaba la demanda interpuesta por D. S.O.U.frente al Servicio Público de Empleo Estatal, recurre en suplicación el actor impugnando su recurso el Ente Gestor.

SEGUNDO.- Al amparo del apartado c) del art. 193 LRJS, se formula el único motivo de recurso, a través del cual se denuncia la infracción de los arts. 2, 23.1b), 40, 41, 203.1, 208, 207.3, 209, 218 y 228.3 LGSS en relación con los arts. 1.a 4 y 7 del RD 1044/1985 y art. 26.3 y 47.1 c) LISOS al no haberse considerado como hecho probado que la relación laboral existente entre el actor y la empresa G. O. S.L era conforme a derecho, y no existir por ende la connivencia familiar entre el trabajador y la empresa para percibir prestaciones de desempleo indebidamente.

El recurso, tras analizar la doctrina jurisprudencial atinente a la existencia de fraude y su prueba, por remisión a distintas sentencias dictadas por Salas de lo Social de Tribunales Superiores de Justicia, que remiten a la doctrina de la Sala Cuarta en la materia, concluye que la presunción de connivencia familiar en la que se basa la Inspección de Trabajo para determinar que se devuelvan las prestaciones percibidas no es una prueba objetiva, sino una deducción o impresión personal del inspector actuante, del que no puede derivarse la existencia de fraude.

Y que por ello, la sentencia de instancia debe ser revocada, declarándose la nulidad de la resolución dictada por el SPEE el 19-05-2016, sin que el actor deba devolver a la Entidad Gestora las prestaciones por desempleo ya percibidas.

Es doctrina conocida y reiterada que “la presunción «iuris tantum» de veracidad que corresponde a las actuaciones de la Inspección de Trabajo, no solamente alcanza a las Actas de infracción sino que también se extiende a los informes (DA Cuarta, apartado 2, de la Ley 42/1997, de 14/Noviembre;y art. 53.2, párrafo segundo, del RD-Legislativo 5/2000, de 4/Agosto (STS 22/05/12 -rco 76/1-), en el bien entendido que el privilegio probatorio únicamente se refiere a los «hechos» constatados por el Inspector actuante, no a la valoración que el mismo haga de los datos efectivamente comprobados (STS Sala General 20/10/15 -rco 181/14).

Pero -como ha señalado el Tribunal Constitucional- tales afirmaciones de hecho “son susceptibles de valorarse como prueba por el órgano judicial, pero no gozan de mayor relevancia que los demás medios de prueba admitidos en Derecho y, por ello, ni han de prevalecer necesariamente frente a otras pruebas que conduzcan a conclusiones distintas, ni pueden impedir que el órgano judicial forme su convicción sobre la base de una valoración o apreciación razonada del conjunto de las pruebas practicadas (SSTC 76/1990, de 26/Abril,; 14/1997, de 28/Enero, FJ 7; y 35/2006, de 13/Febrero, FJ 6)» (STC 82/2009, de 23/Marzo, FJ 4)). En palabras de esta Sala, «... la actuación de la Inspección de Trabajo tiene un carácter informativo que conduce a la ulterior valoración por parte de quien juzga en instancia, como un medio probatorio más sin que quepa atribuirle efecto vinculante alguno y sin que pueda excluirse el análisis de los demás medios de prueba y, en suma, la necesaria convicción de quien juzga tras la valoración de todos ellos» (STS 18/03/14 -rcv 114/13).

Por otro lado, es constante la jurisprudencia que señala que la existencia del fraude de ley -al igual que la del abuso de derecho- no puede presumirse, y sólo podrá declararse si existen indicios suficientes de ello, que necesariamente habrán de extraerse de hechos que aparezcan como probados (SSTS 25-05-00). Cabe, incluso, inducirlo vía presunciones (STS 24/02/03) y su elemento fundamental consiste en la intención maliciosa de violar la norma, lo que, por otra parte, dificulta la existencia de unificación de doctrina (SSTS 11-10-91 y 05-12-91). Por otro lado, el fraude nunca puede presumirse, sino que es precisa plena acreditación del mismo y ha de basarse su apreciación en cumplida prueba de los hechos que lo configuran, y ello -normalmente por vía de la presunción regulada en el artículo 386 LEC.

Los hechos probados de la resolución de instancia no hacen sino recoger las distintas apreciaciones del Inspector de Trabajo actuante contenidas en el acta de 1 de febrero de 2015, y de ellas se deriva, en esencia que el actor había sido autónomo desde 1980 a 2009 siendo contratado por la empresa el 4-1-2010 con contrato de duración determinada con categoría de encargado 1ª, salario según convenio y prorrateo de pagas extras hasta que el 31-7-14 es despedido, comenzando a cobrar prestaciones por desempleo el 1-8-14 sobre una BR de 64,71 euros/día partiendo de una categoría de administrativo (atención al público) grupo 4, habiendo sido incrementada en 300 euros al mes la nómina en concepto de “actividad”, habiendo vendido a la mercantil (firma una de las hijas) según documento privado nace industrial el 16-1-2012 por 10.000 euros pagaderos en 15 años.

El Sr. O. venía siendo administrador único de la empresa desde el 7-1-1991 y apoderada su esposa desde el 5-8-91 y administrador solidario con su yerno desde el 4-2-05, cesando el actor en el cargo definitivamente el 13-1-10 al pasar a sus dos hijas la administración solidaria de la sociedad junto al citado yerno. Es una de sus hijas quien despiende al actor (S.).

Esta última alternaba contratos con la mercantil con alta en RETA desde el 21-4-94, cesando en la empresa el 19-7-08 tras lo cual cobra prestación de desempleo de 20-7-08 al 19-9-09 dándose de alta en el RETA a posterí.

P.O., la otra hija, nunca ha estado de alta en la mercantil, siendo su único empleo por cuenta de F. S.L desde el 21-9-05 como administrativa, grupo 7, de la que es despedida el 17-7-14 por causas económicas, sin reclamación al SMAC.

Considera la Inspección de Trabajo que hay connivencia familiar en la contratación para que el actor percibiera prestaciones de desempleo de forma indebida, superiores a las que le corresponderían, a través del incremento irregular de la BR en 300 euros al mes y dicha conclusión es confirmada por la Juez a quo.

Pero la Sala, tras la constatación de los extremos anteriores, no alcanza a apreciar la existencia de fraude. En primer lugar, consideramos que es legítimo que el actor, de alta en el RETA durante un periodo dilatado de tiempo, pudiera darse de alta como asalariado en una empresa familiar al objeto de lucrar prestaciones más favorecedoras que las que le habrían correspondido como autónomo, siempre eso sí, que su contratación se ajustase a la legalidad vigente.

Nada se aprecia respecto a la prestación de servicios fraudulentos, ni que el contrato y la consiguiente prestación de servicios estuviera viciada, por lo que a su legalidad debemos estar.

Se dice por el inspector actuante y se recoge por la Juez a quo que la retribución del actor ha venido siendo incrementada mensualmente en 300 euros en concepto de actividad, deduciendo la existencia de fraude de dicha práctica. Pero esta Sala entiende que no existen indicios suficientemente sólidos para constatar tal conclusión. Se desconoce durante cuánto tiempo se han venido aumentando las retribuciones y desde luego, no existe circunstancia alguna que revele que la actividad a la que correspondía dicha retribución no ser viniera desarrollando.

A ello se une que el despido tampoco ha sido objeto de impugnación, ni se ha revelado ilegal o fraudulento el cese del actor en la empresa. La mención a la venta de una nave a la sociedad, por la que debería percibirse el abono de una determinada cantidad, no desvirtúa las consideraciones anteriores, entendiéndose que la conexión entre ambas circunstancias carece de la solidez suficiente como para constatar la presencia de un fraude que, conforme a reiterada doctrina, “aunque es una conducta intencional de utilización desviada de una norma del ordenamiento jurídico para la cobertura de un resultado antijurídico que no debe ser confundida con la mera infracción o incumplimiento de una norma (SSTS 04/07/94 -rcud 2513/93 -;... 16/01/96 -rec. 693/95 -; y 31/05/07 -rcud 401/06 -), de todas formas es suficiente con que los datos objetivos revelen el ánimo de ampararse en el texto de una norma para conseguir un resultado prohibido o contrario a la ley (SSTS 19/06/95 -rco 2371/94 -; y 31/05/07 -rcud 401/06 -).” Ánimo que entendemos no ha resultado desvirtuado en el presente caso, sin que pueda quedar amparado por la “presunción de veracidad” del Acta de infracción al que remite la Juez de instancia.

Por todo ello, procede estimar el recurso, revocar la sentencia de instancia y declarar nula la resolución dictada por el SPEE el 19-5-2016, condenando a la demandada a estar y pasar por dicha declaración, sin que el actor deba reintegrar el importe de la prestación de desempleo percibida y que asciende a 13.891,04 euros.

TERCERO.- 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 en nombre de D. G.O.U. frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 5 de Alicante de fecha 31 de marzo de 2017, en autos número 450/2016 seguidos a instancia del precitado recurrente frente al SERVICIO PÚBLICO DE EMPLEO ESTATAL; y, en consecuencia, revocamos la sentencia recurrida y con estimación de la demanda declaramos nula la resolución dictada por el Ente Gestor el 19-5-2016, condenando a esta última a estar y pasar por dicha declaración. Sin imposición de costas.

2399

Sentencia núm. 1.972, de 5 de junio de 2018

Materia: Reclamación de cantidad. Expediente regulación de empleo. Indemnización por despido y abono de salarios dejados de percibir. Existencia de grupo empresarial. Responsabilidad solidaria en el pago de las cantidades adeudadas al trabajador objeto del ERE. Cómputo tiempo de servicio en las empresas.

Juzgado: Estima parcialmente la demanda condenando solidariamente a las dos empresas a abonar a la parte actora determinada cantidad en concepto de indemnización por despido, en concepto de salarios e interés moratorio de estos.

Sala: Estima el recurso de la parte demandante en la instancia y reconoce al actor la cantidad reclamada, al considerar que existe grupo empresarial y que la indemnización a abonar al trabajador debe computarse por el tiempo total de servicios solicitado.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. El recurso interpuesto, que no ha sido impugnado de contrario, se estructura en dos motivos. El primero se formula al amparo del artículo 193.b) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LJS), postulando la revisión del hecho probado segundo del que ofrece esta redacción: “La empresa demandada T.B.F. SL, tramitó un expediente de regulación de empleo, que concluyó con acuerdo con los representantes de los trabajadores, en fecha 22.12.14 en el que figuraba como afectado el demandante con una antigüedad en el contrato de trabajo de 23 de mayo de 2011 y salario regulador a efectos de despido de 1.736,21 euros, y el compromiso de abono de una indemnización de 20 días de salario por año de servicio, que asciende a 4.185,93 euros que no se ha abonado”.

2. Este motivo no debe prosperar al basarse en lo indicado en el fundamento jurídico segundo de la sentencia de instancia, que no constituye documento o pericia eficaz para la revisión, de acuerdo con el propio precepto procesal en que el motivo se ampara, amén de que ignora lo dicho en el fundamento jurídico tercero de la misma sentencia, cuando señala que “..., respecto de la indemnización por despido objetivo, consta en autos que la mercantil T.B.F. S.L., tramitó un expediente de regulación de empleo, que concluyó con acuerdo con los representantes de los trabajadores, entre los que se encontraba el actor en fecha 22.12.14, en el que figuraba como afectado el demandante con una antigüedad desde el 1.04.14 y un salario regulador a efectos de despido de 1.580,96 euros, y el compromiso de abono de una indemnización de 20 días de salario por año de servicio. No consta ni la comunicación individual de despido al trabajador, ni la indemnización que le correspondía, que atendiendo a esos parámetros asciende a 779,49 euros, sin que pueda estarse a la reclamada en demanda de 4.185,93 euros correspondiente a un salario y antigüedad mayor toda vez que este procedimiento no es el adecuado para sustanciar dicha cuestión cuando en el Expediente Tramitado del despido colectivo, que concluyó con acuerdo se fijó otra antigüedad, derivada de la prestación de servicios con anterioridad para dicha empresa y para A.M.P. S.L. y salario regulador a efectos de despido, y fue firmado por el propio trabajador demandante, que en caso de no haber estado de acuerdo con dichos datos debió acudir al procedimiento por despido para el examen y enjuiciamiento de los mismos”; de ahí que sin perjuicio de lo que se dirá al examinar

el siguiente y último motivo de recurso, debamos llegar a la solución desestimatoria adelantada.

SEGUNDO.- 1. El siguiente y último motivo de recurso se formula al amparo del artículo 193.c) de la LJS, denunciando infracción del artículo 102.2 de dicha ley, así como del artículo 15.2 del RD 1483/12, de 29 de abril (debe querer decir del Reglamento aprobado por ese Real Decreto). Argumenta en síntesis que si se consideraba que el procedimiento utilizado no era el idóneo, debió darse al asunto la tramitación correspondiente conforme disponía el artículo 102.2 de la LJS, y que de acuerdo con lo prevenido en el artículo 15.2 del Reglamento aprobado por RD 1483/12, de 29 de abril, el procedimiento ordinario era el idóneo dada la remisión contenida en el Reglamento de referencia al artículo 4.2.g) del Estatuto de los Trabajadores.

2. A tenor de lo dispuesto en el artículo 15.2 del Reglamento aprobado por RD 1483/2012, de 29 de octubre, “ En caso de incumplimiento empresarial del pago de las indemnizaciones debidas por el despido o si existiese disconformidad respecto de su cuantía, el trabajador podrá, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 4.2.g) del Estatuto de los Trabajadores, demandar ante el Juzgado de lo Social competente el pago de la misma o, en su caso, el abono de las diferencias que a su juicio pudieran existir”.

3. Del inalterado relato histórico de la sentencia de instancia destacamos: A) El demandante D. J.M.M.M., ha venido prestando sus servicios inicialmente desde el 23.05.11 para A.M.P. S.L., y desde el 15.10.13 para T.B.F. S.L., con la categoría profesional de Oficial 2ª, y salario de 1.736,21 euros mensuales, incluida la parte proporcional de pagas extraordinarias. B) La empresa demandada T.B.F.S.L., tramitó un expediente de regulación de empleo, que concluyó con acuerdo con los representantes de los trabajadores, entre los que se encontraba el actor en fecha 22.12.14, en el que figuraba como afectado el demandante con una antigüedad desde el 1.04.14 y un salario regulador a efectos de despido de 1.580,96 euros, y el compromiso de abono de una indemnización de 20 días de salario por año de servicio, que asciende a 779,49 euros que no se ha abonado. No consta ni la comunicación individual de despido al trabajador, ni la indemnización que le correspondía. C) En virtud de sentencia de fecha 14.10.14 dictada por el Juzgado de lo Social nº1 de Cartagena, se declaró la existencia de grupo empresarial entre T.B.H. S.L. Y A.M.P. S.L.

4. Como quiera que la indemnización reclamada deriva de un despido colectivo, y que la sentencia de instancia recoge suficientes datos en los hechos probados para que pueda examinarse la procedencia de la reclamación, pues en su hecho probado primero indica que el demandante ha venido prestando sus servicios inicialmente desde el 23.05.11 para A.M.P. S.L., y desde el 15.10.13 para T.B.F.S.L, que constituyen grupo de empresas, es fácil colegir, la existencia de una sucesión de empresa entre las que formaban el grupo, debiéndose por ello computar como tiempo de servicios el total comprendido entre 23 de mayo de 2011 y 22 de diciembre de 2014, sobre un salario mensual indiscutido de 1.736,21 € mensuales, que implica un importe indemnizatorio, salvo error u omisión, de 4.185,93€, tal y como se postula en el recurso, que por ello deberá ser estimado, para conceder al actor, ahora recurrente, el importe reclamado, al no existir inadecuación de procedimiento siendo suficientes los hechos probados para dictar la resolución procedente sin necesidad de acordar la nulidad de actuaciones que siempre es un motivo extremo, todo ello atendiendo también a la conducta procesal de las mercantiles codemandadas, y a que dado que nos hallamos ante los efectos indemnizatorios de un despido colectivo, debamos aplicar la norma reglamentaria aprobada por RD 1483/2012, de 29 de octubre, a que antes hicimos referencia, sin atender a la doctrina jurisprudencial expresada por ejemplo en la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de diciembre de 2016, no solo por hallarnos ante supuestos de hecho distintos, sino también porque no estamos en presencia de controversia alguna al respecto ni que afecte directamente a la propia decisión extintiva.

TERCERO.- Corolario de todo lo razonado será la estimación del recurso interpuesto, para dar lugar a la pretensión ejercitada, tal y como se concretó en el suplico del escrito de interposición del recurso.

FALLO

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de don J.M.M.M. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número Cuatro de Alicante el día 28 de Marzo de 2017 en proceso sobre cantidad seguido a su instancia contra T.B.H. S.L., A.M.P.S.L, y el FONDO DE GARANTÍA SALARIAL, y con revocación de la expresada sentencia y estimación de la pretensión ejercitada debemos condenar como condenamos a las empresas codemandadas, con la responsabilidad que en su caso pueda corresponder al FONDO DE GARANTÍA SALARIAL, la cantidad de 4.185 euros en concepto de indemnización por despido y la cantidad de 9.718,59€ en concepto de salarios, más los intereses por mora correspondientes.

2400

Sentencia núm. 1.977, de 13 de junio de 2019

Materia: Despido y reclamación de cantidad. Comercial con contrato indefinido a tiempo completo. Despido del trabajador por causas económicas, en el marco de un despido colectivo finalizado sin acuerdo. Las dos empresas codemandadas tiene el mismo objeto social, habiendo quedado probado el traspaso de cuentas entre las dos mercantiles. Se adeuda al trabajador las nóminas de tres meses, vacaciones y paga extra, habiéndose efectuado un pago a cuenta. Responsabilidad solidaria de ambas empresas.

Juzgado: Estima parcialmente la demanda frente a las mercantiles demandadas y declara la improcedencia del despido. Absuelve de los pedimentos a una de las empresas codemandadas.

Sala: Estima parcialmente el recurso en el sentido de reconocer al trabajador determinada cantidad por los conceptos retributivos reclamados y confirma la sentencia de instancia en cuanto a la absolución de responsabilidad de la empresa codemandada. La dirección unitaria de varias entidades empresariales no es suficiente para extender a todas ellas la responsabilidad.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. Se interpone recurso de suplicación por la representación letrada del demandante, frente a la sentencia que estimando en parte su demanda, declara la improcedencia de su despido, condenado a las consecuencias legalmente previstas a la empresa S.I. SL, así como al abono de cantidad, absolviendo a A.I.SL.

2. El primer motivo del recuso se redacta al amparo de la letra a) del art. 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, interesando la retracción de las actuaciones al momento de la del auto de 3-10-17 que denegó la prueba documental solicitada, por infracción del art. 90.b) de la LRJS y el art. 24 de la Constitución. Sostiene el recurrente que la prueba documental solicitada en su demanda en el punto 1: f), g) y h), y en el punto 2: c), d) y e), consistentes en cuentas anuales de los ejercicios 2016 y 2017, libro mayor de 2016 y 2017, y modelos trimestrales de IVA de 2016 y 2017, de ambas empresas codemandadas, tenía por finalidad demostrar la existencia de caja única y confusión de patrimonios, con cita de STC 37/01, 73/01, 5/05, 308/05, 42/07 y 174/08, y el órgano judicial no puede rechazar la prueba propuesta para fundar posteriormente su decisión en falta de acreditación de los hecho cuya demostración se intentaba obtener mediante dicha prueba, por lo que el razonamiento de la sentencia indicando que la parte actora no ha acreditado el grupo de empresas implica indefensión provocada por la decisión del juez.

Consta en la demanda que además de la prueba que no fue admitida, se propuso y se admitió el requerimiento de aportación de las facturas que se indican y la relación nominal de trabajadores de ambas empresas, razonándose en el Fundamento de derecho tercero de la sentencia de instancia que, “Las empresas demandadas comparten el mismo domicilio social, el mismo administrador único y el mismo socio único, existiendo transferencias bancarias entre ambas mercantiles (todos estos datos constan reflejados en hechos probados). Aunque estos datos podrían ser indicativos de la existencia del grupo a efectos laborales, lo cierto es que no se han acreditado en los autos los requisitos jurisprudenciales para declararlo (...)...No habiendo la parte demandante acreditado dichas circunstancias, no es posible apreciar el pretendido grupo de empresas”, por lo que, dicha argumentación debe

entenderse referida a la práctica de todas las pruebas que fueron admitidas y aportadas. Por otra parte, tampoco se alega por el recurrente haber efectuado, en la fase de proposición de prueba del acto del juicio, la petición de la prueba indicada y la protesta por su inadmisión, tal como exige el art. 87.2 de la LRJS, a fin de hacer valer la infracción denunciada en el presente recurso de suplicación, por lo que el motivo no puede estimarse.

SEGUNDO.- En el segundo motivo, al amparo del art. 193-b) de la LRJS, solicita la revisión del hecho probado séptimo, a fin de que quede redactado del siguiente modo, “La empresa S.l. SL adeuda al demandante las nóminas de junio (3.413'68 euros brutos), julio (3.413'68 euros brutos) y agosto de 2017 (1.706'85 euros brutos), así como las vacaciones de ese año (910'31 euros), *la paga extra de marzo de 2017 (1.770,83 euros) y la paga extra de verano de 2017 (3.125 euros brutos)*, habiendo efectuado un pago a cuenta de junio de 2017 por importe de 1.875 euros. (documentos 13 a 23 del ramo de prueba del demandante), *así como 24.446,04 euros en concepto de comisiones reclamadas.*”, en base al art. 16 del convenio colectivo para la industria, la tecnología y los servicios del sector del metal de la provincia de Valencia que regula la paga de marzo en 17 días de salario grupo, y documentos 13 a 23 en cuanto a la paga de verano-17.

La revisión no puede admitirse, pues la documental citada consiste en la papeleta de conciliación presentada por el propio actor, mero documento de parte, y en cuanto al convenio colectivo carece de fuerza revisora, así el Tribunal Supremo en sentencia de 27-3-00 (recurso 2497/1999) ha señalado que el contenido de la letra del convenio es un dato normativo que no exige para su apreciación su incorporación al relato fáctico, sin perjuicio de la denuncia del derecho que se formule por el cauce de la letra c) del art. 193 de la LRJS.

TERCERO.- 1. En el tercer motivo, redactado al amparo de la letra c) del art. 193 LRJS, se denuncia, en primer lugar, la infracción del art. 15 y 16 del convenio colectivo para la industria, la tecnología y los servicios del sector del metal de la provincia de Valencia, y art. 29 del Estatuto de los Trabajadores y art. 94 de la LRJS, alegando que al actor le corresponde la paga extra de marzo-17 ya que trabajó los 12 meses anteriores a su devengo, y por la paga extra de verano le corresponden 3.125€, y no los 2.250€ fijados en la sentencia, que es aplicable el art. 94 de la LRJS pues las demandadas no comparecieron al juicio.

Tal como ha resuelto esta Sala en sentencia de 23-5-2018, rec. 1310/18, respecto de otro trabajador, según la norma convencional, “*La paga de marzo se abonará a todos los trabajadores y trabajadoras bajo el ámbito de aplicación de este convenio, y para toda la vigencia del mismo estará fijada en 17 días de salario grupo. Dicha paga será abonada el 15 de marzo de cada año y será prorrateable proporcionalmente al tiempo efectivamente trabajado en la empresa en los últimos 12 meses anteriores a su devengo*”, por lo que no constando el abono de la misma, y siendo que el actor cumple con los requisitos para su devengo, procede estimar el motivo, y condenar a la empresa al abono de la paga marzo-17 en cuantía de 1.770,83 euros. En cuanto a la diferencia reclamada en concepto de paga extra verano, del hecho probado segundo se desprende que su importe bruto asciende a 3.125€, por lo que procede la estimación del motivo. Todo ello implica que la cantidad adeudada al actor, conforme a lo ya declarado en el hecho séptimo, asciende a: nómina junio-17: 3.413,68€, julio-17: 3.413,68€, agosto-17: 1.706,85€, vacaciones: 910,31€, paga extra verano-17: 3.125€, paga marzo-17: 1.770,83€, Total: 14.340,35€, menos 1.875€ abonados a cuenta= 12.465,35€.

2. En segundo lugar, denuncia la infracción del art. 10 del Convenio colectivo para la industria, la tecnología y los servicios del sector del metal de la provincia de Valencia, y artículo 3.1.c y 8.1 del Estatuto de los Trabajadores, así como art. 94 de la

LRJS, alegando que no se ha respetado la condición más beneficiosa del actor al pactar una comisión del 3% en las ventas de Coop. C.J, Sat nº XX V.B, Cooperativa S.B. Coop. V., y que se solicitó y admitió la aportación de las facturas de ventas para acreditar las comisiones, que deben estimarse las alegaciones del actor y tener por confesas a las otras partes.

El artículo 91.2 de la LRJS, lo único que establece es la posibilidad de que el Juez de instancia, que presidió el juicio, pueda tener por confesa a la parte que no compareciere sin justa causa a la primera citación. El legislador ordinario ya ha contemplado la posibilidad del que llamado a confesar no compareciere o de que los documentos requeridos a una de las partes y que obren en su poder no sean aportados al proceso, art. 94.2 LRJS, y ha establecido la consecuencia de tal falta de aportación. Ello implica que el órgano judicial de instancia tiene la facultad de dar por probadas las alegaciones hechas en relación con la prueba acordada, pero no que tenga la obligación de hacerlo, como si de una prueba tasada se tratara. Por tanto, el solo hecho de no tener por confesa a la empresa que no compareció al acto del juicio, no coloca a la parte contraria en situación de indefensión. Por lo que, no constando en los hechos probados la realidad de las ventas que darían lugar a la comisión reclamada, el motivo no puede prosperar.

3. Por último, denuncia la infracción de la jurisprudencia, STS de 10-6-08 y 22-9-14, en relación con el art. 91.2 y 94 de la LRJS. Sostiene el recurrente que los trabajadores han prestado servicios para las dos empresas codemandadas indistintamente, facturándose los trabajos a los clientes a una empresa o a otra según conveniencia del administrador, que A.I. SL carece de plantilla, al ser una empresa aparente que utiliza los trabajadores de S.I. SL, y la mayoría de los elementos patrimoniales de A. pertenecen a S., realizándose facturas entre las empresas sin que hubiese relación mercantil, que la facturación entre ellas era ficticia, a efectos de traspaso de capital.

Tal como se declara en el hecho probado sexto, A.I. SL (de baja desde el 25-7-17) compartía domicilio social con S.I. SL, siendo el único socio y administrador de ambas A.V.N.. El objeto social de ambas empresas coincide, A. realiza además otras actividades, existiendo facturas entre ambas sociedades entre mayo-16 y febrero-17, un traspaso entre cuentas de las dos mercantiles el 10-8-16 por 354.000€, y una transferencia ese mismo día y el anterior.

Pues bien, debe tenerse en cuenta que la dirección unitaria de varias entidades empresariales no es suficiente para extender a todas ellas la responsabilidad. Ese dato será determinante de la existencia del grupo empresarial, no de la responsabilidad común por obligaciones de una de ellas. Para lograr tal efecto, hace falta un elemento adicional, que la Jurisprudencia de la Sala IV ha estimado en la conjunción de alguno de los siguientes elementos: 1.- Funcionamiento unitario de las organizaciones de trabajo de las empresas del grupo (SS de 6 de mayo de 1.981 y 8 de octubre de 1.987). 2.- Prestación de trabajo común, simultánea o sucesiva, en favor de varias de las empresas del grupo (SS. 4 de marzo de 1.985 y 7 de diciembre de 1.987). 3.- Creación de empresas aparentes sin sustento real, determinantes de una exclusión de responsabilidades laborales (SS. 11 de diciembre de 1.985, 3 de marzo de 1987, 8 de junio de 1.988, 12 de julio de 1.988 y 1 de julio de 1.989). 4.- Confusión de plantillas, confusión de patrimonios, apariencia externa de unidad empresarial y unidad de dirección (SS. de 19 de noviembre de 1.990 y 30 de junio de 1.993). Y lo que consta en el caso enjuiciado es la existencia de dos mercantiles del mismo grupo, con dirección unitaria, sin que por la transferencia de dinero de una a otra, se pueda deducir la existencia de una caja única, ni una actuación tendente a eludir las responsabilidades laborales, por lo que desde la óptica del derecho del trabajo, no cabe apreciar ninguna conducta fraudulenta que permita extender a A.I. SL la responsabilidad por las deudas

contraídas por S.I.SL, lo que nos conduce a la desestimación del motivo (en el mismo sentido sentencia nº 1673/18 de esta Sala de 23-5-18, rec. 1310/18).

FALLO

Estimamos en parte recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de R.I.C., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº. 14 de los de Valencia, de fecha 1-diciembre-2017; y, en consecuencia, con revocación parcial de la misma, condenamos a S.I. SL a que abone al actor por los conceptos retributivos reclamados la cantidad de 12.465,35€, manteniendo en el resto la sentencia de instancia.

2401

Sentencia núm. 1.998, de 15 de junio de 2018

Materia. Prestación por desempleo: Renta Activa de Inserción. Reintegro prestaciones. Determinación como ingresos los económicamente percibidos o los créditos reconocidos judicialmente. Rentas computables a efectos asistenciales. La demandada está separada y no recibe pensión compensatoria debido a la situación económica de su exconyuge. Se presenta demanda de ejecución forzosa y se embarga el 50% de la vivienda habitual.

Juzgado: Estima la demanda revocando la resolución que reconoce la prestación de renta activa de inserción profesional y declara la percepción indebida de la prestación.

Sala: Estima el recurso y reconoce el derecho de la actora a percibir la prestación solicitada. Deja sin efecto la resolución del organismo público. La vivienda habitual es una de las excepciones en el cómputo de las rentas computables, siendo el embargo la única posibilidad que la actora pudiera obtener la satisfacción del crédito que tenía contra su esposo.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia de la instancia, que cita diversas resoluciones de ésta misma Sala en relación con el requisito de las rentas que son computables a efectos asistenciales, como el de la RAI, considera que la actora no agotó las medidas necesarias para cobrar la pensión compensatoria que su marido dejó de pasarle en el año 2012, y de la que era acreedora a la fecha en que solicitó la RAI en fecha 7.07.2014, pues solo presentó demanda de ejecución de las medidas decretadas en la sentencia de separación dictada el 27 de diciembre del año 2000, en fecha de 16 de octubre del 2014, es decir, posteriormente a la solicitud de la RAI. Por ello entiende que es correcta la revocación de la Resolución que reconoce el derecho a tal prestación, y a que se condene a la devolución de las cantidades indebidamente percibidas en cuantía de 4.686 euros, por 330 días de reconocimiento a razón de 14 euros/día.

Contra este pronunciamiento recurre la Sra S.T. en suplicación, en base a un motivo único, amparado en el apartado c) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, en el que cita como infringido el art. 215.3.2 de la Ley General de la Seguridad Social, en el cual se indica que *“a efectos de determinar los requisitos de carencia de rentas, se considerarán como rentas o ingresos computables cualesquiera bienes, derechos o rendimientos derivados del trabajo... con la excepción de la vivienda habitualmente ocupada por el trabajador y de los bienes cuyas rentas hayan sido computadas”*. Señala la solicitante, que ha anotado preventivamente en el Registro de la Propiedad el embargo decretado, como mejora en la ejecución, del 50% de la vivienda en la que viene residiendo desde la separación y que le fue atribuido su uso en sentencia, pero ello no significa que tenga liquidez para mantenerse en sus necesidades básicas.

SEGUNDO.- Debemos señalar con carácter previo que según señala el Tribunal Supremo en Sentencia de 2-2-2016, rec. 2835/14, y sentencias de esta misma Sala, entre otras en la sentencia nº 237/2014 de 4 de febrero (rec. 1819/2013): “Debe precisarse que la RAI forma parte de la acción protectora por desempleo del régimen público de Seguridad Social. En efecto, en aplicación de lo establecido en la Disposición Final 5^a.4 de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS) en la que se habilita al Gobierno a regular dentro de la acción protectora por desempleo y con el régimen financiero y de gestión establecido en el Capítulo V del Título III de la Ley, el establecimiento de

una ayuda específica denominada renta activa de inserción, dirigida a los desempleados con especiales necesidades económicas y dificultad para encontrar empleo que adquieran el compromiso de realizar actuaciones favorecedoras de su inserción laboral, se ha previsto en el art. 206 de la LGSS, dentro de la acción protectora y conformando la prestación por desempleo, junto con el nivel contributivo y asistencial, las acciones específicas de formación, perfeccionamiento, orientación, reconversión e inserción profesional a favor de los trabajadores desempleados y aquellas otras que tengan por objeto el fomento del empleo estable. Es esta la naturaleza jurídica de la RAI, lo que se afirma en la Exposición de Motivos del Real Decreto 1369/2006, y aunque tenga carácter diferencial del nivel contributivo y del nivel asistencial, y se trate de una ayuda específica, no por ello pierde su naturaleza de prestación, a la que resultan de aplicación la LGSS y la LISOS, normas por otra parte de rango superior. En consecuencia, la regulación del RAI prevista en el RD 1369/2006, desarrolla la regulación legal y no puede oponerse a la misma, sin que quepa atribuirle el carácter de norma especial, sino integrada en la regulación de las prestaciones por desempleo y en su régimen sancionador". Por tanto, se trata de una prestación con una finalidad específica a la que son de aplicación las normas de regulación de las prestaciones en lo que se refiere a los requisitos sobre rentas que deben concurrir para su concesión, así como el resto de requisitos que justifican su suspensión y su extinción. Entre éstos se señala la carencia de rentas.

En el caso que se analiza la actora tiene reconocida por sentencia judicial firme de 27 de diciembre del 200, una pensión compensatoria con cargo al esposo de 100.000 pesetas mensuales, cuyo computo en euros excede de la cantidad señalada del 75% del SMI establecido para el año 2014 que era de 483,98 euros mensuales, la cual, según señala, no cobra desde agosto del 2012, por lo que procedió a solicitar la RAI en fecha 07.07.2014. Sin embargo, y a pesar del impago de la pensión compensatoria, no procedió a ejecutar la sentencia por impago de la pensión compensatoria hasta noviembre del 2014, en cuya ejecución se acordó el embargo del 50% de la vivienda habitual de la demandada.

TERCERO.- En el caso analizado la actora señala que desde agosto del año 2000 no ha cobrado la pensión compensatoria declarada a su favor, según testifical del mismo Sr M.O. ex conyuge de la actora, sin que ésta procediera a solicitar por vía judicial el cumplimiento de tal obligación hasta tiempo después de solicitar la RAI. La cuestión controvertida estriba, por tanto, en determinar si deben computarse como ingresos solamente los realmente percibidos en la anualidad correspondiente por el interesado o por la unidad económica de convivencia o si también deben computarse los créditos reconocidos judicialmente, aun cuando no se hayan hecho efectivos por causas ajenas a la voluntad del interesado.

Tal cuestión fue objeto de análisis y resolución por sentencia del Tribunal Supremo de fecha 22 de mayo del año 2000, rec. 3544/1999, si bien en relación con otra prestación no contributiva, en la que la recurrente denunciaba la infracción del art 144.5 de la Ley General de la Seguridad Social en relación con los artículos 11 y 12.1 del Real Decreto 357/1991 de 15 de marzo. Dicha censura mereció favorable acogida, estimando el tribunal que: *"El citado precepto legal establece que "se considerarán como ingresos o rentas computables, cualquiera bienes y derechos, derivados tanto del trabajo como del capital, así como las de naturaleza prestacional". Y el artículo 11.1 del Real Decreto mencionado dispone que "se considerará que existen rentas o ingresos insuficientes, cuando los que disponga o se prevea va a disponer el interesado, en cómputo anual de enero a diciembre, sean inferiores a la cuantía, también en cómputo anual, de las pensiones no contributivas de la Seguridad Social que se fije en la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado". Añadiendo el artículo 12.1 "se consideran rentas o ingresos computables, los bienes y derechos de que dispongan anualmente el beneficiario o la unidad económica de*

convivencia, derivados tanto del trabajo como del capital, así como cualesquiera otros sustitutivos de aquéllos".

El último precepto referido se refiere concretamente a bienes o derechos que "dispongan" el beneficiario o la unidad económica de convivencia; verbo que equivale a valerse de una cosa o tenerla o utilizarla como suya; criterio que es coherente con la regulación general de las pensiones no contributivas, cuyo acceso y mantenimiento pende del estado de necesidad del beneficiario; excluyendo la ley de su percepción a quienes tienen un nivel de ingresos suficiente para subsistir, pero no a quienes, aun siendo acreedores judiciales de una determinada suma de dinero, no la han percibido, no obstante su diligencia para conseguirla.

Tal sentencia ha sido recogida por otras de distintos TJSs, y es asimismo lo que sucede en el caso analizado, en el que la actora, aunque después de haber solicitado la RAI, carecía de posibilidades de obtener satisfacción de sus derechos declarados en sentencia, lo que ha motivado que se le conceda un embargo sobre el 50% de la vivienda ganancial cuyo uso tenía atribuido por sentencia de separación conyugal. Y dicha vivienda, es, precisamente, una de las excepciones señaladas en el cómputo de las rentas computables, al tratarse de la vivienda habitualmente ocupada por la actora, cuyo embargo ha sido el único medio posible de obtener la satisfacción del crédito que ostentaba contra su esposo. Por ello, estimando la infracción señalada en el recurso del art. 275.4 de la actual LGSS, anterior artículo 215.3.2 de la misma norma, procede estimar el recurso, dejando sin efecto la revocación de la Resolución de fecha 8.07.2014 de revocación de la Renta Activa de Inserción, así como la reclamación de lo obtenido por ello en cuantía de 4.686 euros por el período de 8.07.14 a 7.06.15.

CUARTO.- Sin costas.

FALLO

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de DOÑA M.T.S.T., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº. ONCE de los de VALENCIA, de fecha 27 de marzo del 2017; y, en consecuencia, revocamos la sentencia recurrida y dejamos sin efecto la Resolución del Servicio Público de Empleo que revisó la dictada en fecha 8.07.2014, la cual deberá mantenerse en todos sus extremos.

Sin costas.