

2462

Sentencia núm. 1.325, de 8 de mayo de 2019

Materia. Reclamación de cantidad. Trabajador al servicio de empresa de comunicación. El trabajador cesa en su actividad por despido por causas objetivas al haber resultado afectado de un procedimiento de despido colectivo. Readmisión del trabajador. Nuevo despido colectivo. Abono diferencias resultantes por la indemnización como consecuencia de la extinción de la relación laboral. Cálculo de diferencias salariales en la antigüedad del trabajador. Procedimiento para efectuar la reclamación.

Juzgado: Estima la excepción de inadecuación del procedimiento y desestima la demanda declarando no haber lugar a la misma. No procede la indemnización.

Sala: Estima el recurso y revoca la sentencia de instancia. El procedimiento que debió seguir el trabajador para efectuar la reclamación era el de despido y no el ordinario que planteó una vez superado el plazo de caducidad para ejercitar la acción de despido. Devuelve los autos al juzgado de procedencia para que se dicte sentencia sobre el fondo del asunto.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Por la representación del demandante se formula recurso frente la sentencia de instancia, cuyo fallo estimó la excepción de inadecuación de procedimiento planteada por la demandada y en su consecuencia, no entró en el fondo de la cuestión suscitada en la demanda, en donde en proceso sobre reclamación de cantidad se reclamaban unas diferencias en el pago de la indemnización derivada del ERE extintivo de RTVV.

Las diferencias reclamadas traían causa en la existencia de una sentencia firme del Juzgado de lo Social nº 1 de Valencia, recaída el 23 de septiembre de 2015, que estimó la demanda del hoy recurrente y condenó a la citada entidad al abono de una determinada cantidad por realización de una jornada superior en el periodo comprendido entre el 1 de julio de 2012 y el 26 de junio de 2013.

Así las cosas, la parte recurrente postula en primer término, con apoyo en el artículo 193 “b” de la LRJS, la revisión del primero y del noveno hecho probado de la sentencia, con la finalidad de que se consigne la fecha de nacimiento del trabajador, a los efectos que allí se indican, y se amplíe el texto del apartado mencionado en segundo lugar, recogiendo diversos puntos del acuerdo alcanzado el 23 de marzo de 2014 en el acta de finalización del periodo de consultas del procedimiento del despido colectivo llevado a cabo en RTVV.

Pero como quiera que el fallo objeto de recurso se decanta por entender que es inadecuado el procedimiento seguido por el trabajador para reclamar las diferencias en el montante de la indemnización, al tener que haber acudido al de despido, no es necesario entrar en el examen de los hechos probados, tanto de estimarse correcta la sentencia como de considerarse que era adecuado acudir al procedimiento ordinario para reclamar dicha suma, en cuyo caso, la estimación del recurso de suplicación y la devolución de los autos al juzgado haría innecesaria dicha valoración fáctica.

SEGUNDO. En el apartado destinado al examen del derecho aplicado la parte recurrente censura a la sentencia la inaplicación de los preceptos procesales que regulan el proceso laboral ordinario y la aplicación indebida de los preceptos que regulan la modalidad procesal del despido, en especial el artículo 53.3 del ET, así como el artículo 120, en relación con el artículo 103, ambos de la LRJS.

Este motivo se centra en el desacuerdo con la decisión recogida en el fallo de considerar que la acción que competía para plantear la reclamación era la de despido y no de la cantidad que se entabló en la demanda, pues las discrepancias no son de fondo, sino meramente aritméticas.

La sentencia recurrida aplica la doctrina recogida en la sentencia del TS de 31 de octubre de 2017, dictada en unificación de doctrina, y trascrita en lo esencial en su fundamentación jurídica, conforme la cual el procedimiento adecuado para resolver la procedencia del reconocimiento de una mayor indemnización por despido es el especial de los despidos cuando se ponga en cuestión la propia existencia de la indemnización o los elementos básicos para la determinación de la misma, la propia naturaleza de la indemnización debida o la validez de cláusulas contractuales que resulten determinantes para la configuración de dicha indemnización, a pesar de que en esta propia resolución el Alto Tribunal continúa sosteniendo que el procedimiento ordinario es el adecuado cuando la pretensión dirigida al cobro de la indemnización derivada del acto extintivo se limita exclusivamente a la reclamación de una cantidad no discutida o que deriva de unos parámetros de cálculo sobre los que no existe discrepancia entre las partes, pero los argumentos del recurrente no pueden ser acogidos por la Sala, que debe seguir al respecto la reciente sentencia del Tribunal Supremo de 23 de enero de 2019, dictada en el recurso 145/2017, que reiterando la doctrina ya recogida en la sentencia de Pleno de la indicada Sala de 2-12-2016 señala: " ...la cuestión litigiosa queda centrada y limitada en este recurso a determinar, según se indica, "si ante un despido por causas económicas dimanante de un Expediente de Regulación de Empleo de despido colectivo al que los trabajadores se adhirieron voluntariamente, pero que posteriormente, disconformes con la antigüedad reconocida (es decir, disconformes con un elemento esencial de la relación laboral), interpusieron una reclamación de mayor indemnización, sin cuestionar las causas del referido despido, dicha reclamación debe articularse por el procedimiento ordinario o bien por el procedimiento de despido".

La sentencia recurrida funda su decisión en varias sentencias de esta Sala con soluciones distintas. Ahora bien, no en todas ellas se declara la adecuación del despido ordinario para tramitar la reclamación. Vemos como:

En la [STS de 4 de mayo de 2012 \(rcud. 2645/2011\)](#) se declara procedente el proceso de despido para una reclamación en la que no se discute la calificación del cese y se pide una mayor indemnización por discreparse de la antigüedad reconocida.

La [STS de 22 de enero de 2007 \(rcud. 3011/2005\)](#) declara procedente el procedimiento ordinario para encauzar una reclamación en la que no se discute la calificación del cese ni el salario ni antigüedad del trabajador.

La [STS de 30 de noviembre de 2010 \(R. 3360/2009\)](#) declara la procedencia del procedimiento de despido cuando la discrepancia se plantee por una cuestión de fondo (tipo de indemnización debida -45 días, 33 días, 20 días por año-, salario, antigüedad; o bien, sujeto o sujetos obligados al pago) pero no cuando, existiendo conformidad sobre todos esos extremos, se trate exclusivamente de hacer la operación matemática necesaria para aplicar correctamente el [artículo 56.1.a\) del ET](#), o el que proceda, en cuyo caso el proceso adecuado es el ordinario. En el caso

de autos se discute el importe indemnizatorio por discrepancias en la antigüedad reconocida, por lo que, conforme a la anterior sentencia, el proceso adecuado sería el de despido.

Ahora bien, sin perjuicio de los anteriores pronunciamientos, las más recientes sentencias de [esta Sala: STS/IV -Pleno- de 2/12/2016 \(rcud. 431/2014\)](#), y las que la siguen de [2/12/2016 \(R. 431/2016\)](#), [de 22/12/2016 \(rcud. 3458/2015\)](#) y de [24/2/2016 \(R. 1296/2015\)](#) han declarado que el procedimiento ordinario es inadecuado para reclamar diferencias de indemnización por despido.

2.- Como señala [nuestra sentencia de Pleno \(de 2/12/2016\)](#):

“Conviene antes de resolver la cuestión debatida dejar constancia de la doctrina de la Sala expresada en los pronunciamientos que a continuación se exponen. La STS de 22 de enero de 2007 (rcud. 3011/2005) contempló un supuesto en el que la empresa despidió al trabajador y reconoció la improcedencia del despido, reclamando el trabajador, a través del proceso ordinario, el pago de la indemnización cuya cuantificación resultaba pacífica. La Sala entendió que el procedimiento seguido era el adecuado con la siguiente argumentación: “el objeto principal de la acción por despido es la obtención de una declaración judicial de nulidad o improcedencia, por lo que si el trabajador acepta plenamente la corrección y licitud del despido decretado por el empresario no se plantea realmente conflicto alguno relativo a ese núcleo esencial del juicio de despido, y por tanto no sería adecuado exigirle entablar tal clase de acción con el único fin de poder cobrar una indemnización cuyos elementos esenciales están reconocidos por la demandada. Si el trabajador considera que su cese es conforme a ley, no tiene por qué ejercitar ninguna acción de despido, y la falta de ejercicio de esta acción no puede producir la consecuencia de que por ello pierda las indemnizaciones establecidas para esos ceses lícitos. En el supuesto que ahora hemos de resolver, no existe discrepancia en orden a la calificación del despido como improcedente, como tampoco la hay sobre el salario o la antigüedad del trabajador demandante, teniendo en cuenta que en la carta de despido se contiene una declaración empresarial de improcedencia, aceptada por el trabajador, lo que, de hecho, supone el reconocimiento de la existencia de una cantidad adeudada concreta ajustada a los parámetros generales del artículo 56 del Estatuto de los Trabajadores, cuyo impago no ha de canalizarse a través del proceso por despido, pues la acción así ejercitada no tendría objeto, sino que por tratarse de una deuda sobre la que hay certeza de su existencia, habrá de ser el proceso ordinario el que canalice la pretensión del demandante para su exigencia”. La STS de 29 de septiembre de 2008 (Rcud. 3868/2007), aun cuando no entra a conocer del fondo de asunto por falta de contradicción y por no haberse cumplido la obligación de ofrecer en el escrito de interposición una relación precisa y circunstanciada de la contradicción, ante un supuesto en el que, a diferencia del anterior la cantidad reclamada si era controvertida ya que se reclamaban diferencias por considerar que se trataba de un despido disciplinario y no de un despido objetivo, precisó el alcance de la doctrina sentada en la sentencia anterior señalando que si no hay discrepancia sobre la calificación del despido, ni sobre el salario o la antigüedad, siendo la cantidad pacífica en cuanto a su importe y procedencia y lo que ocurre es que no se ha abonado, el procedimiento adecuado es el ordinario. Por el contrario, si la cantidad es discutida, como es el caso, pues la empresa demandada considera que se trata de un despido objetivo y el actor sostiene que se trata de un despido disciplinario que ha de seguir el régimen de indemnización común de 45 días por año de servicio, el procedimiento es el de despido. La STS de 30 de noviembre de 2010 (rcud. 3360/2009) contempló un caso de reclamación de la diferencia existente entre la cuantía de la indemnización ofrecida por la empresa, y recibida por el trabajador, como consecuencia del reconocimiento por la empresa de la improcedencia del despido efectuado ex art. 56.2 ET, y la cuantía que legalmente

corresponde a dicha indemnización, sobre la base de una antigüedad y salario no discutidos, dando por válido el proceso ordinario para tales casos. La Sala creyó conveniente precisar el alcance de su doctrina en los siguientes términos: "cuando el empresario ha reconocido la improcedencia del despido y ha depositado una determinada indemnización con la que el trabajador no está de acuerdo, éste puede cobrar dicha indemnización y reclamar la diferencia Y esta reclamación deberá hacerse en un proceso de despido cuando la discrepancia se plantee por una cuestión de fondo (tipo de indemnización debida -45 días, 33 días, 20 días por año-, salario, antigüedad; o bien, sujeto o sujetos obligados al pago) pero no cuando, existiendo conformidad sobre todos esos extremos, se trate exclusivamente de hacer la operación matemática necesaria para aplicar correctamente el artículo 56.1,a) del ET , o el que proceda, en cuyo caso el proceso adecuado es el ordinario". La STS de 4 de mayo de 2012 (rcud. 2645/2011) desestimó el recurso del trabajador contra la sentencia que había declarado la inadecuación del procedimiento ordinario en un supuesto en el que se reclamaba las diferencias de indemnización cuando se acepta la procedencia del despido, pero se discute el importe de aquélla en función de la antigüedad. La sentencia de instancia estimó la demanda, rechazando la excepción de inadecuación de procedimiento, pero la sentencia recurrida estimó el recurso de la empresa y revocó la sentencia de instancia por estimar que el procedimiento adecuado es el de despido. Nuestra sentencia confirma tal pronunciamiento ofreciendo los siguientes argumentos: "resulta claro que no estamos ante un simple impago de una cantidad no controvertida ni ante una mera discrepancia de cálculo, existiendo conformidad en los elementos en función de los cuales se ha de calcular la indemnización de despido. Se trata, por el contrario, de una diferencia que afecta a un elemento esencial de esa determinación, como es la antigüedad, por lo que, de conformidad con la doctrina de las sentencias a que se ha hecho referencia, el procedimiento adecuado es el de despido, como ha estimado la sentencia recurrida, lo que, por otra parte, se relaciona con el alcance que, de acuerdo con la doctrina de la sentencia del Pleno de la Sala de 18 de noviembre de 2009 (recurso 71/2009), tiene la oferta de reconocimiento de la improcedencia del despido cuando no es aceptada por el trabajador, pues la impugnación de esa oferta en uno de sus elementos esenciales libera al empresario de la misma y podría incluso cuestionar la procedencia del despido, con lo que lógicamente el proceso de despido será el adecuado para conocer este tipo de pretensiones". De este modo la doctrina de la Sala, a través de las sentencias expuestas, quedó claramente conformada en el sentido de que cuando existan discrepancias entre empresario y trabajador, sobre el importe de la indemnización o de los salarios de tramitación, el proceso adecuado para reclamar estas cantidades será el ordinario, cuando se trate simplemente de hacer una operación matemática para el cálculo de dichos importes. En cambio, la reclamación se canalizará a través del proceso por despido si la discrepancia sobre la cuantía versa sobre los elementos objetivos para su determinación (el salario, la antigüedad, etc.). Nuestra reciente STS de 26 de abril de 2016 (rcud. 1360/2014), resolvió un supuesto de reclamación de cantidad en la que se solicitaba una indemnización superior, por entender que debían computarse como antigüedad periodos anteriores al alta en la Seguridad Social. En instancia se estimó en parte la demanda limitando la indemnización a la que constaba en la carta de despido, por considerar que el procedimiento ordinario es inadecuado para reclamar una indemnización mayor. La Sala de suplicación confirmó la sentencia de instancia, por entender que la acción más adecuada es la de despido. Sin embargo, la Sala estimó el recurso de la trabajadora y revocando la sentencia recurrida, consideró adecuado el proceso ordinario. Aunque, a simple vista, pudiera tratarse de un cambio en la consolidada doctrina expuesta no hay tal modificación dado que la propia resolución examinada apoya su decisión en la doctrina anterior, en concreto, con cita expresa de las SSTS de 22 de enero de 2007 (rcud 3011/2005) y de 4 de mayo de 2012 (rcud. 2645/2011) que, como se acaba de analizar, conformaron la doctrina tradicional de la Sala en el sentido de que

cuando se discute uno de los parámetros básicos que conforman la indemnización por despido (singularmente la antigüedad) el proceso a seguir es el de despido. Las circunstancias concretas del caso examinado aconsejaron que la Sala, apartándose de su tradicional doctrina, resolviese en el sentido apuntado. (...) En el supuesto sometido a nuestra consideración, a la vista de las circunstancias concurrentes, la Sala entiende que debe mantenerse la doctrina tradicional, lo que implica estimar el recurso con la declaración de que en este supuesto la controversia sobre el procedimiento a seguir debe resolverse en el sentido de que el adecuado es el proceso de despido. Las razones que avalan esta decisión son las que se exponen a continuación. En primer lugar, la decisión es la más acorde con la doctrina tradicional de la Sala reiterada en el tiempo y que, por las razones expuestas en el Fundamento de Derecho anterior, no puede considerarse modificada. En efecto, como se ha avanzado, la Sala viene sosteniendo con reiteración que el proceso ordinario es adecuado cuando la pretensión dirigida al cobro de la indemnización que deriva del acto extintivo se limita exclusivamente a la reclamación de una cantidad no discutida o que deriva de unos parámetros de cálculo sobre los que no existe discrepancia entre las partes. Ahora bien, cuando en el supuesto controvertido se pongan en cuestión la propia existencia de la indemnización o los elementos básicos para la determinación de la misma o la propia naturaleza de la indemnización debida o, como ocurre en el presente caso, la validez de cláusulas contractuales que resulten determinantes para la configuración de la indemnización, el único procedimiento adecuado es el de despido. En segundo lugar, en el presente supuesto nos hallamos ante un despido objetivo por causas económicas, sobre el que la empresa mantiene en todo momento su procedencia, y que se formaliza a través de una carta de despido en el que, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 53.b) ET, se pone a disposición del trabajador la indemnización legalmente prevista de 20 días de salario por año de servicio con el límite de doce mensualidades, indemnización que es recogida por el trabajador sin oponer objeción alguna. Transcurrido con exceso el plazo de caducidad de la acción de despido, el actor reclama una mayor indemnización, para lo que hace valer una cláusula de garantía otorgada por la entidad demandada cuya aplicación elevaría sensiblemente la indemnización. El valor de tal cláusula es discutido por la empresa que incluso niega su aplicabilidad en base a una revocación posterior de la misma. En esas circunstancias, la cláusula afecta a elementos básicos de la propia extinción por causas objetivas puesto que implica, por una parte, a la propia cuantificación de la indemnización debida, aun contando con la procedencia del despido; y, por otra, a la regularidad de la propia decisión extintiva ya que una defectuosa puesta a disposición de la indemnización pudiera haber derivado en la improcedencia del despido. Finalmente, la cuantía de la indemnización resulta relevante para la propia decisión de despedir y para el ejercicio de la opción sobre una hipotética readmisión. En tercer lugar, de lo expuesto se desprende que no estamos en presencia de una diferencia meramente aritmética ni ante una cantidad no controvertida que pueda analizarse al margen del acto jurídico del que dimana y trae causa. Al contrario, nos hallamos ante una controversia que afecta directamente a la propia decisión extintiva, que depende de la interpretación de una cláusula contractual -condición más beneficiosa- cuyo análisis y valoración de su validez y vigencia no pueden realizarse al margen del acto extintivo que constituye el hecho básico sobre el que se proyecta la controvertida cláusula, lo que determina que sea el proceso de despido el adecuado para la resolución de los diferentes problemas que condicionan la determinación de la indemnización reclamada". Doctrina de aplicación al supuesto enjuiciado, atendiendo a las circunstancias concurrentes en el caso antes señaladas, y la concreta pretensión, limitada a determinar cuál es el procedimiento adecuado, el ordinario o el de despido, para resolver sobre diferencias indemnizatorias por determinados conceptos salariales como consecuencia de un despido colectivo, y en concreto, con base a una mayor antigüedad de los demandantes en la empresa. Ello determina que, la solución al caso no pueda ser

otra que determinar que el procedimiento adecuado para resolver la cuestión planteada es el de despido, respetando la doctrina unificadora y por razones de seguridad jurídica, al no existir razón alguna para apartarse de tal criterio.”

Aplicando la doctrina expuesta al presente caso en el que se reclaman diferencias de indemnización por extinción del contrato de trabajo derivada del despido colectivo acordado por RTVV S.A.U., que es precisamente lo que pasa en este supuesto concreto, donde se tiene que decidir si la cantidad que se reconoció al aquí recurrente por diferencias retributivas en la sentencia de 23 de septiembre de 2015 dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Valencia debe o no integrar, alterándola, la indemnización que en su momento le fue abonada por el ente RTVV a raíz del ERE extintivo que afectó al colectivo de trabajadores a sus servicio, entendemos que es correcto, como indica la sentencia de instancia, que el procedimiento que debió seguir el trabajador para efectuar tal reclamación era el de despido y no el ordinario que planteó una vez superado el plazo de caducidad para ejercitar la acción de despido. Ello es así pues siendo el salario uno de los parámetros que intervienen en el cálculo de la indicada indemnización por despido colectivo, y entendiendo la parte actora que la indemnización se ha calculado con arreglo a un módulo salarial que no es el que se le debe asignar, existe controversia sobre uno de los parámetros esenciales para fijar la indemnización por despido y esa controversia debe dirimirse a través del procedimiento de despido, aun cuando como dice la parte recurrente no se discuta la calificación del despido objetivo. Por ello debemos desestimar el recurso formulado confirmando la Sentencia de instancia que aprecia la inadecuación de procedimiento y absuelve a las demandadas de las pretensiones seguidas en su contra.

FALLO

Estimamos el recurso de suplicación formulado por don R.G.B. frente la sentencia del Juzgado de lo Social nº 11 de los de Valencia de 6 de marzo de 2018, recaída en autos sobre reclamación de cantidad frente a RTVV, SAU, y R.A.V., SA, con devolución de los autos al juzgado de procedencia una vez sea firme la presente resolución, con la finalidad de que se dicte sentencia sobre el fondo del asunto con completa libertad de criterio.

2463

Sentencia núm. 1.341, de 7 de mayo de 2019

Materia: Impugnación de acto administrativo. Acta de infracción. Sanción empresarial por no dar de alta en el RGSS a siete trabajadores.

Juzgado: Desestima la demanda, absolviendo al organismo demandado de todos los pedimentos deducidos en su contra, confirmando la sanción impuesta a la empresa actora en resolución administrativa. No se ha producido la caducidad del acto administrativo.

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

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - 1. El presente recurso se estructura en dos motivos que la parte formula con amparo procesal en el apartado c) del artículo 193 de la LRJS, y en los que la ahora recurrente combate el pronunciamiento judicial que considera extemporánea la alegación de caducidad del expediente administrativo. Sostiene en primer lugar que la sentencia de instancia infringe lo dispuesto en los artículos 72 y 85 de la LRJS de acuerdo con la STS de 26 de noviembre de 2012 por lo que, aunque la caducidad no se alegara en la fase previa a la vía judicial pudo ser examinada de oficio. Denuncia a continuación lo dispuesto en los artículos 17,20 y 21 del RD 929/1998 de 14 de mayo para llegar a la conclusión de que el expediente administrativo estaba caducado. Solicitando la revocación de la sentencia e insistiendo en que los trabajadores afectados estaban dos días antes de alta en la empresa N.

2. Con carácter previo a la resolución del presente recurso, y atendidos los términos en los que este ha sido formulado, debemos recordar que tal y como viene sosteniendo esta Sala de forma reiterada entre otras en la sentencia de 11/06/2013 dictada en el recurso 3093/2012 es doctrina jurisprudencial consolidada contenida y 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 y de acuerdo con las previsiones formales recogidas en los artículos 193 a 196 de la LRJS. Por otro lado, tal y como nos recuerda recientemente la STS de 28 de febrero de 2019 recurso 2768/2017, constituye jurisprudencia constante la de que la alegación de una cuestión nueva es incompatible con el carácter extraordinario que tienen los recursos en materia laboral, por lo que tanto la suplicación como la casación tiene vedada la resolución de cuestiones que no han sido objeto de debate en la instancia previa.

3. Las premisas anteriores serían suficientes para desestimar el presente recurso por cuestiones formales, ya que tal como se desprende del planteamiento inicial, la parte plantea una cuestión que no ha sido objeto de debate en la instancia por expresa exclusión de la magistrada actuante (fundamento tercero) sin instar previamente la nulidad de actuaciones prevista en el apartado a) del artículo 193 de la LRJS a fin de que conforme a sus alegaciones la magistrada entre de oficio a resolver esta cuestión e invocando la infracción de normas procesales por la vía legal prevista para denunciar la infracción de normas sustantivas.

4. En cualquier caso y aun dando respuesta a sus planteamientos jurídicos

entendemos que su recurso no puede prosperar. La sentencia recurrida hace una aplicación correcta de lo dispuesto en los artículos 72 y 85 de la LRJS, cuya infracción, insistimos, debió denunciarse por la vía procesal oportuna que no es la invocada por la recurrente. La sentencia dictada por la Sala IV el 26 de noviembre de 2012 no tiene ninguna incidencia en el caso que nos ocupa en cuanto tal y como se desprende de su contenido, trata un supuesto de caducidad de la acción ejercitada, más concretamente de la acción de despido, por lo que su argumentación en nada afecta a la cuestión planteada en el recurso que se refiere a la posible irregularidad formal en la tramitación de un expediente sancionador, cuestión que no está relacionada con el plazo legal para el ejercicio de la acción judicial, y que en consecuencia no es apreciable de oficio debiendo haber sido alegada con carácter previo por la empresa sancionada tal y como se desprende de la norma procesal aplicada por la sentencia.

5. Por último, y a tenor de los hechos probados que resultan inalterados y son vinculantes para esta Sala (hechos primero y tercero) tampoco apreciamos infracción de las normas reguladoras de la actuación sancionadora de la administración, en cuanto que entre la fecha del acta de infracción de 4/12/2014 hasta la resolución del citado expediente el 17/4/2015 no habían transcurrido los plazos legales de caducidad del expediente administrativo. A la vista de lo expuesto resulta clara la suerte desestimatoria del recurso en la medida que la parte recurrente no solo ha prescindido de los requisitos procesales mencionados, sino que se aparta del contenido fáctico y jurídico de la sentencia a la hora de plantear las posibles infracciones de esta, sin que su censura pueda prosperar.

SEGUNDO. - Por todo lo razonado no procede sino la desestimación del recurso interpuesto, sin costas conforme al art. 235.1 LRJS en relación con el art. 2 d) de la Ley de asistencia jurídica gratuita.

Vistos los precedentes preceptos legales y los de general aplicación.

FALLAMOS

Con desestimación del recurso de suplicación interpuesto por la representación procesal de S.E.SL contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social 6 de los de Valencia de 27 de abril de 2018 y en consecuencia procedemos a CONFIRMAR ÍNTEGRAMENTE la resolución recurrida.

Sin costas.

2464

Sentencia núm. 1.357, de 7 de mayo de 2019

Materia: Conflicto colectivo. Calendario laboral. Trabajadores que prestan sus servicios en empresa demandada. A los trabajadores les resulta de aplicación el convenio del sector de la industria, tecnología y servicios del sector del metal

Juzgado: Estima la demanda: No ha lugar a declarar la nulidad del calendario laboral de 2018 adoptado por la empresa si bien el mismo ha de interpretarse en el sentido de que, cuando cualquier trabajador realice horas para recuperar el saldo negativo de 18 horas que en el mismo se establece, ha de aplicarse el apartado “Régimen de compensación de las horas” del acuerdo firmado en determinada fecha.

Sala: Estima el recurso y revoca la sentencia recurrida desestimando la demanda iniciadora de las presentes actuaciones, absolviendo a la empresa demandada de la reclamación deducida frente a ella.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. La Confederación Sindical de Comisiones Obreras del País Valenciano (en lo sucesivo CCOO) presentó demanda de conflicto colectivo contra la empresa M.S.S., SAU en la que solicitaba que se dejara “sin efecto el calendario laboral impuesto por la empresa”.

2. La sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 7 de Valencia, si bien rechazó la solicitud de nulidad del calendario laboral confeccionado por la empresa para el año 2018, señaló que se debía interpretar “en el sentido de que cuando cualquier trabajador realice horas para recuperar el saldo negativo de 18 horas que en el mismo se establece ha de aplicarse el apartado “Régimen de compensación de las horas “ del Acuerdo de fecha 28.10.2014”.

3. Frente a este pronunciamiento judicial se ha interpuesto el presente recurso de suplicación por la letrada designada por la sociedad mercantil M.S.S. SAU.

SEGUNDO.- 1. En los tres primeros motivos del recurso se solicita que se declara la nulidad de las actuaciones al amparo del apartado a) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (en adelante LRJS).

2. Como paso previo al examen de cada uno de estos motivos, es conveniente recordar la doctrina elaborada en torno a la nulidad de las actuaciones que se puede resumir del siguiente modo: a) ha de aplicarse con criterio restrictivo evitando inútiles dilaciones, que serían negativas para los principios de celeridad y eficacia, por lo que sólo debe accederse a la misma en supuestos excepcionales. En este sentido, se recuerda en la STS 11-12-2003 (recurso 63/2003) que “la nulidad es un remedio último y de carácter excepcional que opera, únicamente, cuando el Tribunal que conoce el recurso no puede decidir correctamente la controversia planteada”; b) ha de constar, siempre que sea posible, la previa protesta en el juicio oral de la parte perjudicada por la infracción que se denuncia; c) ha de invocarse de modo concreto la norma procesal que se estime violada, sin que sean posibles las simples alusiones genéricas; d) ha de justificarse la infracción denunciada; e) debe tratarse de una norma adjetiva que sea relevante; f) la infracción ha de causar a la parte verdadera indefensión, o sea, 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 retracción de actuaciones; y g) no debe tener parte en la alegada indefensión quien solicita la nulidad.

3. En los dos primeros motivos de nulidad se invoca la incongruencia de la sentencia recurrida, porque “no ofrece contestación alguna a las excepciones procesales alegadas por esta parte ni a la expresa petición de temeridad” - incongruencia omisiva del motivo primero- y porque “se pronuncia sobre cuestiones no solicitadas en el suplico de la demanda: en concreto, sobre la interpretación que ha de darse al Pacto colectivo de empresa” -incongruencia extra petitum del motivo segundo.

Como ha señalado el Tribunal Constitucional, por ejemplo en la sentencia 39/2003, de 27 de febrero: “(...) hemos establecido con reiteración la distinción entre dos tipos de incongruencia: de una parte, la llamada incongruencia omisiva o ex silentio, que se producirá cuando el órgano judicial deje sin contestar alguna de las pretensiones sometidas a su consideración por las partes, siempre que no quepa interpretar razonablemente el silencio judicial como una desestimación tácita cuya motivación pueda inducirse del conjunto de los razonamientos contenidos en la resolución y sin que sea necesaria, para la satisfacción del derecho a la tutela judicial efectiva, una contestación explícita y pormenorizada de cada una de las alegaciones que se aducen como fundamento a su pretensión, pudiendo bastar, en atención a las circunstancias particulares concurrentes, con una respuesta global o genérica, aunque se omita respecto de alegaciones concretas no sustanciales (SSTC 91/1995, de 19 de junio, 56/1996, de 15 de abril, 58/1996, de 15 de abril, 85/1996, de 21 de mayo, 26/1997, de 11 de febrero). Y, de otra parte, la denominada incongruencia extra petitum, que se da cuando el pronunciamiento judicial recaiga sobre un tema no incluido en las pretensiones deducidas en el proceso, de tal modo que se haya impedido a las partes la posibilidad de efectuar las alegaciones pertinentes en defensa de sus intereses relacionados con lo decidido, provocando su indefensión al defraudar el principio de contradicción (SSTC 154/1991, de 10 de julio; 44/1993, de 8 de febrero, FJ 3; 172/1994, de 7 de junio; 116/1995, de 17 de julio; 60/1996, de 15 de abril; 98/1996, de 10 de junio; 17/2000, de 31 de enero, FJ 6.a; y 135/2002, de 3 de junio, FJ 3, entre otras)”.

A la luz de esta doctrina, los dos primeros motivos del recurso deben ser rechazados por las siguientes razones:

a) En relación con la ausencia de respuesta a la petición de temeridad, porque es obvio que si la sentencia estima, aunque sea parcialmente, la pretensión ejercitada en la demanda, ya no se puede dar el supuesto de temeridad de la parte actora previsto en el artículo 97.3 LRJS.

b) También argumenta la recurrente en defensa de su petición de nulidad de las actuaciones, que la sentencia no se pronunció sobre las excepciones de defecto legal en el modo de proponer la demanda y de inadecuación de procedimiento que se opusieron el acto del juicio. Y aunque es cierto que la sentencia recurrida no da una respuesta expresa a tales excepciones, entendemos que en el supuesto que ahora se analiza esta omisión no puede provocar la nulidad que se solicita, porque la posible indefensión que pudiera derivarse del silencio de la sentencia recurrida respecto de tales excepciones pudo salvarse si la empresa las hubiera reproducido en sede del presente recurso. En este sentido no está de más recordar que el artículo 202.2 LRJS dispone que “(s)i la infracción 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”. Y en este caso, más allá de solicitar la nulidad de la sentencia, en el recurso se omite cualquier otra referencia a tales excepciones, por lo que entendemos que el silencio

de la sentencia no ha colocado a la empresa en la situación de indefensión que resulta necesaria para que la petición de nulidad pueda prosperar.

c) Y, por último, porque no se aprecia la incongruencia por exceso que se denuncia en el segundo motivo del recurso, pues no cabe duda de que el examen y enjuiciamiento de la pretensión ejercitada en la demanda exigía la interpretación del Acuerdo de 28 de octubre de 2014. Prueba de ello, es que los motivos de infracción jurídica en los que se basa la empresa para atacar el pronunciamiento de la sentencia recurrida -en particular el motivo sexto del escrito de recurso- se fundamentan, precisamente, en la interpretación del apartado 5 del citado Acuerdo de 28 de octubre de 2004. Por tanto, para verificar la legalidad del calendario laboral elaborado por la empresa para el año 2018 resulta ineludible examinar e interpretar el mencionado pacto de empresa, como así se hará cuando se resuelvan los dos últimos motivos del recurso.

4. Como último motivo de nulidad de la sentencia, contenido en el ordinal tercero del recurso, se alega la falta de motivación porque "la sentencia de instancia no justifica en qué elementos probatorios fundamenta su interpretación del pacto colectivo".

La exigencia de motivación de las resoluciones judiciales es una manifestación del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva (ex arts. 24 y 120 CE). Pero esta exigencia constitucional no excluye la posible economía de los razonamientos, ni que estos sean escuetos, sucintos o expuestos de forma expresa o por referencia a los que ya constan en el proceso: "lo importante es que guarden relación y sean proporcionados y congruentes con el problema que se resuelve y que, a través de los mismos puedan las partes conocer el motivo de la decisión a efectos de una posible impugnación y permitan a los órganos judiciales superiores ejercer la función que les corresponde"- SSTC 184/1988, de 13 de octubre - pues "en el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva que consagra el art. 24.1 CE se comprende el de obtener, como respuesta a la pretensión de la parte, una resolución fundada en derecho, es decir, motivada y razonada, lejos de la arbitrariedad, y razonable, extraña al capricho o puro voluntarismo" - STC 232/2002, de 14 de diciembre -. Se trata de exigencias que el Tribunal Constitucional ha venido reiterando hasta la actualidad - por todas SSTC 135/1995, de 11 de septiembre, 184/1998, de 28 de septiembre, 68/1999, de 26 de abril, 32/2002, de 11 de febrero o 65/2009, de 9 de marzo -, en doctrina que ha hecho suya esta Sala del Tribunal Supremo, en reiteradas sentencias entre las que pueden citarse las SSTS de 3 de junio de 2003 (rec 151/2002) o 3 de diciembre de 2009 (rec 30/2009).

En este caso consideramos que la sentencia cumple con el canon de motivación suficiente para que las partes no vean mermado su derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, toda vez que se expresan con claridad las razones por las que considera que la pretensión del sindicato demandante debe ser estimada, al menos en parte.

Lo que se desprende de la lectura de este motivo tercero, es la discrepancia de la empresa recurrente con la solución alcanzada por la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social, pues los argumentos que esboza son los mismos que se desarrollan posteriormente en el motivo sexto que se redacta al amparo del apartado c) del artículo 193 LRJS. Por lo que será al analizar ese motivo cuando demos respuesta a las consideraciones que se hacen en él.

TERCERO.- El motivo cuarto del recurso tiene por objeto revisar el relato de hechos probados que contiene la sentencia recurrida para que se añadan tres hechos nuevos:

a) Como hecho probado quinto se propone el siguiente texto: “QUINTO.- Que el Convenio Colectivo del sector de la Industria, la Tecnología y los Servicios del Sector del Metal para los años 2017 a 2019 establece que la jornada individual de trabajo efectiva será de 1744 horas. En los años 2015, 2016 y 2017, tal y como muestran los calendarios laborales de dichos años, no se ha aplicado la compensación de horas establecida en el apartado Quinto de Acuerdo de fecha 28 de octubre de 2014. En primer lugar, en el calendario laboral del año 2015 se fijaban 1.733 horas de conformidad con el calendario de F. Por lo tanto, existía una diferencia entre la jornada convencional y la jornada de F., de 11,36 horas, y ello se saldó con 1 día de formación, quedando 0,45 horas pendientes que se dejaron finalmente sin realizar. En segundo lugar, en el calendario laboral del año 2016 se fijaban 1736 horas de conformidad con el calendario de F. Por lo tanto, existía una diferencia entre la jornada convencional y la jornada de F. de 8 horas, y ello se saldó con formaciones en los meses de febrero, marzo, abril, mayo, junio, septiembre, octubre y noviembre a razón de 1 hora por cada mes, con un total de 8 horas de formación. En tercer lugar, en el calendario laboral del año 2017, se fijaban 1705 horas de conformidad con el calendario de F. Por lo tanto, existía una diferencia entre la jornada convencional y la jornada de F. de 39 horas, y ello se saldó con: formación (7horas), realización del proceso EOS (3 horas), formación en Prevención de Riesgos Laborales (8 horas) y por último laborales de limpieza (21 horas). Por lo tanto, se realizaron esas 39 horas cumpliendo con las 1.744 horas fijadas en el Convenio Colectivo”.

A pesar de que el texto que se pretende introducir se refiere a datos relativos a años anteriores al 2018, cuyo calendario laboral es el que constituye el objeto de la controversia, no existe inconveniente en que se deje constancia de la jornada de trabajo anual establecida en el convenio colectivo del sector de la Industria, la Tecnología y los Servicios del Metal para los años 2015 a 2019 y de las jornadas anuales establecidas en los calendarios laborales elaborados por la empresa para los años 2015 a 2017. No así del modo de compensación de la diferencia entre la jornada convencional y la jornada de F.E., pues no se deriva directamente de los documentos invocados sino que requiere una interpretación o explicación adicional que queda extramuros del recurso de suplicación.

b) El texto que se propone como hecho probado sexto es: “SEXTO.- Que las últimas elecciones sindicales en la empresa tuvieron lugar en mayo de 2016, resultando elegidos como representantes de los trabajadores D. M.A.L.B., D. V.A.M., D. J.M.V.S., D. E.D.M. por el sindicato UGT y D. J.P.M., D. A.G.P., D. F.C.O., D. I.R.M.M. y D^a K.M. por el sindicato CCOO. Todos los representantes de los trabajadores por el sindicato CCOO menos uno firmaron el calendario laboral de 2017 con acuerdo con la Empresa en fecha 17 de febrero de 2017, estos mismos representantes son los que estuvieron en las negociaciones del calendario de 2018, y los que ahora reclaman la aplicación del apartado 5 del acuerdo”.

Como se argumenta en la STS de 11 de enero de 2017 (rec.24/2016) recogiendo una doctrina tradicional, para que la modificación de los hechos que la sentencia declara probados pueda prosperar es necesario que el error sea trascendente en orden a alterar el sentido del fallo de la resolución recurrida, sin que pueda utilizarse para introducir calificaciones jurídicas predeterminantes del fallo (STS 11 de febrero de 2014, Rec. 27/2013).

Consideramos que la petición que se pretende introducir carece de trascendencia para que pueda acceder al relato de hechos probados de la sentencia, pues el hecho de que los representantes del sindicato CCOO pudieran haber firmado el calendario laboral de 2017 no les impedía impugnar el de 2018 por las razones que estimasen oportunas.

c) Por último, se propone como hecho probado séptimo -aunque, sin duda

por error, se escribe “quinto”- el siguiente texto: “QUINTO.- Que se produjeron varios comunicados en el año 2018 por Recursos Humanos a los trabajadores de la empresa, en los que se les hizo saber que a partir de lo establecido por F. habría dos nuevas jornadas de producción extras para el 13 y 21 de abril, un día con un turno extraordinario de producción el 5 de mayo y dos días de no producción los días 10 y 11 de octubre de 2018. Asimismo, se informaba que dichas horas sí recibirían el tratamiento establecido en el acuerdo colectivo para la bolsa de horas”.

Las mismas razones expuestas en el apartado b) nos conducen a rechazar esta petición, pues los comunicados emitidos por el departamento de Recursos Humanos en nada sirven para clarificar la legalidad de la actuación empresarial. Por lo demás, tampoco es objeto de controversia que F.E. puede realizar cambios organizativos que pueden afectar a la producción de la empresa recurrente.

CUARTO.- 1. Los dos últimos motivos del recurso están redactados al amparo del apartado c) del artículo 193 LRJS y están destinados a combatir la conclusión a la que llega la sentencia recurrida. Se argumenta por la empresa recurrente que el fallo de la sentencia no tiene en cuenta lo acontecido en años anteriores, en concreto en el año 2017, en que las circunstancias con respecto al sistema de compensación de horas fueron las mismas que en 2018 y entonces los representantes de los trabajadores mantuvieron una interpretación diferente del apartado 5 del Acuerdo de 28 de octubre de 2014 que la que postulan para el año 2018 -motivo quinto-. Y se añade que interpretación que hace la sentencia del Acuerdo es contraria a su literalidad y finalidad. Lo que sostiene la empresa es que la compensación de horas de forma bonificada -a razón de más de una hora por hora trabajada- tan solo procede tras la aprobación del calendario laboral y si surgen cuestiones productivas a lo largo del año, y no en la realización del calendario laboral como se dice en la sentencia -motivo sexto.

2. Se trata, por tanto, de interpretar el alcance del apartado 5 del Acuerdo suscrito en el seno de la empresa el 28 de octubre de 2014 que dice lo siguiente: "Quinto.- Bolsa de Horas. Se acuerda la creación de una bolsa de horas cuya finalidad es registrar de manera individualizada el número de horas que por exceso o por defecto efectivamente realicen los trabajadores del centro de trabajo como consecuencia de las exigencias de producción...

Condiciones de la bolsa:

a) Horas a favor de la empresa: Una vez fijado el calendario laboral anual, cuando como consecuencias de circunstancias de la producción y/o de nuestro cliente F.E., tales como jornadas industriales, variaciones en los días de vacaciones, cambios de jornada, días de no producción, realicen menos horas de las previstas en el calendario laboral y en el convenio colectivo de aplicación, las mismas se registrarán a nivel de trabajador para su posterior recuperación bajo las siguientes condiciones:

- No hay límite de acumulación de horas. Dichas horas se acumularán a la bolsa valor nominar (1 hora=1 hora).
- Las horas se recuperarán como máximo antes del 30/06 del año siguiente y en el caso de no haberse recuperado no consolidarán una jornada laboral anual inferior en ningún caso.
- Las horas a favor de la empresa podrán se recuperadas por los trabajadores, durante toda la semana laboral, incluidos los sábados, festivos y en horario nocturno.
- Cuando el trabajador realice horas para recuperar dicho saldo negativo, se aplicará lo establecido en el apartado de compensación de las horas que más abajo expone.

b) Horas a favor del empleado: Por el contrario, una vez fijado el calendario laboral anual, cuando como consecuencias de circunstancias de la producción y/o de nuestro cliente F.E, tales como jornadas industriales, variaciones en los días de vacaciones, cambios de jornada, días de producción extra, recuperación de producción por los problemas operativos o logísticos u otras actividades operativas

que la empresa pudiera determinar, se realicen más horas que las previstas en el calendario laboral y en el convenio colectivo de aplicación, las mismas se registran a nivel del trabajador para su posterior compensación bajo las siguientes condiciones.

Régimen de compensación de horas:

Se acuerda establecer el siguiente régimen de compensación de horas:

a) Horas diurnas (de lunes a viernes):

Cuando las horas a compensar tengan su origen en las realizadas durante la semana laboral, concretamente de lunes a viernes y en horario diurno (de 6:00 a 22:00h), la empresa compensará dichas horas con un incremento del 18,75% sobre la hora ordinaria de trabajo, que será aplicable tanto para los supuestos de compensación con tiempo de descanso, como para el supuesto de compensación económicas (horas extraordinarias).

...

b) Horas nocturnas y sábados:

Cuando las horas a compensar tengan su origen en las realizadas en sábados o en horario nocturno (de 22.00 a 6.00 hs), la empresa compensará dichas horas con un incremento de un 25% sobre la hora ordinaria de trabajo, que será aplicable tanto para los supuestos de compensación con tiempo de descanso, como para el supuesto de compensación económicas (horas extraordinarias)

....

c) Horas realizadas en festivo:

Cuando las horas a compensar tengan su origen en las realizadas en festivos, la empresa compensará dichas horas con un incremento de un 75% sobre la hora ordinaria de trabajo, que será aplicable tanto para los supuestos de compensación con tiempo de descanso, como para el supuesto de compensación económicas (horas extraordinarias

.....".

3. Para llegar a una correcta interpretación del Acuerdo es necesario tener en cuenta los siguientes datos de interés que no han resultado controvertidos y que se pueden resumir del siguiente modo: a) La empresa recurrente M.S.S. SAU tiene como único cliente a F.E. b) El convenio colectivo del sector de la Industria, la Tecnología y los Servicios del Sector del Metal para los años 2017 a 2019, que resulta aplicable a la empresa recurrente, establece una jornada individual de trabajo efectivo de 1.744 horas. c) En la empresa F.E. la jornada laboral para el año 2018 era de 1.733 horas.

A la vista de las circunstancias que se han descrito entendemos que el recurso merece ser estimado. Como se expone en el párrafo introductorio del apartado 5 del Acuerdo de 28 de octubre de 2014, lo que se pretende con la instauración de la bolsa de trabajo es registrar el número de horas que por exceso o por defecto se realicen efectivamente por los trabajadores de la empresa como consecuencia de las exigencias de la producción para, posteriormente, proceder a su compensación según el saldo resulte favorable a la empresa o al empleado. Estas exigencias productivas no pueden ser otras que las que deriven de su único cliente que es F.E..

La cuestión no sería problemática si la jornada de trabajo de F.E. coincidiera con la prevista en el convenio colectivo del sector de la Industria, la Tecnología y los Servicios del Sector del Metal que, como ya hemos dicho, es el aplicable en M.S.S., SAU, pues la compensación de las horas se produciría en todo caso cuando por circunstancias de la producción de F.E. hubiera un exceso o un defecto de horas trabajadas respecto de las previstas en el convenio colectivo. El problema surge porque en la empresa Ford España se contempla una jornada laboral anual inferior a la establecida en el convenio colectivo del sector.

Pues bien, tanto la interpretación literal del Acuerdo como la sistemática llevan a la solución que postula la empresa. La primera, porque el Acuerdo condiciona el sistema de compensación de horas a que se realicen un número de horas distinto -menor o mayor, según el saldo sea a favor de la empresa o del empleado- “de las previstas en el calendario laboral y en el convenio colectivo de aplicación”. Por tanto, hay que partir del convenio colectivo aplicable, que es el del sector de la Industria, la Tecnología y los Servicios del Sector del Metal, para saber si como consecuencia de las circunstancias de la producción de F.E. se han realizado un número de horas inferior o superior al establecido en el convenio colectivo. Solo cuando se produzca esta circunstancia, esto es, cuando el número de horas realizadas no coincida con la jornada anual establecida en el convenio colectivo, entrará en juego el mecanismo de la compensación previsto en el apartado 5 del Acuerdo.

Y a la misma conclusión se llega desde una interpretación sistemática de todas las cláusulas del convenio colectivo, pues de aceptarse la tesis que sostiene el sindicato demandante y que ha sido acogida por la sentencia recurrida, se estaría reconociendo implícitamente a los trabajadores de la empresa una jornada de 1.733 horas, que es la prevista para F.E., y que es inferior a la de 1.744 horas establecida en el convenio colectivo; o dicho de otro modo, se les estaría retribuyendo con un salario fijado para una jornada de 1.744 horas cuando en realidad se parte de una jornada inferior de 1.733 horas, pues bien pudiera suceder que no concurrieran circunstancias de la producción que dieran lugar a ese exceso o defecto en la jornada anual.

QUINTO.- 1. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 203 LRJS, se acuerda que una vez firme la sentencia, se proceda a la devolución del depósito constituido para recurrir.

2. No ha lugar a imponer condena en costas (art. 235.2 LRJS).

FALLO

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de la empresa M.S.S. SAU contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 7 de Valencia de fecha 31 de enero de 2019 en virtud de demanda presentada a instancia de la CONFEDERACIÓN SINDICAL DE COMISIONES OBRERAS DEL PAÍS VALENCIANO; y, en consecuencia, revocamos la sentencia recurrida y con desestimación de la demanda iniciadora de las presentes actuaciones absolvemos a la empresa demandada de la reclamación deducida frente a ella.

Sin costas.

Se acuerda que una vez firme la sentencia, se proceda a la devolución del depósito constituido para recurrir.

2465

Sentencia núm. 1.381, de 7 de mayo de 2019

Materia: Despido con vulneración de los derechos fundamentales. Trabajador al servicio de empresa dedicada a la hostelería. El actor es objeto de sucesivos contratos eventuales por circunstancias de la producción. La empresa comunica al actor rescisión de la relación laboral con baja definitiva por finalización del contrato.

Juzgado: Estima la demanda declarando improcedente el cese del trabajador. El actor tiene derecho a elegir, por concurrir un supuesto de cesión ilegal, en ser admitido en iguales condiciones que regían con anterioridad a su despido o a indemnizarlo mediante determinada cantidad.

Sala: Estima el recurso del trabajador y desestima los recursos de las empresas codemandadas en la instancia. Declara la nulidad de la resolución judicial recurrida al no haber desistido el demandante de la acción de nulidad del cese.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Frente a la sentencia dictada el 22 de febrero de 2018 por el Juzgado de lo Social número 4 de Castellón de la Plana, se interpone recurso de suplicación tanto por la parte actora, D. C.B.P. como por las empresas demandadas, I.S.C.V. S.L y P. S.L, al no mostrarse conformes con el fallo de la recurrida.

SEGUNDO.- Deben examinarse en primer término los motivos primero y segundo de recurso del actor, redactados ambos al amparo del apartado a) del art. 193 LRJS, en virtud de los cuales se solicita la nulidad de la sentencia de instancia.

En el primer motivo, se denuncia la infracción del art. 24 CE y la consecuente indefensión del recurrente, al no contener la sentencia de instancia pronunciamiento alguno acerca de la acción de nulidad del despido que se articuló en su demanda, por vulneración del derecho a la garantía de indemnidad.

Apunta el Sr. B. que la Juez de instancia no da respuesta a dicha cuestión ni sobre la existencia o no de indicios para declarar la posible existencia de un despido nulo, lo que debería comportar la nulidad de la resolución para que aquélla se pronunciara sobre tales extremos.

En la misma línea, al motivo segundo, se dice que la resolución recurrida tampoco contiene una declaración fáctica en la que se pudiera sustentar la resolución de la acción anterior, por lo que debería completarse el mismo al objeto de evitar cualquier tipo de indefensión.

Sobre la incongruencia la STS de 27 de septiembre de 2008 (Rec. 1/37/2006), recordando a su vez a la de esta Sala de 8 de noviembre de 2006 (Rec. 1/135/2005) con cita de la doctrina constitucional, señalaba lo siguiente: *".....se ha afirmado que la incongruencia omisiva o ex silentio se produce cuando «el órgano judicial deja sin respuesta a alguna de las cuestiones planteadas por las partes, siempre que no quepa interpretar razonablemente el silencio judicial como una desestimación tácita, cuya motivación pueda inducirse del conjunto de los razonamientos contenidos en la resolución» (SSTC 16/1998, de 26 Enero, FJ 4; 215/1999, de 29 Noviembre, FJ 3; 86/2000, de 27 Marzo, FJ 4;124/2000, de 16 Mayo; 156/2000, de 12*

Junio, FJ 4; 33/2002, de 11 Febrero, FJ 4; 186/2002 de 14 Octubre; 6/2003, de 20 Enero; 91/2003, de 19 Mayo; 92/2003, de 19 Mayo; 218/2003, de 15 Diciembre; 250/05, de 10 Octubre; 264/05, de 24 Octubre; SSTS 28/09/04 y 05/05/05). De forma que presupone la existencia de un pronunciamiento judicial que resulta incompleto, por no darse respuesta a la pretensión o a alguna de las pretensiones formuladas por la parte, dejándola imprejuizada (SSTC 83/2004, de 10 Mayo, FJ 3; 146/2004, de 13 Septiembre, FJ 3; y 106/2005, de 9 Mayo, FJ 3). Y que son notas esenciales que identifican la infracción: de un lado, que conste el planteamiento de un elemento esencial de la pretensión cuyo conocimiento y decisión por el Tribunal sean trascendentes a los efectos de fijar el fallo; por otra parte, que el órgano judicial en su resolución no dé respuesta a la misma; y como tercera nota identificadora, consecuencia lógica de la obligación de motivar las resoluciones judiciales, ha de señalarse la necesidad de que razonablemente no pueda deducirse del conjunto de la resolución la existencia de, al menos, una desestimación tácita de la cuestión planteada”.

Por otro lado, la obligación de determinar los hechos que se consideran probados en la sentencia se recoge en el artículo 248.3 Ley Orgánica Poder Judicial, al expresar que, entre otros datos, la misma comprenderá "los hechos probados", y se reitera en el art. 97.2 de la LRJS al preceptuar que el Juzgador "apreciando los elementos de convicción declarará expresamente los hechos que estime probados, haciendo referencia en los fundamentos de derecho a los razonamientos que le han llevado a esta conclusión". Esta necesidad de motivación fáctica no es solamente una exigencia de la legislación orgánica u ordinaria, sino también de la Constitucional ("las sentencias serán motivadas" según el artículo 120.3 CE) en cuanto, como afirma el Tribunal Constitucional (STC 14/1991, 28 enero) debe reconocerse "el derecho de justiciable a conocer las razones de las decisiones judiciales, y, debe tutelarse por tanto, el enlace de las mismas con la Ley y el sistema general de las fuentes de que son aplicación". Ahora bien, el Juez o Tribunal de instancia es soberano para la apreciación de la prueba, con tal de que su libre apreciación sea razonada, exigencia que ha puesto de manifiesto la propia doctrina constitucional (S.T.C. 24/1990, de 15 de febrero), lo cual quiere decir que la resolución judicial ha de contener el razonamiento sobre las conclusiones de hecho, a fin de que las partes puedan conocer el proceso de deducción lógica del juicio fáctico seguido por el Órgano Judicial.

La petición de nulidad ha de ser estimada. No es cierto, como sostienen las empresas impugnantes, que el demandante desistiera de la acción de nulidad del cese. Visionado el acto del juicio, de lo que se desistió fue de la reclamación de una indemnización por daños y perjuicios, pues como sostuvo la representación letrada del actor, caso de estimarse la nulidad del cese por vulneración de la garantía de indemnidad, aquélla sería objeto de reclamación en procedimiento separado.

Es más, en trámite de conclusiones se volvió a incidir en la posible presencia de un despido nulo, lo que choca frontalmente con el desistimiento de la acción que se invoca por las codemandadas, e incluso la Letrada de la empresa I.S.C.V. S.L. incidió en sus conclusiones que no concurría un despido nulo por vulneración de la garantía de indemnidad.

En el fundamento de derecho primero de la sentencia recurrida dice literalmente lo siguiente:

“Solicita la parte actora, tras desistir de la reclamación por daños y perjuicios con tutela de derechos fundamentales, que se declare el despido del actor nulo y/o subsidiariamente improcedente (...).”

Pero de lo ocurrido en el acto del juicio no se desprende que se desistiera de la acción de nulidad, sino como ya apuntamos, solo de la reclamación de daños y perjuicios, acción sobre la que la Juez a quo no emitió ninguna decisión y que debió resolver, conforme a lo ya expuesto.

Y ante la posible existencia de una insuficiencia de hechos probados que pueda avalar una conclusión a favor o en contra de la acción ejercitada y no resuelta, procede estimar el recurso del trabajador, declarando la nulidad de la resolución recurrida para que por la Juez a quo, con total libertad de criterio, se dicte una nueva, resolviendo sobre la posible nulidad del cese del actor, por vulneración del derecho a la garantía de indemnidad, y se complete si fuera necesario el relato de hechos probados a tal efecto.

No procede emitir pronunciamiento alguno sobre el resto de motivos de recurso del actor, ni de los formulados por las empresas codemandadas, quedando imprejuizados los mismos.

TERCERO.- No procede la imposición de costas a ninguna de las partes.

En virtud de lo expuesto,

FALLAMOS

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de D. C.B.P., frente a la sentencia del Juzgado de lo Social número 4 de Castellón de la Plana de fecha 22 de febrero de 2018, en autos número 338/2017, seguidos a instancia del precitado recurrente frente a I.S.C.V. S.L, P. S.L Y FOGASA; y con nulidad de la precitada resolución, y de las actuaciones procesales posteriores, procede retrotraer las actuaciones al momento inmediatamente anterior a su dictado, para que por la Juzgadora a quo, con total libertad de criterio, se dicte una nueva sentencia subsanando los defectos advertidos. Sin entrar a valorar el resto de motivos de recurso del demandante ni los interpuestos por las partes codemandadas. Sin imposición de costas.

2466

Sentencia núm. 1.391, de 9 de mayo de 2019

Materia: Pensión de viudedad. La actora solicita prestación de viudedad tras muerte del esposo y convivencia con este durante un año después de casados. Reconocimiento de una pensión temporal al no quedar probada una convivencia superior a dos años tal y como exige el art. 222 y 221.2 de la LGSS. En el certificado histórico de convivencia del ayuntamiento donde residían los cónyuges queda acreditada la convivencia desde el año 2015. Procedencia del derecho de la prestación.

Juzgado: Estima la demanda declarando el derecho de la actora a percibir la pensión de viudedad vitalicia y no temporal, revocando con ello las resoluciones anteriores.

Sala: Desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia. Queda probada la convivencia del causante de la prestación con la demandante de instancia por un tiempo superior al legalmente necesario para lucrar la prestación. Reconoce la pensión vitalicia.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Letrada de la Administración de la Seguridad Social recurre en suplicación la sentencia del Juzgado de lo Social nº 1 de Castellón que estima la demanda y reconoce a la demandante la pensión de viudedad vitalicia, articulando el recurso a través de dos motivos que fundamenta respectivamente en los apartados b y c del art. 193 de la Ley de la Jurisdicción Social (LJS) y que han sido impugnados de contrario, conforme se refirió en los antecedentes de hecho.

En el primero de los motivos se solicita la supresión en el hecho probado cuarto del adverbio ininterrumpidamente que se refiere a la convivencia de la actora con el causante desde el año 2014 y no puede prosperar por cuanto que se sustenta en la contradicción existente entre la testifical de la que la Magistrada de instancia ha obtenido el convencimiento sobre la convivencia referida y el certificado histórico de convivencia del Ayuntamiento de B. de fecha 3 de mayo de 2017 y cuya eficacia probatoria debe de prevalecer a juicio de la recurrente. Se ha de tener presente que la prueba testifical no es susceptible de revisión en este extraordinario recurso, como se evidencia del contenido del apartado b del art. 193 de la LJS, pero es que además la revisión no puede prosperar cuando la documental que cita en amparo de la misma está contradicha por otros elementos probatorios (véase por ejemplo la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de diciembre de 1994), de modo que para el éxito de la revisión es necesario que lo pretendido por el recurrente no quede desvirtuado por otras probanzas que hayan podido ser consideradas por el juzgador de instancia, y de las que no quepa deducir una interpretación distinta a aquella que obtiene la parte, ya que, ante posibles contradicciones debe prevalecer el criterio del órgano jurisdiccional, que actúa de manera imparcial y objetiva frente al interés de una parte, correspondiendo al juzgador la facultad privativa sobre la valoración de todas las pruebas aportadas al proceso, de acuerdo con el artículo 97.2 de la Ley de procedimiento laboral - actualmente de acuerdo con el art. 97.2 de la LJS - (S.T.S. 18/11/1999).

SEGUNDO.- En el correlativo motivo de recurso que se destina al examen del derecho aplicado en la resolución recurrida se imputa a la misma la infracción del art. 219.2 de la Ley General de la Seguridad Social, en relación con el art.221.2 del

mismo texto legal. Tras transcribir los indicados preceptos, la Letrada de la Administración de la Seguridad Social afirma que no discute la doctrina establecida por la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de enero de 2011 en la que se fundamenta la sentencia de instancia para tener por acreditada la convivencia por cualquier medio de prueba admitido en derecho, pero que en el presente caso no está conforme en que se tenga por acreditada la convivencia ininterrumpida de la actora con el causante durante el período de dos años en total requerido a la vista de las testificales practicadas por diversos motivos que refiere a continuación y que, en realidad, implican una valoración de las diversas pruebas documentales y testificales practicadas en el acto del juicio y de la que concluye que existen muchos indicios de falta de convivencia y un documento objetivo y verídico que acredita exactamente la convivencia de un año y nueve meses, inferior por tanto a los dos años por ley exigidos.

En este motivo lo que se pretende es que este Tribunal efectúe una nueva valoración de los medios de prueba, olvidando la doctrina jurisprudencial recogida entre otras muchas, en la sentencia del TS de 22 de julio de 2015 (ROJ: STS 3433/2015 - ECLI:ES:TS:2015:3433), Recurso: 130/2014, y según la cual *"En SSTs 13 julio 2010 (Rec. 17/2009), 21 octubre 2010 (Rec. 198/2009), 5 de junio de 2011 (Rec 158/2010), 23 septiembre 2014 (rec. 66/2014) y otras muchas, hemos advertido 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 intermediación 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. En concordancia, 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"*.

Por otra parte, la jurisprudencia ha señalado la forma en que ha de acreditarse la convivencia more uxorio interpretando que si bien es cierto que el art. 221.2 LGSS (anteriormente párrafo 4 del art. 174.3 de la LGSS 1994) menciona el certificado de empadronamiento, ha de entenderse que la exigencia de tal certificado no puede convertirse en un requisito constitutivo de la prestación puesto que no se trata más que de un medio más de acreditar tal convivencia. Y así a tal efecto podemos citar la STS de 15 de marzo de 2011, rec. 1514/2010, con cita de la STS de 25 de mayo de 2010, Rec. 2969/2009, que afirma que *"..., la redacción del cuarto párrafo de dicho artículo 174.3, referido a "cuando se considerará" que existe pareja de hecho, permite diversas interpretaciones. Una es la que hace el INSS y la sentencia recurrida, según la cual se eleva indebidamente el certificado de empadronamiento a un auténtico "requisito constitutivo" de dicha relación afectiva. Pero hay una interpretación, mucho más acorde con el principio de igualdad constitucional, con el sentido histórico de la evolución normativa en que se inserta este nuevo artículo 174.3 y con otros criterios hermenéuticos a que más adelante nos referiremos, que es considerar el certificado de empadronamiento como un medio probatorio más, entre otros posibles, lo que, además, tiene la ventaja de permitir la prueba en contrario, esta vez a favor del INSS: puede haber un falso certificado de empadronamiento (o que fue verdadero en su día y ha dejado de serlo) que no se corresponde con una convivencia afectiva more uxorio real (que o bien nunca existió o que ha dejado de existir) y dicho certificado no debe prevalecer". Y concluimos: "Un criterio hermenéutico que abona además esta interpretación es el sistemático: dentro del propio párrafo del artículo 174.3 en el*

que aparece el certificado de empadronamiento se habla de una "convivencia estable y notoria"; pero es claro que lo notorio es lo que no necesita de prueba, aquello cuya real existencia se evidencia por sí misma, luego mal se puede exigir simultáneamente que el hecho en cuestión se acredite exclusivamente mediante una prueba meramente formal como es el certificado de empadronamiento. Y algo más adelante, en el mismo párrafo del artículo 174.3, se dice que "la existencia de la pareja de hecho se acreditará mediante certificación de la inscripción en alguno de los registros específicos existentes en las comunidades autónomas o ayuntamientos del lugar de residencia o mediante documento público en el que conste la constitución de dicha pareja". Es evidente que tal prescripción legal entra en contradicción con cualquier interpretación que lleve a concluir que el certificado de empadronamiento es la única prueba admisible de la convivencia. Es claro que la inscripción o el documento público recién citados tienen mucho mayor valor jurídico que el certificado de empadronamiento que, al fin y a la postre, no refleja más que un hecho cambiante y aleatorio, como es la vecindad. Vecindad que, por mil motivos diferentes, por ejemplo, por muy justificadas razones de trabajo y más en un mercado laboral tan móvil como el actual, puede ser distinta para ambos integrantes de la pareja de hecho -o de un matrimonio- sin que ello signifique absolutamente nada respecto a la existencia del vínculo en cuestión".

En el presente caso y como quiera que la convivencia ininterrumpida entre la demandante y su esposo D. J.M.G.T. en la localidad de B. se remonta al año 2014, convicción judicial que extrae la Magistrada de instancia de la testifical de los Sres. A. y C., se ha de concluir que se cumple el requisito de convivencia que sumado al de duración del vínculo matrimonial excede de los dos años, por lo que de conformidad con lo establecido en el art. 219.2 en relación con el art.221.2, ambos de la Ley General de la Seguridad Social, se ha de concluir que la demandante tiene derecho a la pensión de viudedad solicitada, tal y como ha apreciado la sentencia de instancia que se ha de confirmar, previa desestimación del recurso.

TERCERO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 235.1 LJS, en relación con el artículo 2.b) de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita, no procede la imposición de costas al gozar las Entidades Gestoras del derecho a la asistencia jurídica gratuita.

FALLO

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre del INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social n.º uno de los de Castellón de la Plana y su provincia, de fecha 20 de febrero de 2018, en virtud de demanda presentada a instancia de D.ª A.B.R.G. contra la entidad gestora y la TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y, en consecuencia, confirmamos la sentencia recurrida.

Sin costas.

2467

Sentencia núm. 1.404, de 9 de mayo de 2019

Materia: Prestación de invalidez. Trabajadora, personal facultativo afiliada al RGSS. Declaración de incapacidad permanente total. Solicitud declaración permanente absoluta. La actora presenta lesiones que le impiden el ejercicio de su profesión habitual y cualquier otra actividad. Patología crónica, degenerativa y con tendencia al empeoramiento progresivo.

Juzgado: Estima íntegramente la demanda declarando a la parte actora afecta de una incapacidad permanente absoluta, condenando a la demandada a abonar a la actora una pensión vitalicia equivalente al 100% de su base reguladora.

Sala: Estima el recurso y revoca la sentencia de instancia. Las lesiones que padece la actora no le incapacitan para todo tipo de actividad laboral. No procede la declaración de invalidez absoluta.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia de instancia estima la demanda presentada por D^a. A.M.T.V. en pretensión de que se le declare en situación de incapacidad permanente absoluta para toda profesión u oficio y frente a dicho pronunciamiento se alza la Entidad Gestora interponiendo recurso de suplicación y solicitando, previa estimación del mismo, el dictado de una nueva sentencia por la que, revocando la recurrida se absuelva al INSS de los pedimentos de la demanda. La parte actora impugnó el recurso.

SEGUNDO.- Para ello la parte recurrente formula un único motivo de recurso al amparo del apartado c) del artículo 193 LRJS a fin de examinar las infracciones de normas sustantivas y de la Jurisprudencia, considerando infringido el artículo 193 y siguientes del TR LGSS aprobado por RDleg 8/2015 de 30 de octubre, al entender que la patología que presenta la actora le provoca dolor cervical estando limitada para tareas que impliquen sobrecarga leve moderada de raquis, lo que le impide el desarrollo de su trabajo habitual dadas las tareas propias de la misma, como especialista en anatomía patológica, y que además le afecta a algunas actividades de la vida diaria como conducir pero ello no implica que no pueda desempeñar otra profesión como la docencia que antes la desempeñaba por su condición de facultativa.

La declaración de incapacidad permanente absoluta conforme al artículo 194 LGSS y conforme a la Jurisprudencia y doctrina, solo será procedente cuando la capacidad laboral del paciente es tan mínima que las posibilidades de acceso al mundo laboral del mismo son nulas, ya que “toda actividad profesional requiere un mínimo de dedicación, rendimiento y diligencia, que precisa en cualquier caso una aptitud laboral que en razonable medida sea valorable en el ámbito del mercado de trabajo (STS de 24-4-90 Ar. 3494), puesto que la prestación de un oficio, por liviano o sedentario que sea, sólo puede realizarse mediante la asistencia diaria al lugar de empleo, permanencia en él durante la jornada y estar en condiciones de consumir una tarea que aun siendo leve demanda en cierto grado de atención y una moderada actividad física (STS de 27-2-90 Ar. 1243), de manera que a los efectos de calificación de la IP la actividad laboral implica no sólo la posibilidad de realizar el trabajo, sino de efectuarlo con un mínimo de profesionalidad, rendimiento y eficacia de modo continuo durante toda la jornada laboral (STS de 23-2-90 Ar. 1219), por lo

que la inhabilitación para el trabajo debe entenderse como absoluta si las lesiones sólo consienten quehaceres determinados y livianos con afán de superación y de sobreponerse al dolor más allá de lo que es exigible como normal diligencia (STS de 4-12-89 Ar. 8929).

Con arreglo al relato fáctico de la Sentencia, la actora presenta cervicalgia y escoliosis severa y desde el punto de vista funcional según el hecho probado octavo de la Sentencia presenta limitaciones para mantener la cabeza erguida en una postura fija, igualmente no puede caminar durante periodos prolongados debido a la inestabilidad cervical que le obliga a detenerse y buscar una posición de alivio. Además, se indica como conclusión que se trata de un cuadro de escoliosis idiopática evolutiva a escoliosis del adulto, con progresión documentada y con complicaciones evolutivas: osteoporosis asociada e inestabilidad cervical. (documento 1 de la actora emitido el 26 de agosto de 2016). Sigue refiriendo dicho hecho probado que según el documento 2 de la actora fechado en noviembre del 2016, “ la osteoporosis ha propiciado numerosas fracturas en otras tantas caídas debidas a la inestabilidad a la marcha que presenta” y “ la situación actual de la paciente le incapacita para todo tipo de trabajo”, y es a la vista de dicha conclusión por lo que la Sentencia de instancia declara a la atora en situación de incapacidad permanente absoluta. Sin embargo, dicha conclusión es una apreciación subjetiva de uno de los informes aportados y es impropia del relato fáctico en el que no pueden reflejarse conceptos predeterminantes del fallo, como lo es en este caso reflejar que la situación le incapacita para todo trabajo cuando ello es lo que debe determinarse en este procedimiento a la vista de las secuelas y limitaciones padecidas por la trabajadora a la que se reconoció por la Entidad Gestora en diciembre del 2016 la incapacidad permanente total para su profesión habitual de facultativa especialista en anatomía patológica y profesora de universidad. Antes de que se llevara a cabo tal reconocimiento de la incapacidad permanente, en expediente anterior instado por la actora en fecha 8 de agosto del 2016 se le denegó a la demandante la incapacidad permanente, siendo dicha resolución impugnada por la trabajadora y dictándose Sentencia por el Juzgado de lo Social 3 de Alicante en fecha 31 de marzo del 2017, cuando ya se le había reconocido la incapacidad permanente total para su profesión, en la que se analiza precisamente el dictamen del EVI emitido en noviembre del 2016 tras el cual se le reconoce la incapacidad permanente total, así como el informe aportado ahora por la parte actora como documento 2 de su ramo de prueba y emitido en fecha 9 de noviembre del 2016 que entiende que al no haber sido ratificado no puede prevalecer frente al informe del EVI y al informe emitido por el Médico forense, entendiéndose a la vista del mismo ajustado a derecho el reconocimiento de una incapacidad permanente total. De este modo aun cuando en dicho procedimiento la resolución impugnada por la parte actora era diferente, así una dictada en septiembre del 2016, se discutió en dicho procedimiento si tenía derecho la demandante a la incapacidad permanente absoluta frente a la incapacidad permanente total que ya se le había reconocido por la Entidad Gestora y fundándose en los mismos documentos que ahora se aportan por la demandante, se denegó dicha petición de incapacidad permanente absoluta, por lo que entendemos que concurre la excepción de cosa juzgada material en su vertiente positiva, apreciable de oficio aun cuando no haya sido alegada, y que debe estarse al pronunciamiento en su día no combatido por la parte actora pues no se alega ahora una situación patológica diferente, sino que sus dolencias y limitaciones son las mismas que presentaba a la fecha del juicio seguido en aquel procedimiento ante el Juzgado de lo social 3 de Alicante. Es cierto que el objeto del procedimiento es diferente pues se impugna ahora otra resolución, la dictada en diciembre del 2016 reconociendo a la actora la incapacidad permanente total pero como dada la fecha del acto de juicio ya se pronunció dicho Juzgado sobre la procedencia o no de reconocer a la actora la incapacidad permanente absoluta frente a la total reconocida por la Entidad Gestora, por motivos de seguridad jurídica y puesto que se analizan los mismos informes médicos en los que ahora fundamenta su pretensión

de incapacidad permanente absoluta, debemos estar al pronunciamiento judicial en su momento dictado denegando la incapacidad permanente absoluta. En todo caso, tanto del informe emitido por el médico forense en este procedimiento que se viene a ratificar en lo que ya indicó en el informe emitido en el procedimiento seguido ante el Juzgado de lo Social 3 de Alicante, como de las secuelas y limitaciones que se reflejan en el hecho probado octavo de la Sentencia de instancia, se desprende que la demandante presenta limitación para tareas que supongan sobrecarga del raquis, cervical y lumbar, para la bipedestación mantenida, posturas forzadas o mantenidas, sedestación fija prolongada, manipulación manual de cargas, presenta limitación para mantener la cabeza erguida en postura fija y no puede caminar durante periodos prolongados debido a la inestabilidad cervical que le obliga a detenerse y buscar una posición de alivio, lo que supone la incapacidad para realizar su trabajo habitual de facultativo anatómico patólogo que precisa de posiciones estáticas en sedestación y además con flexión cervical frente al microscopio, motivo por el que se le ha reconocido dicha incapacidad permanente total, pero entendemos con la Entidad Gestora que sí presenta capacidad laboral residual para realizar otro tipo de actividades laborales que no exijan tales posturas mantenidas y que no precisen flexión cervical, así actividades que posibiliten posturas alternantes y por ello no reúne la actora los requisitos para ser tributaria de la incapacidad permanente absoluta que se le ha reconocido en la Sentencia de instancia. Si bien es cierto que el médico forense señala en su informe que las limitaciones que presenta influyen notablemente en las labores propias de su puesto de trabajo y a la vez comprometen sus actividades de la vida diaria, de tales conclusiones lo que se desprende es que no puede realizar su profesión habitual y que su dolencia le afecta y repercute en sus actividades de la vida diaria pero no se puede extraer de la mismas que no presente capacidad laboral residual alguna. En cuanto a la osteoporosis que indica la Sentencia ha propiciado numerosas fracturas en caídas por la inestabilidad a la marcha, lo que le impide es llevar a cabo tareas que impliquen esfuerzos físicos y manipulación manual de cargas, así como tareas que exijan deambulación prolongada en su caso debido a la inestabilidad a la marcha, pero no todo tipo de actividad laboral. Por ello entendemos que la calificación de la Entidad Gestora reconociendo a la actora la incapacidad permanente total es ajustada a derecho y debemos por ello estimando el recurso revocar la Sentencia de instancia y en su lugar acordar la desestimación de la demanda.

TERCERO.- De conformidad con lo previsto en el artículo 235 LRJS ante la estimación del recurso y la condición de la recurrente de beneficiaria del derecho a la asistencia jurídica gratuita, no procede la imposición de costas.

Por ello;

VISTOS los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

FALLAMOS

Que estimando el recurso de suplicación interpuesto por el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL contra la sentencia de fecha veintiocho de Noviembre del Dos Mil Diecisiete, dictada por el Juzgado de lo número 2 de Alicante en autos número 146/2017 seguidos a instancias de D^a A.M.T.V. frente al INSTITUTO NACIONAL SEGURIDAD SOCIAL acordamos revocar dicha Sentencia y en su lugar procedemos a desestimar la demanda formulada absolviendo a la demandada de los pedimentos formulados en su contra. Sin costas.

2468

Sentencia núm. 1.418, de 14 de mayo de 2019

Materia: Declaración de invalidez. Trabajador al servicio de empresa dedicada a la hostelería. El actor solicita declaración de incapacidad permanente. Las lesiones que padece son anteriores a su contratación. El actor tiene reconocida una minusvalía del 40% al presentar monooplejía de miembro inferior por poliomyelitis de origen infecciosa y tres puntos de factores sociales complementarios. Procedencia declaración de invalidez.

Juzgado: Desestima la demanda absolviendo al organismo demandado de los pedimentos habidos en su contra. No procede la declaración de invalidez solicitada. Las lesiones que padece son anteriores al inicio de su relación laboral.

Sala: Estima el recurso y revoca la sentencia de instancia. Si bien es cierto que el actor presenta lesiones anteriores al inicio de su relación laboral, como consecuencia de su actividad profesional se han producido otras que vienen agravando su situación, mereciendo la declaración de incapacidad permanente para el ejercicio de su profesión habitual derivada de enfermedad común. Además, tiene derecho a un incremento del 20% en su base de cotización pues por edad, falta de preparación general o especializada o circunstancias sociales y laborales del lugar de residencia, se presume la dificultad de obtener empleo en actividad distinta de la habitual.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- De dos motivos consta el recurso de suplicación entablado por la representación letrada del demandante frente a la sentencia del Juzgado de lo Social nº diecisiete de los de Valencia que desestima la demanda sobre reconocimiento de la situación de incapacidad permanente total para la profesión habitual, 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 b del art. 193 de la Ley de la Jurisdicción Social (LJS) y tiene por objeto la revisión de los hechos declarados probados. Solicita la recurrente la modificación del hecho probado tercero que es en el que se recogen las dolencias y las limitaciones orgánicas y funcionales sufridas por el demandante, si bien seguramente por error se indica el hecho probado 1º. La redacción solicitada en la que se resalta en negrita las modificaciones introducidas, tiene el siguiente tenor: "El demandante, de 56 años de edad, sufre secuelas de polio, aparecida en la infancia, en la pierna derecha (atrofia generalizada moderada, con calcificación de Pellegrini-stieda), así como artrosis avanzada en la rodilla izquierda, gonartrosis y adicción a la cocaína, habiendo permanecido ingresado en comunidad terapéutica durante 9 meses. Padece cojera e inestabilidad en bipedestación por la poliomyelitis, marchando con claudicación en la pierna derecha. **Desprendimiento de retina ojo izquierdo, ve borroso.** Para flexionar la rodilla derecha para acostarse tiene que ayudarse, no tiene extensión de la rodilla, para andar flexiona la cadera, y tiene bajo tono muscular y amotrofiada toda la pierna derecha. La flexo-extensión de la pierna izquierda es completa y presenta un buen tono muscular. **Claudicación con fallos** (informe de valoración médica de 08/5/2017). **En fecha 2/1/2017 sufrió una torsión casual en tobillo derecho, siendo diagnosticado de esguince de tobillo derecho y el 19/5/2017 sufrió una (sic) traumatismo torácico tras caída, siendo**

atendido en ambas ocasiones en el Hospital General Universitario.

Pierna derecha muy inestable con alteración importante de la rodilla derecha con calcificación de Pellegrini-Stieda (calcificación del ligamento colateral de la rodilla) y una mayor pérdida de fuerza de dicha pierna. En rodilla izquierda presenta una gonartrosis avanzada, todo lo cual le inhabilita para realizar actividades labores (sic) de pie."

Las adiciones interesadas se sustentan en el informe médico de la doctora A.M.T. (folio 35 del expediente administrativo), en el informe de urgencias del Hospital General Universitario de Valencia de fecha 2/1/2017 y en el informe de urgencias del Hospital General Universitario de Valencia de fecha 19/5/2017 y ha de ser acogida en lo referente a la Claudicación con fallos por desprenderse del informe de valoración médica que es el que ha tenido en cuenta el Magistrado de instancia para la redacción del hecho controvertido. También ha de ser acogida en cuanto al desprendimiento de retina por constatarse en el informe médico de la doctora M., no así en cuanto a la visión borrosa por no recogerse en dicho informe. Asimismo, ha de reflejarse el esguince de tobillo derecho y el traumatismo torácico sufridos por el actor por evidenciarse de los informes de urgencias del Hospital General Universitario de Valencia y poner de manifiesto la inestabilidad del actor a la bipedestación tal y como, por lo demás, se recoge también en el tenor original del hecho controvertido. En cambio, no puede ser acogido el último párrafo solicitado por la defensa del recurrente por cuanto que es reiterativo en cuanto a las dolencias de las piernas que presenta el demandante y a las que ya se hace alusión en el primer párrafo del hecho en cuestión, mientras que la conclusión acerca de la inhabilitación del actor para realizar actividades laborales de pie entraña una valoración jurídica predeterminante del fallo y como tal impropia del contenido del relato fáctico.

SEGUNDO.- En el siguiente motivo del recurso que se destina a la censura jurídica de la sentencia de instancia y que se fundamenta en el apartado c del art. 193 de la LJS "se denuncia la infracción por interpretación errónea del art. 193 de la Ley General de la Seguridad Social, aprobada por Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, en relación con el art. 194 del mismo texto legal en relación con la Disposición Transitoria 26ª, en redacción del art. 194.4 por la que se define la incapacidad permanente total para la profesión habitual".

Razona la defensa del demandante recurrente que éste ha sido camarero durante prácticamente toda su vida laboral y que, si bien sufre secuelas de polio desde la infancia, dichas secuelas no le impidieron trabajar como camarero; sin embargo, ahora por el transcurso del tiempo sus lesiones originales se han agravado y le impiden realizar actividades laborales de pie, lo que le hace acreedor de la situación de incapacidad permanente total para la profesión habitual.

Sobre la cuestión ahora suscitada: trabajadores que sufren la misma enfermedad (Poliomelitis en la infancia), diagnosticada con anterioridad a la afiliación a la Seguridad Social, que les permite realizar los trabajos determinantes de su inclusión en la Seguridad Social, y que finalmente se agrava de forma irreversible hasta el punto de resultar totalmente incompatible con sus cometidos laborales, existe una inveterada jurisprudencia de la que se hace eco la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 19 de enero de 2010 (ROJ: STS 268/2010), Recurso: 1155/2009 y que aparece contenida en sentencias dictadas por dicha Sala en casos semejante, entre otras en las sentencias de 26 de septiembre de 2007 (rec. 2492/2006), de 27 de julio de 1.992 (Rec. 1762/1991), de 10 de junio de 1.986, de 23 de febrero de 1.987, de 10 y de 11 de noviembre de 1.988, de 31 de enero y de 10 de abril de 1.989, y de 9 de marzo de 1.990, según la cual "...el agravamiento de los padecimientos del actor que recoge la sentencia de instancia es suficiente para producir un efecto invalidante posterior al alta que anula la capacidad laboral que aquél mantenía y que le permitió realizar los trabajos determinantes de su inclusión en la seguridad social".

También en la sentencia de nuestro Alto Tribunal, de 26 de septiembre de 2007, se decía que : "Conviene destacar, que esta doctrina de la Sala fue acogida en la redacción dada al párrafo segundo del número 1 artículo 136 de la Ley General de la Seguridad Social por la Disposición adicional segunda de la Ley 35/2002, de 12 de julio, estableciendo que "las reducciones anatómicas o funcionales existentes en la fecha de la afiliación del interesado en la Seguridad Social no impedirán la calificación de la situación de incapacidad permanente, cuando se trate de personas minusválidas y con posterioridad a la afiliación tales reducciones se hayan agravado, provocando por sí mismas o por concurrencia con nuevas lesiones o patologías una disminución o anulación de la capacidad laboral que tenía el interesado en el momento de su afiliación".

La doctrina referenciada se ha ratificado expresamente en las sentencias más recientes de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de fechas 21 de febrero de 2008 (rec. 64/2007) y 6 de noviembre de 2008 (rec. 4255/2007).

En el presente caso del relato de hechos probados, con la modificación que ha sido acogida, se desprende que el demandante, de 56 años de edad, sufre secuelas de polio, aparecida en la infancia, en la pierna derecha (atrofia generalizada moderada, con calcificación de Pellegrini-stieda), así como artrosis avanzada en la rodilla izquierda, gonartrosis y adicción a la cocaína, habiendo permanecido ingresado en comunidad terapéutica durante 9 meses. Padece cojera e inestabilidad en bipedestación por la poliomiélitis, marchando con claudicación en la pierna derecha. Desprendimiento de retina ojo izquierdo. Para flexionar la rodilla derecha para acostarse tiene que ayudarse, no tiene extensión de la rodilla, para andar flexiona la cadera, y tiene bajo tono muscular y amotrofiada toda la pierna derecha. La flexo-extensión de la pierna izquierda es completa y presenta un buen tono muscular. Claudicación con fallos (informe de valoración médica de 08/5/2017). En fecha 2/1/2017 sufrió una torsión casual en tobillo derecho, siendo diagnosticado de esguince de tobillo derecho y el 19/5/2017 sufrió una (sic) traumatismo torácico tras caída, siendo atendido en ambas ocasiones en el Hospital General Universitario.

De los anteriores datos se evidencia que si bien el demandante presenta desde la infancia secuelas de polio y, por lo tanto, anteriores a la afiliación, no se puede decir lo mismo de la artrosis avanzada en la rodilla izquierda ni de la gonartrosis, presentando ahora no solo cojera sino inestabilidad en bipedestación y claudicación con fallos, lo que ha propiciado a su vez la producción de diversas lesiones (esguince de tobillo derecho y traumatismo torácico) y resulta incompatible con su profesión habitual de camarero en la que la bipedestación es continua y además con carga al servir los pedidos de los clientes o llevar a cabo la retirada de envases y restos de enseres utilizados al servir las consumiciones, por lo que se ha de concluir que la situación del demandante es incardinable en el artículo 194.4 de la Ley General de la Seguridad Social 2015, según la redacción dada por la Disposición Transitoria vigésimo sexta del mismo texto legal, RD Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, que configura la situación de incapacidad permanente total como la que inhabilita al trabajador para la realización de todas o de las fundamentales tareas de dicha profesión, siempre que pueda dedicarse a otra distinta. Situación que ha de verificarse teniendo en cuenta que, la prestación de un trabajo o actividad, debe ser realizado en condiciones normales de habitualidad, a los efectos de que, con un esfuerzo normal, se pueda obtener el rendimiento que sea razonablemente exigible (STS de 22-9-1989 [RJ 1989, 6472]); sin que por lo tanto, sea preciso para ello la adición, por parte del sujeto afectado, de un sobreesfuerzo que deba ser tenido como especial (como señalan las SSTs de 11-10-1979 [RJ 1979, 3551], 21-2-1981 [RJ 1981, 729] o 22-9-1989), y además, prestando ese trabajo concreto, o desarrollada la actividad, tanto con la necesaria profesionalidad (STS 14-2-1989 [RJ 1989, 752]), como conforme a las exigencias normales de continuidad, dedicación y eficacia, que son legalmente exigibles (STS de 7-3-1990 [RJ 1990, 1779]), y consecuentemente, con desempeño de un modo continuo y de acuerdo con la jornada laboral que sea la

ordinaria en el sector de actividad o en la empresa concreta (SSTS 16-2-1989 [RJ 1989, 883] o de 23-2-1990 [RJ 1990, 1219]). Por último, cabe señalar que el desempeño de la teórica actividad, no debe de implicar un incremento del riesgo físico, propio o ajeno, de compañeros de trabajo o de terceros (conforme a diversas Sentencias de esta Sala, entre otras, de fechas 22-9-1992 [AS 1992, 4558], 5-11-1993, 22-2-1994, 25-4-1995, 14-3-1996 o 26-5-1996).

La aplicación de la doctrina jurisprudencial expuesta al presente caso lleva a concluir, como ya se expuso, que el demandante es acreedor de la prestación de incapacidad permanente total para la profesión habitual, derivada de enfermedad común, en contra de lo apreciado por la sentencia de instancia que se ha de revocar a fin de estimar la demanda.

TERCERO.- De conformidad con lo dispuesto el art. 11.4 de la Ley 24/1.972, de 21 de Junio, de financiación y perfeccionamiento de la acción protectora del Régimen General de la Seguridad Social, "los declarados afectados de Incapacidad permanente total para la profesión habitual percibirán la pensión prevista en el número anterior (relativo a la incapacidad permanente total) incrementada en el porcentaje que reglamentariamente se determine, cuando por su edad, falta de preparación general o especializada y circunstancias sociales y laborales del lugar de residencia, se presuma la dificultad de obtener empleo en actividad distinta de la habitual anterior", precepto que fue desarrollado por el artículo 6 del D. 1.646/1.972, de 23 de Junio, en el que se concretó que el requisito de edad exigido sería como mínimo de 55 años y fijó de otra parte, el incremento de pensión en un 20% de la base reguladora tomada en cuenta para determinar la cuantía de la pensión de Invalidez Permanente. La aplicación de las normas indicadas al presente caso en el que el demandante cuenta con más de cincuenta y cinco años y no consta que desempeñe ninguna actividad profesional hace presumir la dificultad del mismo en encontrar otro empleo por lo que procede declarar su derecho a percibir el incremento del 20% y, en consecuencia, reconocer al actor la prestación de incapacidad permanente total para la profesión habitual en el porcentaje del 75% de la base reguladora no controvertida de 1.272,25 € con los incrementos legales correspondientes y con efectos de 16-9-2017.

FALLO

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de D. C.A.O. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social n.º diecisiete de los de Valencia y su provincia, de fecha 5 de enero de 2018, en virtud de demanda presentada a su instancia contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social y revocando la misma, estimamos la demanda y declaramos al demandante en situación de incapacidad permanente total, cualificada, para la profesión habitual, derivada de enfermedad común, condenando a la Entidad Gestora a abonar al actor una pensión vitalicia y mensual en cuantía del 75 por ciento de su salario base regulador de 1.272,25 € más lo incrementos legales correspondientes y con efectos de 16 de septiembre de 2017.

2469

Sentencia núm. 1.430 de 14 de mayo de 2019

Materia. Despido. Trabajador al servicio de empresa destinada al acogimiento de ancianos con contrato indefinido a tiempo completo, con profesión de cocinero. Al actor le es de aplicación el convenio colectivo del sector privado de residencias para la tercera edad. El actor no ha cumplido con varios de sus cometidos poniendo en peligro la seguridad de las personas. Tránsito de la buena fe contractual y abuso de confianza. Falta de disciplina en el trabajo. El actor ha recibido sanciones por incumplimientos laborales. Proporcionalidad de la sanción de despido.

Juzgado: Desestima la demanda declarando la procedencia del despido enjuiciado convalidando la extinción contractual que el despido produjo, sin derecho a indemnización ni a salarios de tramitación.

Sala: Desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia. La gravedad de la conducta llevada a cabo por el actor justifica la sanción de despido impuesta. El colectivo al que va destinada la actividad del actor agrava la conducta de falta de disciplina en el trabajo. Procede la sanción impuesta en la instancia.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- D. F.J.C.C. interpone su día demanda contra la empresa C.R.S SLU sobre Despido solicitando se declarara la improcedencia del despido.

La sentencia de instancia desestimó la demanda y declaró la procedencia del despido de fecha 29 de noviembre del 2017, convalidando la extinción del contrato que aquél produjo, y frente a dicho pronunciamiento se alza la parte actora recurriéndolo en suplicación y solicitando que tras estimar el recurso se revoque la Sentencia recurrida y se declare la improcedencia del despido. La parte demandada impugnó el recurso.

SEGUNDO.- En primer término debemos pronunciarnos sobre la petición formulada por la parte recurrente en el otrosí digo del escrito de recurso, interesando la práctica de la prueba documental que no pudo practicarse en la primera instancia porque la parte contraria no la aportó, y ello al amparo del artículo 233 LRJS. Señala dicho precepto que la Sala no admitirá a las partes documento alguno ni alegaciones de hechos que no resulten de los autos, y que no obstante, si alguna de las partes presentara alguna sentencia o resolución judicial o administrativa firmes o documentos decisivos para la resolución del recurso que no hubiera podido aportar anteriormente al proceso por causas que no le fueran imputables y en general cuando en todo caso pudiera darse lugar a posterior recurso de revisión por tal motivo o fuera necesario para evitar la vulneración de un derecho fundamental. En este caso la parte recurrente no es que pretenda la aportación de un nuevo documento a los autos que no hubiera podido aportar antes sino que lo que solicita es la práctica de un medio de prueba, así la documental solicitada en su demanda consistente en que se requiriera a la empresa la aportación del libro registro de temperaturas y del cloro de todo el año 2017 para así dice poder acreditar que el coordinador de cocinas, Sr. F., cuando el registro se encontraba sin rellenar, el mismo falseaba los datos poniendo los de días anteriores para evitar así posibles sanciones de Inspección de Sanidad, posibilidad que no ampara desde luego el artículo 233 LRJS que es el que resulta de aplicación al recurso de suplicación y no el artículo 460-2 LEC citado por el recurrente y referido al

recurso de apelación. De hecho, en la Ley Reguladora de la Jurisdicción ya se contempla en el artículo 94 LRJS las consecuencias de la falta de aportación de la documental interesada, señalando su apartado 2, que “los documentos y otros medios de obtener certeza sobre hechos relevantes que se encuentren en poder de las partes deberán aportarse al proceso si hubieran sido propuestos como medio de prueba por la parte contraria y admitida ésta por el Juez o Tribunal o cuando éste haya requerido su aportación. Si no se presentaren sin causa justificada podrán estimarse probadas las alegaciones hechas por la contraria en relación con la prueba acordada.” A la vista de tal precepto en su caso la parte recurrente podría haber alegado al amparo del apartado a) del artículo 193 LRJS la infracción de las normas de procedimiento o reguladoras de la Sentencia, si la misma no ha tenido por probadas las alegaciones que con la aportación de tal medio de prueba quería acreditar la parte actora, pero no interesar la práctica de dicho medio de prueba en este trámite de recurso al no venir prevista tal posibilidad en el artículo 233 LRJS. En todo caso, conforme al artículo 94 LRJS es potestad del Juzgador el tener por probadas las alegaciones hechas por la parte actora en relación con la prueba acordada y no aportada y en este caso la parte actora no realizó alegación alguna al respecto señalando la falta de aportación de toda la prueba solicitada hasta el trámite de conclusiones y cuando ya no podía la empresa alegar nada para poder justificar tal falta de aportación y no se aclara en qué forma pueden acreditarse los hechos alegados con la aportación de la prueba que solicita, pues si como dice, en otras ocasiones el coordinador de cocinas ha falseado los datos de los registros, el libro de registro aparecerá con los datos completos y el simple examen del mismo no podrá acreditar que el coordinador los rellenó en fechas posteriores pues el hecho de que los datos de algunos días coincidan no puede llevar desde luego a tal conclusión. De este modo con tal solo ese medio de prueba difícilmente podía acreditar la parte actora que el coordinador de cocinas también había falseado en otras ocasiones el libro registro de datos y ello justifica que no se tuvieran por acreditadas las alegaciones de la recurrente pese a la falta de aportación completa de la prueba solicitada. No podemos en consecuencia acceder a lo solicitado en el otrosí digo del recurso y procedemos a entrar a conocer de los motivos de recurso.

TERCERO.- A tal efecto la parte actora en su recurso formula un primer motivo al amparo del apartado b) del artículo 193 LRJS, al objeto de revisar los hechos probados de la Sentencia.

Reiterada jurisprudencia como la reseñada en SSTS 28 mayo 2013 (RJ 2013, 5714) (r. 5/2012), 3 julio 2013 (RJ 2013, 6738) (r. 88/12) o 25 marzo 2014 (RJ 2014, 2540) (r. 161/13) viene exigiendo, para que el motivo de revisión fáctica prospere: 1. Que se señale con claridad y precisión el hecho cuestionado (lo que ha de adicionarse, rectificarse o suprimirse), sin que en ningún caso bajo esta delimitación conceptual fáctica puedan incluirse normas de Derecho o su exégesis. 2. Que la parte no se limite a manifestar su discrepancia con la sentencia recurrida o el conjunto de los hechos probados, sino que se delimite con exactitud en qué se discrepa. 3. Que su errónea apreciación derive de forma clara, directa y patente de documentos obrantes en autos (indicándose cuál o cuáles de ellos así lo evidencian), sin necesidad de argumentaciones o conjeturas [no es suficiente una genérica remisión a la prueba documental practicada]. 4. Que no se base la modificación fáctica en prueba testifical. Excepcionalmente esta clase de prueba puede ofrecer un índice de comprensión sobre el propio contenido de los documentos en los que la parte encuentra fundamento para las modificaciones propuestas. 5. En el recurso de casación, el cambio en el relato de hechos únicamente puede basarse en prueba documental obrante en autos y que demuestre la equivocación del juzgador. Si se está en suplicación también puede invocarse la prueba pericial. 6. Que se ofrezca el texto concreto conteniendo la narración fáctica en los términos que se consideren acertados, enmendando la que se tilda de equivocada, bien sustituyendo o suprimiendo alguno de sus puntos, bien complementándolos. 7. Que se trate de

elementos fácticos trascendentes para modificar el fallo de instancia, aunque puede admitirse si refuerza argumentalmente el sentido del fallo. También queda al margen la revisión de hechos declarados probados cuando los mismos comporten gravamen para alguna de las partes. 8. Que quien invoque el motivo precise los términos en que deben quedar redactados los hechos probados y su influencia en la variación del signo del pronunciamiento. 9. Que no se limite el recurrente a instar la inclusión de datos convenientes a su postura procesal, pues lo que contempla es el presunto error cometido en instancia y que sea trascendente para el fallo. Cuando refuerza argumentalmente el sentido del fallo no puede decirse que sea irrelevante a los efectos resolutorios, y esta circunstancia proporciona justificación para incorporarla al relato de hechos, cumplido -eso sí- el requisito de tener indubitado soporte documental. 10. La modificación o adición que se pretende no debe comportar valoraciones jurídicas. Las calificaciones jurídicas que sean determinantes del fallo tienen exclusiva -y adecuada- ubicación en la fundamentación jurídica. En SsTS de 13 julio 2010 (RJ 2010, 6811) (r. 17/09), 21 octubre 2010 (RJ 2010, 7820) (r.198/09), 5 de junio de 2011 (RJ 2011, 5820) (r. 158/10), 23 septiembre 2014 (RJ 2014, 5094) (r. 66/14) y otras muchas, la jurisprudencia declara que "el proceso laboral está concebido como un proceso de instancia única, lo que significa que la valoración de la prueba se atribuye en toda su amplitud (art. 97.2 LRJS (RCL 2011, 1845)), únicamente al juzgador de instancia por ser quien ha tenido plena intermediación 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. En concordancia, 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".

Partiendo de tales precisiones pasamos a analizar las distintas revisiones interesadas por la parte recurrente. Así se solicita en primer lugar la modificación del hecho probado quinto señalando que donde dice "*el actor dejó de anotar los registros y valor del cloro y los anotó la semana siguiente*" debe suprimirse la palabra *actos* y parece que quiere adicionar lo siguiente: "*Se trabaja a turnos, el demandante tiene una compañera y cualquiera de los dos puede recoger los registros del cloro*". No cita la parte recurrente la prueba documental o pericial en la que se funda para interesar tal revisión, lo que debe llevar por incumplimiento de los requisitos en orden a la revisión de los hechos probados, a la denegación de esa primera revisión.

Se solicita igualmente la revisión del hecho probado undécimo que dice debe redactarse de la siguiente forma: "*En fecha 1 de mayo de 2013 consta la firma del actor (folio 161) reconociendo que se le ha entregado el Código de Prácticas Correctas de Higiene, que comprende sus contenidos y se compromete a cumplirlos. No consta en las actuaciones la indicada guía de fecha 1 de mayo de 2013.*

En las actuaciones, folio 88 a 100, escritos por su anverso y reverso, la empresa aportó una Guía de Buenas prácticas de Higiene de fecha 18 de Junio de 2013 páginas 1 a 24. No consta la firma ni recepción de las mismas por el trabajador.

No consta la recepción del plan de control de la cadena de frío de fecha 22 de febrero de 2016 ni firma por parte del trabajador, folios 103 a 105 y guía de trazabilidad, folios 108 a 120 escritos por sus dos caras." No podemos acceder a la adición interesada pues con arreglo al folio 101 citado por el recurrente, el actor firma la recepción del código de prácticas correctas de higiene el 18 de septiembre del 2013 y no en mayo del 2013 y como en esa fecha de septiembre del 2013 el código de

prácticas correctas vigente era la guía aportada por la empresa y que se da por reproducida en la sentencia debemos entender que ésa fue la que se le entregó al actor como así lo afirma la Sentencia de instancia aun cuando por error fije como fecha de la entrega la de mayo del 2013 cuando sin embargo la fecha correcta es la de septiembre del 2013. Además, la Magistrada de Instancia se funda también para fijar tal hecho probado en la prueba testifical practicada y pretende finalmente que se haga constar un hecho negativo, así la no constancia de la firma de un determinado documento, sin que quepa la introducción de tales hechos negativos o huérfanos de prueba a través de la revisión de los hechos probados. Por ello y habiéndose fundado la Juzgadora a quo para fijar tal hecho probado no sólo en la documental aportada sino también en la prueba testifical practicada cuya valoración incumbe a la misma con arreglo a las reglas de la sana crítica, no podemos acceder a la revisión interesada.

Finalmente se solicita la revisión del hecho probado décimo tercero interesando la supresión del siguiente párrafo: *“La tarea concreta de tomar la temperatura de las cámaras y de los alimentos es del cocinero.”* Alega el actor que ni por Convenio colectivo ni por contrato de trabajo se le fija tal función al cocinero y a la vista de ello solicita la supresión de dicha frase. Sin embargo, el propio contrato de trabajo del actor al que se remite la Sentencia de instancia fija entre las funciones del actor la del control de los alimentos, vigilando su estado así como la supervisión del mantenimiento en perfectas condiciones de limpieza y funcionamiento de la maquinaria y se funda además la sentencia de instancia para considerar que es una de las funciones del cocinero la de tomar la temperatura de las cámaras y de los alimentos, en la prueba testifical del coordinador superior, por lo que debe mantenerse dicha frase obtenida por la Juzgadora de la libre valoración de la prueba realizada de forma objetiva con arreglo a las reglas de la sana crítica, frente a la cual no puede prevalecer el criterio subjetivo de la parte recurrente, sobre todo cuando además consta probado en la Sentencia que el actor rellenó los datos del registro de temperaturas y de los alimentos, si bien en momentos posteriores a aquellos en que debían haber sido cumplimentados tales registros y tras ser advertido por sus responsables de tal defecto, lo que muestra que sabía que era su obligación rellenar tales datos.

CUARTO.- A continuación la parte recurrente formula un segundo motivo de recurso al amparo del apartado c) del artículo 193 LRJS, no citando norma jurídica alguna que haya podido ser infringida por la Sentencia de instancia sino que procede a realizar una serie de alegaciones sobre lo que a su juicio quedó acreditado en el acto de juicio aun cuando no se ha procedido a revisar el relato fáctico y a continuación cita distintas Sentencias dictadas por esta Sala en supuestos que dice son similares al presente, olvidando que la Jurisprudencia a alegar en el motivo recogido en el apartado c) del artículo 193 LRJS debe ser conforme al artículo 1 del Código civil la dictada por el Tribunal Supremo, no siéndolo las Sentencias dictadas por los Tribunales Superiores de Justicia aun sin dudarse su carácter orientativo y que además desde luego no contemplan los mismos hechos que en este caso se declaran probados en la sentencia recurrida.

Pese a la deficiente construcción del escrito de recurso que no señala norma sustantiva alguna que pudiera haber sido infringida ni tampoco Jurisprudencia que pudiera ser de aplicación al caso, en aras a garantizar la tutela judicial efectiva del actor, procedemos a entrar a conocer de este segundo motivo de recurso. Se imputa al trabajador en la carta de despido la transgresión de la buena fe contractual y el abuso de confianza por un lado y por otro lado la falta de disciplina en el trabajo. Por lo que se refiere a la transgresión de la buena fe contractual, cabe señalar que el [art. 54.2.d\) ET](#) ha de ponerse en relación con el [art. 5.a\) ET](#), que impone al trabajador el deber de cumplir las obligaciones de su puesto de trabajo de conformidad con las reglas de la buena fe y diligencia, y con el [art. 20.2 ET](#), que reitera la exigencia de buena fe, ahora como obligación recíproca de ambas partes. La jurisprudencia ha

configurado la buena fe como "disposición personal en orden a la realización del contenido propio de las prestaciones voluntariamente asumidas, por la probidad en su ejecución y por la efectiva voluntad de correspondencia a la confianza ajena" (S.TS. 31 ene. 91, 4 feb. 91). También se ha dicho que "constituye un modelo de tipicidad de conducta exigible o, mejor aún, un principio general de derecho que impone un comportamiento arreglado a valoraciones éticas, que condiciona y limita por ello el ejercicio de los derechos subjetivos (arts. 7.1 y 1258 del Código Civil (LEG 1889, 27)), con lo que el principio se convierte en un criterio de valoración de conductas con el que deben cumplirse las obligaciones, y que se traduce en directivas equivalentes a lealtad, honorabilidad, probidad y confianza" (S.TS. 4 mar. 91). El incumplimiento del trabajador en esta materia, siempre que concurren culpabilidad y gravedad suficiente, trae consigo la pérdida o quebranto de la confianza indispensable en la ejecución del contrato de trabajo, lo que justifica su extinción. La sentencia del TS de 19-7-10 (RJ 2010, 7126) rec. 2643/09, aun sin entrar en el fondo del asunto por falta de contradicción, resume la jurisprudencia sobre la transgresión de la buena fe contractual de la siguiente forma: "QUINTO.- Por todo lo expuesto y en la base a la normativa y jurisprudencia analizada, cabe concluir en interpretación y aplicación del art. 54.1 y 2.b) ET, sobre la determinación de los presupuestos del "incumplimiento grave y culpable del trabajador" fundado en la "La transgresión de la buena fe contractual, así como el abuso de confianza en el desempeño del trabajo", como motivo de despido disciplinario, que: A) El principio general de la buena fe forma parte esencial del contrato de trabajo, no solo como un canon hermenéutico de la voluntad de la voluntad de las partes reflejada en el consentimiento, sino también como una fuente de integración del contenido normativo del contrato, y, además, constituye un principio que condiciona y limita el ejercicio de los derechos subjetivos de las partes para que no se efectúe de una manera ilícita o abusiva con lesión o riesgo para los intereses de la otra parte, sino ajustándose a las reglas de lealtad, probidad y mutua confianza, convirtiéndose, finalmente, este principio general de buena fe en un criterio de valoración de conductas al que ha de ajustarse el cumplimiento de las obligaciones recíprocas, siendo, por tanto, los deberes de actuación o de ejecución del contrato conforme a la buena fe y a la mutua fidelidad o confianza entre empresario y trabajador una exigencia de comportamiento ético jurídicamente protegido y exigible en el ámbito contractual; B) La transgresión de la buena fe contractual constituye un incumplimiento que admite distintas graduaciones en orden singularmente a su objetiva gravedad, pero que, cuando sea grave y culpable y se efectúe por el trabajador, es causa que justifica el despido, lo que acontece cuando se quiebra la fidelidad y lealtad que el trabajador ha de tener para con la empresa o se vulnera el deber de probidad que impone la relación de servicios para no defraudar la confianza en el trabajador depositada, justificando el que la empresa no pueda seguir confiando en el trabajador que realiza la conducta abusiva o contraria a la buena fe; C) La inexistencia de perjuicios para la empresa o la escasa importancia de los derivados de la conducta reprochable del trabajador, por una parte, o, por otra parte, la no acreditación de la existencia de un lucro personal para el trabajador, no tiene trascendencia para justificar por sí solos o aisladamente la actuación no ética de quien comete la infracción, pues basta para tal calificación el quebrantamiento de los deberes de buena fe, fidelidad y lealtad implícitos en toda relación laboral, aunque, junto con el resto de las circunstancias concurrentes, pueda tenerse en cuenta como uno de los factores a considerar en la ponderación de la gravedad de la falta, con mayor o menor trascendencia valorativa dependiendo de la gravedad objetiva de los hechos acreditados; D) Igualmente carece de trascendencia y con el mismo alcance valorativo, la inexistencia de una voluntad específica del trabajador de comportarse deslealmente, no exigiéndose que éste haya querido o no, consciente y voluntariamente, conculcar los deberes de lealtad, siendo suficiente para la estimación de la falta el incumplimiento grave y culpable, aunque sea por negligencia, de los deberes inherentes al cargo. E) Los referidos deberes de buena fe, fidelidad y lealtad, han de ser más rigurosamente

observados por quienes desempeñan puestos de confianza y jefatura en la empresa, basados en la mayor confianza y responsabilidad en el desempeño de las facultades conferidas; F) Con carácter general, al igual que debe efectuarse en la valoración de la concurrencia de la "gravedad" con relación a las demás faltas que pueden constituir causas de un despido disciplinario, al ser dicha sanción la más grave en el Derecho laboral, debe efectuarse una interpretación restrictiva, pudiendo acordarse judicialmente que el empresario resulte facultado para imponer otras sanciones distintas de la de despido, si del examen de las circunstancias concurrentes resulta que los hechos imputados, si bien son merecedores de sanción, no lo son de la más grave, como es el despido, por no presentar los hechos acreditados, en relación con las circunstancias concurrentes, una gravedad tan intensa ni revestir una importancia tan acusada como para poder justificar el despido efectuado. SEXTO.- 1.- La Sala entiende, por lo expuesto, que también cuando se trata de supuestos de "La transgresión de la buena fe contractual, así como el abuso de confianza en el desempeño del trabajo" articulados como motivo de despido disciplinario no basta con la mera existencia de la transgresión o del abuso para declarar la procedencia del despido, son que, como en los demás supuestos de incumplimientos contractuales, es igualmente necesario que pueda calificarse como un "incumplimiento grave y culpable del trabajador", por lo que, como regla, pueden ponderarse las circunstancias concurrentes para agravar o para atenuar la conducta del trabajador, las que tendrán mayor o menor incidencia en la referida calificación atendida la gravedad objetiva de la conducta constitutiva del incumplimiento. 2.- Por consiguiente, como destaca, entre otras muchas, la STS/IV 27-enero-2004 (rcud 2233/2003), es doctrina de esta Sala la de que "el enjuiciamiento del despido debe abordarse de forma gradualista buscando la necesaria proporción ante la infracción y la sanción y aplicando un criterio individualizador que valore las peculiaridades de cada caso concreto (sentencias de 19 y 28 febrero 6 abril y 18 de mayo de 1990, 16 mayo 1991 y 2 de abril y 30 de mayo de 1.992, entre otras)".

En el presente caso ha quedado acreditado que el actor que tenía entre sus obligaciones la del control de las aguas que realizaba de forma semanal con rotación de los diferentes grifos de cocina para garantizar que los niveles de cloro en el agua sean adecuados para garantizar su uso en la limpieza de las instalaciones y en la preparación de los alimentos, dejó de anotar en la semana del 13 al 17 de noviembre los valores de cloro, anotándolos la semana siguiente. Además siendo una de las tareas asignadas también a los cocineros la de tomar la temperatura de las cámaras y de los alimentos, debiendo dar aviso al personal de mantenimiento en el caso de advertirse alguna anomalía de temperatura en los equipos de frío de cocina, y asegurándose que los platos están en perfecto estado y a la temperatura óptima para evitar toxiinfecciones alimentarias y en el caso de preparaciones en caliente a más de 65 grados centígrados, el actor no cumplimentó los registros de las temperaturas de las cámaras frigoríficas de los días 17 (tarde), 18, 19 (mañana) y día 20 de noviembre (mañana), cuando era él el que prestaba servicios en tales turnos y venía obligado a hacerlo, y al advertir en una visita el coordinador la falta de anotación de tales datos el día 20 de noviembre, el actor procedió a rellenar los datos de días anteriores. El día 21 de noviembre del 2017 tampoco anotó las temperaturas de los platos que iban a servirse en el primer turno de comida y al advertirlo la directora del Centro e indicárselo al actor, rellenó tales datos con posterioridad. De este modo al actor se le imputa no sólo el haber incumplido sus obligaciones en cuanto al control del agua y de las temperaturas de alimentos y cámaras, sino lo que es más relevante el haber introducido datos que no eran los reales pues se reflejan en momentos posteriores, lo que supone un falseamiento de datos que desde luego puede tener trascendencia en caso de una intoxicación alimentaria pues impediría que pudiera detectarse la existencia de una anomalía que la hubiera provocado, justificando ello la imputación efectuada por la empresa de transgresión de la buena fe contractual y la máxima sanción impuesta como es el despido. Alega el

recurrente que la sanción impuesta es desproporcionada pues no había sancionado previamente y además estaba sujeto en esas fechas a mayor carga de trabajo. La Sentencia de instancia considera cierta esa mayor carga de trabajo pues debía atender tanto la jornada ordinaria como la asistencia a cursos de formación de carácter obligatorio, y entiende que ello podría justificar la omisión en la cumplimentación de los registros de las cámaras y del cloro, pero que no justifica que se hayan rellenado los documentos sin haber hecho las comprobaciones correspondientes en el momento en que debieron ser anotadas las temperaturas, así al inicio de la jornada laboral de la semana anterior y del propio día 20, y como se introducen datos al azar en los registros de temperaturas faltando a la verdad en tales controles con la consiguiente incidencia en la salud de los residentes que ello podría haber supuesto, entiendo proporcionada la sanción impuesta al trabajador, y como entendemos dicho razonamiento ajustado y acorde a la doctrina que hemos citado, no podemos advertir infracciones en la Sentencia de instancia y tras desestimar el recurso formulado debemos confirmarlo en su integridad pues no cabe argumentar que las temperaturas siempre son las mismas y que por ello no se produce perjuicio porque se anoten posteriormente ya que si ello fuera así no estaría entre sus cometidos precisamente el del control de las temperaturas y su anotación en un registro, habiéndose también declarado probado que en caso de Inspección de Sanidad si falta la anotación de los registros de temperaturas ello puede dar lugar a sanciones a las empresas y además tampoco cabe entender que la temperatura de los platos es siempre la misma pues si no se anota la temperatura, desde luego no consta que el actor la haya comprobado antes de servir los platos y que en definitiva los platos se hayan servido a la temperatura óptima para evitar toxiinfecciones alimentarias. Debe tenerse en cuenta además el colectivo al que iba destinado el trabajo del actor, así personas mayores que requieren de especial cuidado, siendo parte importante de dicho cuidado la alimentación, lo que revela la gravedad de la conducta llevada a cabo por el actor y justifica la sanción de despido impuesta cuya procedencia confirmamos.

CUARTO.- En aplicación de lo dispuesto en el Art. 235.1 LRJS, dada la condición del recurrente de beneficiario del derecho a la asistencia jurídica gratuita, no procede la imposición de costas.

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

FALLAMOS

Que desestimando el recurso de suplicación interpuesto por D. FJ.C.C. contra la sentencia de fecha veinticuatro de enero del Dos Mil Diecinueve dictada por el Juzgado de lo Social 17 de Valencia en autos 62/2018 seguidos a instancias del recurrente frente a la empresa C.R.S. SLU sobre DESPIDO debemos de confirmar dicha Sentencia. Sin costas.

2470

Sentencia núm. 1.438, de 14 de mayo de 2019

Materia: Incapacidad temporal. Abono de la prestación. Incomparecencia a cita médica. Trabajador afiliado al RGSS y encuadrado en el RETA sufre un ictus inter cerebral hemorrágico. Situación de incapacidad temporal derivada de enfermedad común. Posteriormente es dado de alta. Abono de la prestación. Incomparecencia injustificada: extinción de la prestación. El actor no ha recibido la prestación al habitar en lugar distinto a su domicilio durante su enfermedad. Procedimiento que debe seguir la mutua co-demandada para extinguir la prestación.

Juzgado: Desestima la demanda absolviendo a las demandadas de las prestaciones formuladas de contrario. No procede el pago de la prestación por falta de comparecencia.

Sala: Estima el recurso y revoca la sentencia de instancia. Aunque la Mutua remite el burofax que contenía la carta de citación con las advertencias oportunas al domicilio que había designado el demandante, la comunicación no fue recogida y tampoco el aviso, sin que la Mutua utilizara otro medio de comunicación que tenía a su alcance. Declara el derecho al subsidio reclamado debiendo establecerse la cuantía en la ejecución de la sentencia.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Recurre en suplicación el actor, la sentencia que ha desestimado su demanda en la que se solicita la prestación de incapacidad temporal del periodo 14-6-2016 a 20-6-2017 que dice asciende a la cantidad de 9.883,44 €, al ser extinguida la prestación por la Mutua X. por incomparecencia a cita médica.

El recurso se estructura en dos motivos que se impugnan de contrario. El primero, por el apartado b) del art. 193 de la LRJS, insta la revisión de los hechos probados tercero, cuarto y quinto, proponiendo una nueva redacción que consta literal en el escrito de formalización, insistiendo en el dato de que no recibió la comunicaciones de la cita, ni de la suspensión cautelar, ni de la extinción de la IT, porque estas comunicaciones efectuadas por burofax no fueron entregadas dejando aviso, que tampoco fue recogido por nadie; que la Mutua no procedió a una segunda notificación de la cita, que tampoco intentó contactar con el actor telefónicamente cuando disponía de este dato personal (teléfono fijo –folio 36- y móvil -folio 37 y 44-); y que solo trascurren 8 días y no 10 hábiles hasta la extinción, para aportar justificante del motivo de la incomparecencia a la cita médica.

Las redacciones alternativas propuestas para los hechos combatidos, están plagadas de deducciones extraídas de los mismos documentos que valora la magistrada de la instancia, que no afirma que la cita se produjera de forma telefónica, sino por burofax al domicilio que facilitó el actor para percibir la prestación y que figura en el parte de baja y declaración de situación de actividad. Por otra parte, el hecho que no trascurrieron diez días hábiles desde la fecha en que el beneficiario debió comparecer en la Mutua y la extinción de la prestación, es un hecho que ya puede deducirse de los que contiene la propia sentencia, que tampoco refiere que se produjera un segundo intento de las comunicaciones fallidas. Además, los datos que figuran en la sentencia son suficientes para decidir la cuestión debatida, y los propuestos en el recurso solo insisten sobre los que ya dice

la sentencia, por lo que son reiterativos y por tanto innecesarios para decidir. Tan solo el dato referido en el hecho quinto relativo a que el recibo de luz aportado por el demandante –folio 51- para justificar su cambio de domicilio se refiere a la calle Doctor M. va a ser corregido porque del documento se desprende claramente que la dirección de suministro se encuentra en la calle N. de V. (Valencia).

SEGUNDO.- En censura jurídica, por la letra c) del art. 193 de la LRJS, formula el recurso un segundo motivo en el que se alega que el art. 131 bis de la LGSS de 1994 que aplica la sentencia estaba derogado, siendo de aplicación el art. 174 y 175 de la actual LGSS aprobada por RDL 8/2015 de 30 de octubre, que el art. 79 del Decreto 1993/1995 de 7 de diciembre por el que se aprueba el Reglamento de Colaboración de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y enfermedades profesionales, en nada se refiere a la competencia de la Mutuas para extinguir la prestación de IT, mencionado seguidamente que la sentencia vulnera el art. 42.2 y 44 de la Ley 39/2015 de Procedimiento Administrativo Común (antiguo art. 59 de la Ley 30/1992) y el art. 9.3 del RD 625/2014, de 18 de julio, por el que se regulan determinados aspectos de la gestión y control de los procesos de incapacidad temporal en los primeros trescientos sesenta y cinco días de su duración, así como de las sentencias de esta Sala, del TSJ de Murcia, Canarias, Madrid y Cataluña, que aportó al juicio, al considerar que la conducta de la Mutua en el caso enjuiciado es desproporcionada al no constatarse el ánimo fraudulento del trabajador que permaneció de baja y entregó los partes correspondientes hasta un año después de la extinción.

TERCERO.- El art. 174 de la LGSS prevé como causa de extinción de la IT la incomparecencia injustificada a cualquiera de las convocatorias para los exámenes y reconocimientos médicos establecidos por los médicos adscritos al Instituto Nacional de la Seguridad Social o a la mutua colaboradora con la Seguridad Social (STS 6-3-2012 o 22-1-2016).

El art. 175 de la LGSS regula las causas de pérdida o suspensión del derecho al subsidio por IT estableciendo que “1. El derecho al subsidio por incapacidad temporal podrá ser denegado, anulado o suspendido:

- a) Cuando el beneficiario haya actuado fraudulentamente para obtener o conservar dicha prestación.
 - b) Cuando el beneficiario trabaje por cuenta propia o ajena.
2. También podrá ser suspendido el derecho al subsidio cuando, sin causa razonable, el beneficiario rechace o abandone el tratamiento que le fuere indicado.
3. La incomparecencia del beneficiario a cualquiera de las convocatorias realizadas por los médicos adscritos a las mutuas colaboradoras con la Seguridad Social para examen y reconocimiento médico producirá la suspensión cautelar del derecho, al objeto de comprobar si aquella fue o no justificada. Reglamentariamente se regulará el procedimiento de suspensión del derecho y sus efectos.”

Las Mutuas, como colaboradoras en la gestión de las prestaciones de incapacidad temporal están facultadas para suspender o extinguir el subsidio en aquellos casos en los que el beneficiario no comparece sin causa justificada a los reconocimientos médicos programados por sus facultativos. Además, como señala la STS de 15 de abril de 2010 (recud. núm. 97/2007), la capacidad de gestión de la Mutua –cuando se trata de contingencias comunes- “alcanza a todos los supuestos contemplados en el repetido art. 131 bis LGSS (actual 175 de la LGSS); esto es, los que corresponden a la dinámica ordinaria de la prestación, que es la determinada por objetivos hechos jurídicos del beneficiario, entre los que indudablemente se encuentra -se insiste- la incomparecencia injustificada a reconocimiento médico, que legalmente se configura como automática causa extintiva”.

Por su parte, el art. 9 del RD 625/2014, de 18 de julio, por el que se regulan

determinados aspectos de la gestión y control de los procesos por incapacidad temporal en los primeros trescientos sesenta y cinco días de su duración dispone: “ 1. El Instituto Nacional de la Seguridad Social o, en su caso, el Instituto Social de la Marina, podrá disponer que los trabajadores que se encuentren en situación de incapacidad temporal sean reconocidos por los inspectores médicos de dichas entidades gestoras.

Igual facultad corresponderá a las mutuas, respecto de los beneficiarios de la prestación económica por incapacidad temporal derivada de contingencias comunes, incluidos en su ámbito de gestión, para que sean reconocidos por los médicos dependientes de las mismas.

3. La citación a reconocimiento médico a que se refiere este artículo habrá de comunicarse al trabajador con una antelación mínima de cuatro días hábiles.

En dicha citación se le informará de que en caso de no acudir al reconocimiento, se procederá a suspender cautelarmente la prestación económica, y que si la falta de personación no queda justificada en el plazo de diez días hábiles siguientes a la fecha fijada para el reconocimiento, se procederá a la extinción del derecho al subsidio.

Si el trabajador justificara, antes de la fecha fijada para el reconocimiento médico o en ese mismo día, las razones que le impiden comparecer al mismo, la entidad gestora o mutua, podrá fijar una fecha posterior para su realización, comunicándolo al interesado con la antelación mínima ya indicada.

4. Cuando el trabajador que hubiera sido citado a reconocimiento médico por una mutua, no acuda al mismo en la fecha fijada, aquella acordará la suspensión cautelar del subsidio desde el día siguiente al fijado para el reconocimiento, lo que comunicará inmediatamente al interesado indicándole que dispone de un plazo de diez días hábiles a partir de la fecha en que se produjo la incomparecencia, para justificarla.....

Se entenderá que la incomparecencia fue justificada cuando el trabajador aporte informe emitido por el médico del servicio público de salud que le dispense la asistencia sanitaria, en el que se señale que la personación era desaconsejable conforme a la situación clínica del paciente; cuando la cita se hubiera realizado con un plazo previo inferior a cuatro días hábiles, o bien cuando el beneficiario acredite la imposibilidad de su asistencia por otra causa suficiente.....

7. Transcurridos diez días hábiles desde la fecha en que estaba citado a reconocimiento médico por la mutua correspondiente, sin que el trabajador hubiera aportado justificación suficiente de su incomparecencia, la mutua acordará la extinción del derecho a la prestación económica con efectos desde el día en que hubiera sido efectiva la suspensión. Dicho acuerdo se notificará al interesado.....”

Esta disposición pone de manifiesto que el control de la IT no solo se lleva a través de la baja y partes de confirmación, sino también mediante el control ocasional y no periódico que realiza, en este caso la mutua, que debe atenerse al procedimiento y plazos que la norma establece.

CUARTO.- Hasta aquí la normativa que regula el procedimiento que debe seguir la mutua para extinguir la prestación, por la causa ya dicha de que el beneficiario no comparezca a la cita médica. Pero no cabe duda de que la cita médica tiene que ser debidamente notificada, porque si el beneficiario no se entera, por causa que no le sea imputable o por no seguir el necesario procedimiento de notificación, no sería responsable de las consecuencias legales de su falta de

asistencia, ni de sus efectos. Además, debemos precisar que tratándose de una norma sancionadora, en cuanto que produce la consecuencia de la extinción del derecho, basada en la conducta omisiva del trabajador, se impone una interpretación rigurosa y restrictiva del modo en que por parte de la mutua se efectúan las comunicaciones con el beneficiario.

La STS de 2 de diciembre de 2014 al inadmitir (por falta de contradicción) el recurso de casación unificadora formulado advierte sobre la falta de identidad entre los supuestos sometidos a su decisión por razón de la inmediatez temporal entre "el aviso frustrado y la recogida"; pronunciamiento al que se remite la más reciente de 22 de enero de 2016 al recordar que "la mutua está obligada a remitir las notificaciones al beneficiario por los conductos adecuados que aseguren su recepción y la decisión extintiva del derecho al subsidio tenga en cuenta las circunstancias del caso, para determinar si la incomparecencia se hallaba o no justificada".

Sobre la problemática relativa a las comunicaciones (administrativas) y sus efectos sobre el derecho de los beneficiarios (en esta ocasión de una prestación de desempleo) la STS de 22 de julio de 2014 rcud 2930/2013; por remisión a lo establecido en los artículos 59.2 de la LRJAPYAC y el RD 1829/1999, de 3 de diciembre, advierte que las mismas "han de realizarse mediante dos intentos ..." (en un caso en que la efectuada "caducó en lista"), porque lo contrario "supone establecer una carga de la prueba para el destinatario de la comunicación que no tiene apoyo en el texto de la norma y que supondría que sólo con carácter excepcional procediera la segunda notificación, cuando ésta se establece en el precepto con carácter general, de tal modo que lo que se desprende del mismo es precisamente lo contrario, es decir, que sólo si se puede acreditar que el primer aviso ha sido debidamente recibido y voluntariamente no atendido es cuando bastaría sin necesidad de un segundo aviso para surtir los efectos pertinentes pero, en otro caso, éste se ha de efectuar"

La norma de cuya hermenéutica se trata ha sido sustituida por la correlativa de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, cuyo artículo 42.2 viene a reiterar que "Cuando la notificación se practique en el domicilio del interesado, de no hallarse presente éste en el momento de entregarse la notificación, podrá hacerse cargo de la misma cualquier persona mayor de catorce años que se encuentre en el domicilio y haga constar su identidad. Si nadie se hiciera cargo de la notificación, se hará constar esta circunstancia en el expediente, junto con el día y la hora en que se intentó la notificación, intento que se repetirá por una sola vez y en una hora distinta dentro de los tres días siguientes. En caso de que el primer intento de notificación se haya realizado antes de las quince horas, el segundo intento deberá realizarse después de las quince horas y viceversa, dejando en todo caso al menos un margen de diferencia de tres horas entre ambos intentos de notificación. Si el segundo intento también resultara infructuoso, se procederá en la forma prevista en el artículo 44".

Por lo tanto para que la mutua pueda extinguir el derecho debe haberse intentado la citación al trabajador en su domicilio en, al menos, dos ocasiones pese a que hayan resultado negativas, solo entonces se entienden agotadas las posibilidades y se considera que la actitud del trabajador que no obstante no recoge los avisos de correos es de pasividad y justifica su negligencia, y por el contrario si se acredita que el beneficiario recibió el aviso al primer intento, la tardanza en recogerlo, o la falta de recogida ya suponen la negligencia que permite excluir el segundo intento, sobre todo cuando consta que la carta o burofax es remitido por la mutua.

Es cierto que la Mutuas Patronales no tienen (en puridad) el carácter de

Administración Pública o de Entidad Gestora, sino meramente, Colaboradora de la Seguridad Social (conforme a lo dispuesto en el artículo 257 de la LGSS; en relación con los Capítulos V y VI de su Título I); lo que no obsta, sin embargo, a que les resulte aplicable el artículo 59 de la Ley derogada (30/1992) o de la vigente 39/2015 cuando - como es el caso- "citan a los beneficiarios de las prestaciones a efecto de ejercer la función de control que tienen encomendadas" (SSTSJ de Murcia de 10 de marzo de 2014 y 9 de octubre de 2015; entre otras coincidentes). Criterio que mantiene la STSJ de Galicia de 6 de abril de 2016 al advertir como el pronunciamiento del Alto Tribunal que examina (de 13 de noviembre de 2013) "en ningún momento señala que el art. 59.4 Ley 30/1992 no sea de aplicación a las Mutuas, sino ... que no es aplicable al concreto caso de autos porque entiende que la incomparecencia del beneficiario al reconocimiento fijado no tiene su causa en una indebida notificación de la Mutua sino en un comportamiento totalmente omisivo del mismo que aun sabiendo que tenía una comunicación remitida por la Mutua, por estar en su poder el aviso de Correos, permaneció pasivo rozando la negligencia.

La reciente STS de 9 de mayo de 2018 rcud 2840/2016 tras remitirse a lo razonado sobre el particular por la sentencia de contraste (del TSJ de Castilla-León/Valladolid de 13 de abril de 2016) en el sentido de que el entonces vigente artículo 59 de la Ley 30/1992 resulta aplicable a "las entidades gestoras y colaboradoras en el ejercicio de su función pública", limita su juicio de contradicción al examen de la cuestión litigiosa, advirtiendo sobre su "falta de contenido casacional" en los términos ya significados por las sentencias que cita del mismo Tribunal de 29 de septiembre de 2009, rcud.879/2009, 6 de marzo de 2012, rcud. 1727/2011, 12 de noviembre de 2013, rcud.2780/2012, 22 diciembre 2014, rcud. 618/2014, y 22 de enero de 2016, rcud. 2039/2014.

Se pone, así, de manifiesto que "si el interesado no tiene conocimiento de la comparecencia a que fue requerido por la Mutua" por "su conducta omisiva" al constar la recepción del aviso y su contenido (con "referencia a la situación de incapacidad temporal, cuyo control le correspondía legalmente") bastará con esa primera citación (STS de 12 de noviembre de 2013); suficiencia que también se advierte en el supuesto contemplado en la de 22 de enero de 2016, pues al tener el beneficiario "en su poder los avisos de Correos con la constancia del remitente, cualquier persona que obrase con la diligencia debida al ciudadano medio -conocedor de su situación laboral-, no hubiese dejado de recoger en la oficina de Correos los telegramas sobre los que se había dejado el aviso". Situación que se adecua a la examinada por la STSJ de Castilla- León (Burgos) de 19 de mayo de 2016 (que es confirmada por la que se cita del Tribunal Supremo) al no poder aceptarse que "se haya observado la adecuada diligencia por parte del demandante que recibe el aviso de correos ...y no acude a recogerlo a la oficina ...".

QUINTO.- Sentado todo lo que antecede hay que partir de los datos que constan en los hechos probados de la sentencia que dan cuenta del supuesto a enjuiciar. Se trata de un autónomo que el 24-11-2015 sufre un "ictus intracraneal hemorrágico" por el que inicia una baja por IT el 18-1-2016 derivada de enfermedad común, en el que permanece hasta que el 8-6-2017 el INSS emite el alta médica. Dice la sentencia que el domicilio que consta en el expediente a efectos de notificaciones es el de la calle T. nº puerta. CP 4600X de Valencia, y que el abono de la prestación derivada del proceso de incapacidad temporal corresponde a la Mutua X MCSS nº X, añadiendo que en fecha 13 de mayo de 2016 por el médico de la Mutua se contactó telefónicamente con el paciente procediéndole a citar por burofax para el 13 de junio de 2016 a las 12.00h. La citación es remitida por burofax a la dirección de la calle T. de Valencia, resultando no entregado y dejado aviso. En dicha citación, consta la advertencia de que la incomparecencia injustificada suponía la extinción de la prestación; que el actor no acudió a la indicada cita, y mediante carta de 14-06-2016 la Mutua suspendió cautelarmente el derecho al percibo de la prestación y

concedió al actor el plazo de 10 días naturales para justificar la inasistencia, apercibiéndole de extinción de la prestación para el caso de falta de justificación adecuada. Esta carta fue remitida por burofax a la dirección antes referida constando ausente y dejado aviso. Mediante carta remitida por burofax de fecha 15-07-2016 misma dirección y resultado, de fecha 23 de junio de 2016 se acordó la extinción de la prestación. Por último menciona la sentencia que el actor envió email en fecha 17 de octubre de 2016 alegando que no pudo comparecer a la cita porque no recibió la citación ya que el domicilio de la calle T. es donde vivía con su hermano durante la enfermedad y que no pudo recoger la citación porque desde el mes de marzo se fue a su domicilio de la calle N. de V., aportando recibo de luz correspondiente a la calle Doctor M. de Valencia (folio 50 y 51), en realidad la dirección de suministro como se ha admitido en el anterior motivo es la calle N. de V. (Valencia).

Con estos datos, la sentencia considera indebidamente justificada la incomparecencia a la cita médica, fundamentalmente por la conducta negligente del actor al no retirar los avisos remitidos al domicilio que había designado a efectos de notificaciones, o no comunicar otro al que se hubiera trasladado, o porque aun entendiendo justificada la incomparecencia por el cambio de domicilio se aporta una factura de luz que corresponde a un domicilio distinto.

Pues bien, atendiendo a las circunstancias del caso concreto que examinamos, no podemos compartir la tesis de la sentencia desestimatoria de la demanda. En efecto, aunque la Mutua remite el burofax que contenía la carta de citación con las advertencias oportunas al domicilio que había designado el demandante, la comunicación no fue recogida y tampoco el aviso, sin que la Mutua utilizara otro medio de comunicación que tenía a su alcance (el teléfono móvil del actor), ni en correos se cumpliera la normativa de comunicaciones que impone un segundo intento. De este modo el demandante no recoge ningún aviso, de ninguna de las comunicaciones remitidas, que adolecen de los mismos defectos, intentando justificar su incomparecencia dos meses después de que se hubiera extinguido la prestación porque dejó de percibirla e intentó averiguar qué había pasado llamando a la Mutua. En ese momento el actor trata de justificar su incomparecencia alegando que no se ha enterado de ninguna de sus comunicaciones porque el domicilio designado era el de su hermano al que se había trasladado debido a la gravedad de su enfermedad, que su hermano había encontrado un trabajo temporal que exigía el traslado, y que desde marzo de 2016 tuvo que irse a su domicilio en V. más cerca de sus padres, aportando únicamente el justificante del gasto de luz.

En el caso, es verdad que correspondía al actor haber comunicado a la mutua su nuevo domicilio y que su justificación es escueta, faltando la prueba de que en el domicilio designado nadie podía recoger los avisos; pero también lo es que la mutua no intenta otro medio de comunicación, y que no se cumple la normativa reguladora del procedimiento de control (no trascurren 10 días hábiles desde la fecha en que debió haber acudido el beneficiario a la cita médica hasta la extinción de la prestación), ni de las comunicaciones, pues no hay prueba de que los avisos fueran recogidos y se omitió el segundo intento de comunicación. Y en estas circunstancias no puede imponerse la medida extintiva que resulta desproporcionada en las circunstancias del caso.

En consecuencia, procedía estimar la demanda y conceder el subsidio reclamado, sobre el que la sentencia no menciona datos para determinar la bondad de la concreta cantidad reclamada, al no constar la base reguladora de la prestación, ni otros datos que pudieran impedir su devengo, por lo que la sala se limitará a conceder el derecho debiéndose determinar en ejecución de sentencia la concreta cantidad que corresponde percibir al actor.

FALLO

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de don P.F.G.M. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 8 de Valencia de fecha 28 de noviembre de 2017; y, en consecuencia revocamos la sentencia recurrida y estimamos la demanda del recurrente contra la Mutua X. MCSS nº X y el Instituto Nacional de la Seguridad Social, condenando a la mutua a que abone al actor el subsidio de incapacidad temporal en el periodo 14-6-2016 a 20-6-2017, cuya cuantía deberá determinarse en la ejecución de la sentencia.

Sin costas.

2471

Sentencia núm. 1.481, de 16 de mayo de 2019

Materia: Reconocimiento de derecho. Trabajadora interina al servicio de la administración. La actora presta sus servicios como profesora de religión católica, en sustitución de persona liberada sindicalmente. Nombramiento personal interino. Duración y extinción de la relación laboral de los profesores de religión católica. Abono mensualidades de julio y agosto. Legalidad del cese de la profesora interna antes de la reincorporación del titular.

Juzgado: Estima la demanda declarando la nulidad de la cláusula 4 del contrato de trabajo suscrito entre las partes, debiendo extenderse el contrato de trabajo hasta determinado día, fecha de reincorporación del trabajador sustituido con reserva del puesto de trabajo. Se condena la demandante a abonar determinada cantidad correspondiente a los meses de julio y agosto con imposición a la demandada de los intereses moratorios.

Sala: Desestima los recursos de las partes demandante y demandada en la instancia y confirma la sentencia de instancia. La actora tiene derecho a recibir la prestación desde el día en que toma posesión hasta la fecha de reincorporación de la persona sustituida.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. Doña I.C.B. presentó demanda en materia de reconocimiento de derechos y cantidad contra la Generalitat Valenciana -Conselleria de Educació- en la que solicitaba que se declarara la nulidad de la cláusula 4ª del contrato de trabajo de interinidad por sustitución que había celebrado con la Administración autonómica el 19 de octubre de 2016. Asimismo, solicitaba que se condenara a la misma Administración a abonarle los salarios correspondientes a dos periodos distintos que son los comprendidos entre el 1 de septiembre de 2016 al 18 de octubre de 2016, y entre el 1 de julio de 2017 y el 31 de agosto de 2017.

2. La sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 3 de Castellón estimó en parte esta demanda, declaró la nulidad de la cláusula 4ª del contrato de trabajo de interinidad en la que se decía que su duración será la que dure la ausencia del trabajador sustituido con derecho a reserva de puesto de trabajo o el 30 de junio de 2017 como máximo, y condenó a la Generalitat Valenciana a abonar a la Sra. C. la cantidad de 2.245'14 euros por los salarios correspondientes al periodo 1 de julio a 31 de agosto de 2017.

3. Frente a esta decisión judicial han interpuesto recurso de suplicación ambas partes. Examinaremos en primer lugar el recurso de la Generalitat Valenciana en el que se combate la declaración de nulidad de la cláusula 4ª del contrato de trabajo y después el presentado por la trabajadora.

SEGUNDO.- 1. La Generalitat Valenciana funda su recurso en un motivo redactado al amparo del apartado c) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS), en el que se denuncia la vulneración del Acuerdo suscrito el 3 de abril de 2013 por la Conselleria de Educació y Deporte y las Organizaciones Sindicales, en relación con el Real Decreto 696/2007, de 1 de junio, por el que se regula la relación laboral de los profesores de religión católica, con el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores y su reglamento de desarrollo contenido en el Real Decreto 2729/1998, de 18 de diciembre.

2. De la lectura del escrito de recurso no es fácil saber cuál es la norma concreta que se considera infringida por la sentencia recurrida que, como hemos expuesto, declara la nulidad de la cláusula 4ª del contrato de interinidad por sustitución del titular del puesto de trabajo que se encontraba en situación de liberado sindical que la Administración autonómica suscribió con doña Isabel Cubells el 19 de octubre de 2016. En esa cláusula se decía que la duración del contrato sería la del tiempo que dure la ausencia del trabajador o el 30 de junio de 2017, y en cumplimiento de lo dispuesto en ella se cesó a la Sra. C. en esta última fecha, pese a que el trabajador sustituido no se reincorporó hasta el 31 de agosto siguiente.

A partir de estos hechos la sentencia de instancia entendió que la mencionada cláusula contraviene lo dispuesto en el artículo 4.2 del Real Decreto 2720/1998, de 18 de diciembre, por el que se desarrolla el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores en materia de contratos de duración determinada, al fijar el cese de la trabajadora interina en una fecha concreta –el 30 de junio de 2017- aun cuando en ese momento no se hubiera producido la reincorporación del titular.

Frente a esta solución que se ajusta plenamente a la legalidad pues el artículo 4.2 del Real Decreto 2720/1998 dispone en su apartado b) que: “b) La duración del contrato de interinidad será la del tiempo que dure la ausencia del trabajador sustituido con derecho a la reserva del puesto de trabajo”, la Generalitat Valenciana se limita a realizar una serie de afirmaciones que nada contradicen lo resuelto por la sentencia. Así, se dice: a) Que tanto el Estatuto de los Trabajadores como el Real Decreto 2720/2008 “solamente establece que la duración será hasta la reincorporación del trabajador sustituido”. Pero esto es, justo, lo que ha resuelto la sentencia y por lo que se declara la nulidad de la cláusula contractual. b) Que el artículo 4 del Real Decreto-Ley 14/2012, de 20 de abril estableció en su apartado 1) que “(e)n los centros docentes públicos, el nombramiento de funcionarios interinos por sustitución transitoria de los profesores titulares se producirá únicamente cuando hayan transcurrido diez días lectivos desde la situación que da origen a dicho nombramiento”. Pero el régimen de nombramiento de los funcionarios interinos nada tiene que ver con la cuestión que se debate ahora, que es la legalidad del cese de la trabajadora interina producido antes de la reincorporación del titular. c) Como tampoco tiene nada que ver lo dispuesto en el artículo 32.6 de la Ley 11/2015, de 29 de diciembre de 2016 de Presupuestos de la Generalitat Valenciana para el ejercicio 2016, que establece que la contratación de personal laboral “requerirá la autorización previa de las Consellerías que tengan asignadas las competencias en materia de hacienda y función pública”.

3. A la vista de lo expuesto y teniendo en cuenta que al tratarse de un recurso extraordinario la Sala ha de limitarse a examinar las infracciones legales denunciadas, no siendo posible extender la decisión a la eventual corrección de infracciones no invocadas (SSTS 03/06/1994 -rec 1881/93-; 17/12/2007 -rec 4661/06-; 23/12/2008 -rec 3199/07- y 11 de mayo de 2017 -rcud.531/2015), procede desestimar el recurso de la Generalitat Valenciana.

TERCERO.- 1. El recurso que se interpone en nombre de la trabajadora también adolece de cierta imprecisión técnica. Este recurso se sustenta en dos motivos que se dicen redactados al amparo de los apartados a) y b) del artículo 193 LRJS. Ahora bien, ni en el motivo primero se interesa la nulidad de las actuaciones, que es el objetivo que persigue el motivo a) del artículo 193 LRJS; ni en el segundo se solicita, en forma, la revisión de los hechos que la sentencia declara probados, que es lo propio de un motivo que se dice redactado al amparo del apartado b) del artículo 193 de la ley procesal.

Lo expuesto sería suficiente para desestimar de plano el recurso por incumplimiento de las exigencias formales que son propias de un recurso de

naturaleza extraordinaria como es el de suplicación, pero para evitar cualquier atisbo de indefensión daremos respuesta a la cuestión que se suscita en él.

2. Lo que pretende la recurrente es que se condene a la Generalitat Valenciana a abonarle los salarios del periodo comprendido entre el 1 de septiembre de 2016 y el 18 de octubre de 2016; es decir, desde la fecha en que, según ella, se inició el curso escolar –aunque en el mismo escrito de recurso se cita la Resolución de 7 de junio de 2016 de la Dirección General de Centros y Personal Docente por la que se fijó el inicio del curso escolar 2016/2017 en el 8 de septiembre de 2016–, hasta el día anterior a la firma del contrato de trabajo de interinidad en que comenzó la prestación de servicios. Esta petición se basa, fundamentalmente, en dos argumentos:

a) En el motivo primero del recurso se alude a lo dispuesto en la cláusula quinta de la Orden de 9 de abril de 1991 en la que se establece que los profesores de religión “prestarán su actividad, en régimen de contratación laboral, de duración determinada y coincidente con el curso o año escolar”, y se añade que la Resolución de 7 de junio de 2016 de la Dirección General de Centros y Personal Docente fijó el inicio del curso escolar 2016/2017 en el 8 de septiembre de 2016. Pero que ello sea así, no implica que la demandante tenga derecho a percibir unas retribuciones correspondientes a un periodo en el que no había sido contratada y no hubo prestación de servicios. Según se dice en el hecho probado primero de la sentencia, el contrato de interinidad entre doña I.C. y la Conselleria de Educación se firmó el 19 de octubre de 2016, sin que conste que con anterioridad a esta fecha se prestaran servicios por parte de la demandante. Desconocemos si en el periodo comprendido entre el 8 de septiembre y el 18 de octubre de 2016 se impartió la clase de religión católica en el centro docente para el que fue contratada, pero si se hizo, no fue por parte de la Sra. C. que, en consecuencia, no tiene derecho a que se le abonen los salarios de ese periodo.

b) También se alude en el escrito de recurso, a que desde el 15 de septiembre de 2014 la demandante ha venido prestando servicios en el mismo centro de trabajo y bajo el mismo contrato de interinidad por sustitución del trabajador don C.R.C., por lo que, a su entender, “no cabe decir que se necesitaba la solicitud del Ordinario Diocesano”. Sin perjuicio de que estos datos no constan en el relato de hechos probados de la sentencia, de los que esta Sala debe partir para resolver el recurso, es lo cierto que tales circunstancias no enervan el hecho de que el último contrato de interinidad se suscribió el 19 de octubre de 2016 por lo que, como ya hemos señalado, solo a partir de esa fecha nacía el derecho de la demandante a percibir la contraprestación salarial por su trabajo.

Es por todo ello que procede desestimar, también, el recurso presentado en nombre de doña I.C. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 3 de Castellón de la Plana.

CUARTO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 235.1 LRJS, procede condenar en costas a la Generalitat Valenciana.

FALLO

Desestimamos los recursos de suplicación interpuestos en nombre de la Generalitat y de doña I.C.B. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 3 de Castellón de la Plana de fecha 28 de marzo de 2018 (autos 458/2017); y, en consecuencia, confirmamos la sentencia recurrida.

Se condena a la Generalitat a que abone a la letrada impugnante la cantidad de 400 euros.

2472

Sentencia núm. 1.499, de 21 de mayo de 2019

Materia: Sanción. Trabajador que presta sus servicios como conductor perceptor en empresa de transporte y al que le es de aplicación el convenio laboral de empresa. Imposición de sanción de empleo y sueldo. Insultos y leve agresión a compañero en el trabajo derivada de una reacción brusca e instintiva. Nulidad de la sanción por defectos de forma. Proporcionalidad de la sanción impuesta.

Juzgado: Desestima la demanda declarando procedente la sanción por falta muy grave con suspensión de empleo y sueldo del trabajador demandante. Absuelve a la empresa demandada de todas las pretensiones formuladas en su contra.

Sala: Estima parcialmente el recurso revocando la sanción impuesta por desproporcionada. No procede la nulidad de la sanción puesto que el actor ha cometido una falta laboral merecedora de una sanción proporcionada al daño causado.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se recurre por el letrado designado por don M.G.E. la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 1 de Elche, que desestimó su demanda por la que se impugnaba la sanción de veintidós días de suspensión de empleo y sueldo como autor de una falta muy grave que le impuso la empresa A.U.E., S.A. para la que prestaba servicios como conductor-perceptor desde el año 1999.

SEGUNDO.- 1. En el primer motivo del recurso se solicita al amparo del apartado b) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS), que se modifique el hecho probado segundo de la sentencia para que se deje constancia de que la sanción que le impuso la empresa lo fue “por la comisión de dos faltas muy graves”. En apoyo de esta petición se invoca la carta de sanción aportado como documento núm. 5 en el ramo de prueba de la parte actora.

2. Se rechaza esta petición porque en el texto de la carta se dice, textualmente, que los hechos que se describen en ella y se imputan al trabajador con “constitutivos de una **falta muy grave**”, lo que se reitera al final de la carta cuando se señala que procede “Calificar los hechos como **FALTA MUY GRAVE**”. Por tanto, de ese documento no se evidencia que la sanción lo fuera por la comisión de dos faltas muy graves, como se pretende hacer valer por el recurrente.

TERCERO.- 1. Los dos restantes motivos del recurso están redactados al amparo del apartado c) del artículo 193 LRJS. Solicita el recurrente que se declare la nulidad de la sanción que le impuso la empresa, bien por razones de forma –motivo segundo- o por razones de fondo –motivo tercero.

2. En relación con las razones formales, se denuncia en el motivo segundo del recurso la infracción por inaplicación de los artículos 55.1 y 58.2 del Estatuto de los Trabajadores (en adelante ET), en relación con el artículo 24 de la Constitución Española y con la jurisprudencia que cita. Se argumenta por el recurrente, que la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social no se pronuncia sobre la nulidad de la sanción por defectos de forma que fue solicitada en el ordinal séptimo de la demanda, y que en la carta sancionadora no se indica “que infracción supone cada

hecho y qué sanción le corresponde a cada infracción”.

3. El recurrente parece imputar a la sentencia de instancia una suerte de incongruencia omisiva al señalar que no se pronunció sobre uno de los pedimentos de la demanda. Pero ello, no obstante, no solicita la nulidad de la sentencia, sino que pide que se declare por este tribunal la nulidad de la sanción por los defectos de forma que, a su entender, presenta la carta sancionadora.

No existe ningún inconveniente para que nos pronunciemos sobre la causa de nulidad de la sanción que se invoca en este motivo segundo del recurso, pues a tenor de lo dispuesto en el artículo 202.2 LRJS si la infracción cometida en la resolución de instancia versara sobre las normas reguladoras de la sentencia, la Sala deberá resolver lo que proceda dentro de los límites en que aparezca planteado el debate.

4. El motivo no puede prosperar pues, como ya hemos adelantado en el fundamento de derecho anterior, la carta de sanción no contiene ninguna indefinición sobre los hechos sancionados que se describen en ella con toda claridad. El artículo 55.1 ET establece que "el despido deberá ser notificado por escrito al trabajador, habiendo figurar los hechos que lo motivan y la fecha en que tendrá efectos". Aunque no existe una previsión semejante para el resto de sanciones disciplinarias, es obvio que esta exigencia legal es igualmente aplicable a todas ellas por cuanto el conocimiento exacto de los hechos que se imputan al trabajador es una garantía esencial de su derecho defensa.

La sentencia del Pleno de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 28 de abril de 1997, reiterada por otras muchas posteriores -entre ellas, las de 18 de enero de 2000 y 30 de septiembre de 2010- señala que la exigencia del art. 55 ET "ha sido reiteradamente interpretada por la Sala en el sentido que sintetiza la Sentencia de 3 octubre 1988, a tenor de la cual «aunque no se impone una pormenorizada descripción de aquéllos -los incumplimientos que motivan el despido-, sí exige que la comunicación escrita proporcione al trabajador un conocimiento claro, suficiente e inequívoco de los hechos que se le imputan para que, comprendiendo sin dudas racionales el alcance de aquéllos, pueda impugnar la decisión empresarial y preparar los medios de prueba que juzgue convenientes para su defensa"; finalidad que no se cumple "cuando la aludida comunicación sólo contiene imputaciones genéricas e indeterminadas que perturban gravemente aquella defensa y atentan al principio de igualdad de partes al constituir, en definitiva, esa ambigüedad una posición de ventaja de la que puede prevalerse la empresa en su oposición a la demanda del trabajador».

5. En el caso que ahora se enjuicia, los hechos por los que sancionó al trabajador están relatados con total claridad en el ordinal tercero de la carta de sanción, por lo que el demandante ha podido ejercer su derecho de defensa en plenitud. La circunstancia de que la empresa le sancione por una falta muy grave cuando los hechos pudieran ser constitutivos de dos faltas muy graves: la de malos tratos del apartado i) y la de ofensas verbales del apartado n) del Laudo Arbitral de sustitución de la Ordenanza Laboral de Transporte por Carretera, no supone ninguna irregularidad que pudiera dar lugar a la nulidad de la sanción, pues lo relevante a efectos de que el trabajador pueda ejercitar su derecho de defensa no es tanto la calificación jurídica que la empresa pueda hacer de los hechos, como el conocimiento preciso de esos hechos que constituyen el objeto de sanción. Por lo tanto, este primer motivo de censura jurídica es desestimado.

CUARTO.- 1. Lo que se plantea en el tercer motivo del recurso no es otra cosa que la desproporción entre la infracción cometida por el trabajador y la sanción que le impuso la empresa. Así, se alega que la sentencia vulnera el artículo 4 del Código

Civil, en relació con el artículo 20.4 del Código Penal y con el artículo 4.2 d) ET y, subsidiariamente, el artículo 14 de la Constitución Española.

2. El motivo merece ser estimado si bien que de forma parcial. Lo primero que parece necesario recordar, es que las normas penales no son aplicables al régimen disciplinario laboral. Como señala la doctrina constitucional, por todas la STC de 18 de marzo de 1992, el despido no es más que una resolución contractual que, por tanto, no conlleva la aplicación del derecho penal, de modo que la consideración por los tribunales laborales de que una conducta implica incumplimiento contractual no incluye un juicio sobre la culpabilidad o inocencia del recurrente. En el mismo sentido, la STS de 13 de febrero de 1998 señala que: "la finalidad del proceso de despido no es la declaración de culpabilidad del despedido, sobre el que no se formula acusación de culpabilidad penal, sino que su objeto, al que debe contraerse la actuación procesal de las partes y del órgano jurisdiccional laboral, se centra en el debate sobre si existe o no, a la luz del derecho laboral, una causa justificadora del despido disciplinario realizado por el empleador, y la comprobación al efecto se desenvuelve en el marco establecido por las normas sustantivas y procesales laborales, entre las que se encuentra el art. 89.2 de la L.P.L. que faculta al juzgador para formar su convicción conforme a las pruebas practicadas en el proceso laboral".

Aunque estas sentencias se hayan dictado en procesos de despido disciplinario su doctrina es aplicable a todo el elenco de sanciones disciplinarias que el empresario puede imponer a los trabajadores.

3. Tampoco se puede sostener que la sanción impuesta al demandante sea discriminatoria por el solo hecho de que al otro trabajador que participó en el incidente se le impusiera por la empresa una sanción menos gravosa. Así, por lo que respecta a la invocación del principio de igualdad, en la STC 256/2004, de 22 de diciembre, con cita de anterior sentencia del propio Tribunal, la 76/1990, de 26 de abril, se perfilan los contornos propios del derecho fundamental de igualdad en estos términos: a) no toda desigualdad de trato supone infracción del artículo 14 de la CE sino, únicamente, aquella que carece de una justificación objetiva y razonable; b) el principio de igualdad exige que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas, sin que sea factible ni correcto la introducción de elementos diferenciadores que sean arbitrarios o carezcan de fundamento racional; c) el principio de igualdad no prohíbe cualquier desigualdad, sino solo aquellas que resulten artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos suficientemente razonables; d) para que la diferenciación resulte constitucionalmente lícita, no basta con que lo sea el fin que, con la misma, se persigue, sino que, además, resulta indispensable que las consecuencias jurídicas de tal diferenciación sean adecuadas y superen un juicio de proporcionalidad en sede constitucional.

Además, como hemos señalado en ocasiones anteriores, no se puede alegar el principio de igualdad desde la ilegalidad de la actuación de quien lo invoca. En este caso, la sanción que ahora se enjuicia no se puede tachar de discriminatoria pues, a juicio de la empresa, la participación de cada trabajador en el incidente no fue la misma ni de similar intensidad pues al hoy recurrente se le imputa haber golpeado a su compañero de trabajo y no haberse disculpado, por lo que, sin perjuicio de lo que seguidamente hemos de señalar, la imposición de sanciones diferentes obedecía a una causa objetiva y razonable.

4. Dicho lo anterior, queda por analizar si, como también argumenta el recurrente, la sanción que le impuso la empresa no guarda la debida proporción con las circunstancias concurrentes.

Tal y como ha señalado esta Sala en reiteradas ocasiones, es doctrina jurisprudencial consolidada la que, con apoyo en el artículo 58.1 ET, considera que la sanción debe ser proporcionada a la entidad de la falta cometida. De modo que del elenco de sanciones que el ordenamiento jurídico pone a disposición del empresario debe escogerse la que sea adecuada a la falta, sin que resulte lícito ni justificado acudir en cualquier caso a la más grave de las previstas. De este modo, la potestad sancionadora que tiene el empresario debe ser aplicada atendiendo y valorando las circunstancias concretas que pueden concurrir en el supuesto enjuiciado, como puedan ser: la trayectoria profesional del trabajador en la empresa; la mayor o menor malicia de la acción enjuiciada o el grado de negligencia imputable al trabajador; el perjuicio -no sólo económico- sufrido por la empleadora; o la propia naturaleza de los hechos ejecutados, en cuanto pueda incidir en el nivel de confianza que la empresa deposita en el trabajador, etc.

Más en concreto, por lo que se refiere a los supuestos de ofensas o agresiones verbales y físicas entre compañeros de trabajo, o entre el trabajador y algún superior de la empresa, han de ponderarse de forma particularizada todos los aspectos subjetivos y objetivos concurrentes, teniendo en cuenta los antecedentes y circunstancias coetáneas que definen la relación laboral como una relación continuada en el tiempo (SSTS 27 de febrero 1987, 18 julio 1988 y 31 octubre de 1998). Por ello, hechos idénticos pueden ser tratados de forma distinta según las circunstancias subjetivas y objetivas concurrentes (SSTS 17 noviembre 1988 y 30 enero 1989). Desde esta perspectiva, en numerosas sentencias del Tribunal Supremo se ha entendido que el enjuiciamiento del despido (y en general de las sanciones), debe abordarse de forma gradualista buscando la necesaria proporción entre la infracción cometida y la sanción a imponer, y aplicando un criterio individualizador que valore las peculiaridades de cada caso concreto (SSTS 28 febrero y 6 abril 1990 y 16 mayo 1991).

La aplicación de estos criterios al supuesto examinado nos lleva a concluir que la sanción por falta muy grave que se impuso al trabajador por los hechos ocurridos el 19 de junio de 2017 es, ciertamente, desproporcionada en atención a las circunstancias que concurren. En efecto, según se relata en el incombustible hecho probado tercero de la sentencia, el incidente se produjo cuando el autobús en el que viajaban los trabajadores de la empresa realizó un giro y el trabajador don A.M. desplazó su cuerpo hacia atrás y pisó al demandante. Es cierto que este reaccionó de forma brusca e inapropiada empujando al Sr. M. y lanzándole una serie de improperios groseros y ofensivos, pero hay que tener en cuenta que se trató de una reacción instintiva provocada por el pisotón que había recibido, sin que conste que los insultos se reprodujeran posteriormente o que el incidente desembocara en actuaciones más graves. De este modo la gravedad de la conducta aparece atenuada por las concretas circunstancias que rodearon a los hechos, toda vez que se trató de una reacción brusca e inmediata ante el pisotón recibido. También se debe considerar que nada se dice en la carta de sanción, ni en la sentencia, sobre hechos similares ocurridos con anterioridad que pudieran dar idea de una personalidad especialmente pendenciera del demandante cuya antigüedad en la empresa se remonta al año 1999. En definitiva, teniendo en cuenta que estamos ante un hecho aislado que fue producto de una reacción ante un daño percibido, debemos convenir que la sanción por falta muy grave resulta desproporcionada.

Ahora bien, que ello sea así, no significa que los hechos queden impunes, pues no cabe duda que la conducta del demandante de empujar e insultar a su compañero de trabajo constituye una falta laboral que puede ser sancionada por la empresa, por lo que no se puede estimar la petición de nulidad de la sanción y sin que de los hechos probados se aprecie la infracción por la empresa de ninguna norma en materia de prevención de riesgos laborales. Es por ello que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 115.1 c) LRJS procede autorizar a la

empresa a imposar una sanció adequada a la gravetat de la falta en el plaço de los diez siguientes a la notificación de la sentencia firme, siempre y cuando no haya transcurrido el plazo de prescripción de la falta antes de la imposición de la sanción que se ha enjuiciado en este procedimiento.

QUINTO.- No procede imponer condena en costas (artículo 235.1 LRJS).

FALLO

Estimamos en parte el recurso de suplicación interpuesto en nombre de DON M.G.E. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 1 de Elche de fecha 30 de noviembre de 2018 (autos 674/2017); y, en consecuencia, revocamos en parte la sanción por falta muy grave que le impuso la empresa A.U.E., S.A. mediante comunicación de 19 de junio de 2017, a la que autorizamos a imponer una sanción adecuada a la gravetat de la falta en el plaço de los diez siguientes a la notificación de la sentencia firme, siempre y cuando no haya transcurrido el plazo de prescripción de la falta antes de la imposición de la sanción que se ha enjuiciado en este procedimiento. Condenamos a la empresa a estar y pasar por esta declaración con las consecuencias económicas que se deriven de ella.

Sin costas.

2473

Sentencia núm. 1.510, de 21 de mayo de 2019

Juzgado: Reclamación de cantidad. Cosa juzgada. Trabajador que presta sus servicios como comercial para empresa codemandada. Expediente de Regulación de Empleo. La empresa comunica a los trabajadores la extinción de todos los contratos de trabajo afectados por el ERE. Nulidad del despido colectivo y de la extinción de la relación laboral de los trabajadores. Derecho al cobro de la indemnización legal que corresponda más los salarios de tramitación devengados desde la fecha del despido con el descuento de los salarios percibidos por la nueva colocación. El actor tiene un acuerdo de indemnización pactado con la empresa en caso de extinción de la relación laboral.

Juzgado: Estimando la excepción de cosa juzgada alegada por el organismo demandado, desestima la demanda, absolviendo a los demandados de las pretensiones dirigidas en su contra. No procede la indemnización adicional reclamada.

Sala: Estima el recurso declarando el derecho del actor a percibir la indemnización adicional pactada. No procede el incremento por mora.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Luis Enrique Nores Torres.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se recurre por la representación letrada de D. A.J.G. la sentencia de 10 de abril de 2018, dictada por el Juzgado de lo Social nº 9 de los de Valencia, que desestimó la demanda en materia de despido y reclamación de cantidad presentada por el actor contra T.J. S.A., siendo administradora concursal D^a L.E.O., al estimar la excepción de cosa juzgada alegada por la representación del FOGASA. El recurso, que no ha sido impugnado de contrario, se articula sobre la base de dos motivos: por un lado, con pretendido apoyo en la letra b) del art. 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (en adelante, LRJS), persigue la revisión de los hechos declarados probados en la sentencia de instancia, en concreto, el primero de tales hechos; por otra parte, con fundamento en el art. 193.c) LRJS, plantea la infracción de las normas sustantivas y jurisprudencia aplicable al caso por parte de la resolución recurrida, en concreto, el art. 222.4 Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), en relación a los efectos de la cosa juzgada, así como la jurisprudencia del TS que cita al respecto.

SEGUNDO.- En efecto, de entrada, haciendo uso de la vía habilitada por el art. 193.b) LRJS, el primero de los motivos planteados en el recurso persigue la revisión del hecho probado primero de la sentencia de instancia en el que se recogen las circunstancias “profesionales” del trabajador (categoría profesional, salario y antigüedad).

En este sentido, con apoyo en la documental obrante en autos (folios 14 a 18 de la parte actora: contrato de trabajo firmado entre las partes), pretende que se introduzca en dicho hecho el contenido de ciertas cláusulas del referido contrato en el que se explicitan los efectos económicos de que la empresa extinga el contrato de trabajo con anterioridad al transcurso de nueve años desde su suscripción, proponiendo la siguiente redacción alternativa: *“El actor D A.J.G., con DNI XX, ha venido prestando sus servicios por cuenta de la empresa demandada T.J. S.A. con CIF XX, con la categoría profesional de comercial y salario mensual de 2017,65 euros brutos con p.p. pagas extraordinarias, antigüedad del 01.07.2015. En el contrato que*

suscribieron las partes el pasado 1 de julio de 2015, se pactaron dos cláusulas adicionales. En la cláusula adicional segunda se estipulaba que .. <<al término de los 9 años (o en cualquier momento anterior), si la empresa decide rescindir el contrato, deberá abonar al trabajador el importe correspondiente a una indemnización por despido...>>. De otra parte y en calidad de Mejora de Indemnización, se pacta en el mismo contrato, en su cláusula adicional tercera: ... <<En caso de incumplimiento del período mínimo pactado, la empresa deberá abonar al trabajador el importe de 1600 euros mensuales por el período que faltase hasta cumplir los 9 años. Dicha cantidad deberá satisfacerse en un único pago y tendrá el concepto de mejora de indemnización>>.”.

Antes de resolver la petición revisora propuesta en el escrito de formalización por la parte recurrente, interesa recordar que esta Sala (entre otras, STSJ Comunidad Valenciana de 11 de junio de 2013, rec. 3093/2012) viene sosteniendo de manera reiterada, con apoyo en la doctrina emanada del Tribunal Supremo (SsTS de 16 de marzo y 5 de mayo de 1987, 3 de marzo de 1998 y 11 de diciembre de 2003; igualmente, SsTS de diciembre de 2014, rec. 201/2013 y de 22 de diciembre de 2014, recs. 147/2014 y 185/2014), que los hechos declarados probados en la instancia sólo pueden ser objeto de revisión (adicionarse, suprimirse o rectificarse) en este recurso extraordinario de suplicación si concurren ciertas circunstancias entre las que cabe recordar ahora las siguientes: de entrada, que se concrete con precisión y claridad el hecho que ha sido negado u omitido en la resultancia fáctica que contenga la sentencia; asimismo, que tal hecho resulte de forma clara, patente y directa de la prueba documental o pericial obrante en autos, sin necesidad de argumentaciones más o menos lógicas y sin que resulte contradicho por otras pruebas que también obren en autos y que con plena libertad hayan podido ser valoradas por el juez de instancia; igualmente, que se señale el concreto documento o pericia en que se basa la petición de manera suficiente que permita su identificación; por otra parte, que se ofrezca el texto concreto a figurar en la narración que se tilda de equivocada, bien sustituyendo alguno de sus puntos, bien completándola; en fin, que tal hecho tenga trascendencia para llegar a la modificación del fallo recurrido, pues si carece de virtualidad, la modificación tampoco puede ser acogida.

Pues bien, si se trasladan tales exigencias a la petición revisora formulada en el presente recurso debe necesariamente concluirse que la misma reúne todos los requisitos mencionados: de entrada, se ha concretado con precisión y claridad el hecho omitido (el contenido de las cláusulas en cuestión); por otra parte, el hecho resulta de forma clara, patente y directa de la prueba documental (contrato de trabajo que obra en los folios 14 a 18, concretamente, el folio 18), el cual ha sido debidamente identificado por la parte; asimismo, se ofrece una redacción alternativa en unos términos que reproducen el contenido exacto del documento; finalmente, la modificación tiene trascendencia para, en su caso, modificar el contenido del fallo. Por todo ello, el motivo debe ser estimado y se procede a modificar el hecho probado primero en los términos propuestos.

TERCERO.- En el segundo motivo del recurso y al amparo de la letra c) del art. 193 LRJS), la parte recurrente denuncia la infracción por la sentencia de instancia de lo dispuesto en el art. 222.4 LEC, en relación a los efectos de la cosa juzgada, así como de la jurisprudencia del TS interpretativa del precepto, con expresa cita a lo largo del desarrollo de las SsTS de 2 de junio de 2014, de 5 de diciembre de 2005, rec. 2818/2004, de 6 de junio de 2006, rec. 1234/2005 y de 27 de marzo de 2013, rec. 1917/2012.

Al respecto, el escrito de formalización recuerda cómo la sentencia de instancia estimó la excepción de cosa juzgada planteada por el letrado del FOGASA al entender que la cuestión ya había sido resuelta por la STSJ de la Comunidad Valenciana de fecha 30 de enero de 2018, en la que se declaró la nulidad del despido

colectivo llevado a cabo por la empresa T.J. S.A. y la extinción de la relación laboral de los trabajadores a su servicio, condenando a dicha empresa (y las codemandadas en dicho proceso colectivo, E.J. y P. S.A.) a abonar a los trabajadores la indemnización legal que le corresponda así como los salarios de tramitación devengados desde la fecha del despido y hasta la fecha de dictarse la resolución. A partir de ahí, tras recordar el significado de la cosa juzgada, y la interpretación que de la misma ha efectuado el Tribunal Supremo, discrepa de la solución ofrecida por la magistrada de instancia, planteando, en esencia, que la excepción no alcanza a todo lo planteado en la demanda individual y, concretamente, no incidiría en la reclamación de las cantidades indemnizatorias “adicionales” pactadas en el contrato de trabajo del hoy recurrente, pues dicha cuestión no fue resuelta por el TSJ de la Comunidad Valenciana en la sentencia que resolvía la impugnación colectiva del despido colectivo.

Por todo ello, tras justificar la posibilidad de que por medio del contrato de trabajo se puedan mejorar las indemnizaciones previstas en el texto estatutario (con cita de las SsTS de 19 de noviembre de 2011, rec. 3083/2000 y de 23 de mayo de 2005, rec. 1753/2004), insiste en el derecho del trabajador a percibir no sólo la indemnización legal por despido, sino también la adicional pactada en el contrato que cifra en 129.333,33 euros, resultante de multiplicar 1.600 euros mensuales por el período comprendido desde el 7 de octubre de 2017 hasta el 30 de junio de 2014 (sic.: 2024), correspondiente a los meses que restan por cumplir del contrato hasta los nueve años conforme a la mejora pactada en la cláusula contractual.

El punto de partida para resolver este recurso pasa por recordar el significado de la cosa juzgada. Al respecto, es tradicional diferenciar entre la “cosa juzgada formal” y la “cosa juzgada material”, así como, al hilo de esta última, entre su efecto positivo y el negativo. El art. 207.3 LEC alude a la primera cuando dispone que *“Las resoluciones firmes pasan en autoridad de cosa juzgada y el tribunal del proceso en que hayan recaído deberán estar en todo caso a lo dispuesto en ellas”*. Los términos empleados conducen a entender que la cosa juzgada formal viene referida al proceso en el que la resolución alcanza firmeza, quedando el Tribunal y las partes vinculados a lo resuelto en ella, en cuanto al efecto preclusivo, no pudiendo recurrir lo no recurrido, y en cuanto a impedir que una nueva resolución judicial dentro del mismo proceso vuelva a resolver lo ya resuelto (no se puede discutir ni resolver en ejecución de sentencia lo decidido en ella). Por su parte, el art. 222 LEC recoge la llamada “cosa juzgada material”, entendida como el efecto externo que una resolución judicial firme tiene sobre los restantes órganos jurisdiccionales o sobre el mismo tribunal en un procedimiento distinto, consistente en una vinculación negativa y positiva: en sentido negativo o excluyente implica que no cabe un ulterior proceso cuyo objeto sea idéntico al del proceso en que aquélla se produjo (art. 222.1 LEC); en sentido positivo o “prejudicial” la cosa juzgada material determina la necesidad de partir de lo ya juzgado en el anterior proceso, como punto de partida del proceso ulterior, siempre que aquel pronunciamiento sea el presupuesto lógico jurídico de éste, tal y como se deriva del art. 222.4 LEC. Así las cosas, aunque la recurrente se haya referido al art. 222.4 LEC, la lectura del escrito permite deducir que, en realidad, dicha parte no se está refiriendo al efecto positivo de la cosa juzgada, sino al negativo. Una vez centrada la cuestión, también interesa recordar que para poder apreciar este efecto, se exige la concurrencia de unos requisitos como son la identidad de sujetos, objeto y causa de pedir.

Pues bien, si trasladamos tales ideas al supuesto aquí controvertido, la conclusión a la que se llega es que asiste razón al recurrente en sus planteamientos. En efecto, el proceso individual que instó el trabajador ante el juzgado de lo social y que finalizó con la sentencia ahora recurrida era un proceso por despido y en reclamación de cantidad en cuya demanda solicitaba tres cosas: en primer lugar, la indemnización por despido objetivo de 33 días; en segundo lugar, la indemnización

adicional pactada en el contrato de trabajo que cifraba en 129.333,33 euros; finalmente, unas cantidades adeudadas por parte de la empresa en cuantía de 7.369,33 euros. Por su parte, el objeto del proceso colectivo se dirigía a que la decisión extintiva empresarial fuese declarada nula o subsidiariamente no ajustada a derecho, decretándose, ante la imposibilidad de readmitir a los trabajadores por el cierre del centro de trabajo, la extinción de las relaciones laborales con derecho al percibo de la indemnización que legalmente correspondiese. La STSJ de la Comunidad Valenciana de 30 de enero de 2018, al resolver dicho proceso, entendió que el despido colectivo era nulo y declaró la extinción de las relaciones laborales, condenando al abono de la indemnización legal, así como al pago de los salarios de tramitación desde la fecha del despido (6 de octubre de 2017) hasta la fecha de la sentencia (30 de enero de 2018). Por tanto, resulta evidente que la vertiente negativa o excluyente de la cosa juzgada material de la sentencia colectiva no puede afectar a todas las pretensiones ejercitadas por el hoy recurrente en el pleito individual. Y es que, la triple identidad tan solo concurre respecto la indemnización por despido improcedente, pero no en el caso de las cantidades adeudadas (no reclamadas en este recurso), ni, por lo que aquí interesa, respecto la indemnización adicional. En este sentido, aunque sí que haya una identidad subjetiva, ni el objeto ni la causa de pedir son las mismas.

Esta solución, por lo demás, resulta coherente con el contenido del art. 124.13.b), regla 2ª, LRJS en el que, al regular el proceso individual cuando se ha ejercitado las la acción colectiva para impugnar el despido colectivo indica que *“la sentencia firme o el acuerdo de conciliación judicial tendrán eficacia de cosa juzgada sobre los procesos individuales, por lo que el objeto de dichos procesos quedará limitado a aquellas cuestiones d carácter individual que no hayan sido objeto de la demanda formulada a través del proceso regulado en los apartados anteriores”*, siendo evidente que la reclamación de una indemnización adicional derivada del contrato de trabajo ejercitada por el recurrente constituye una cuestión de carácter individual y que, además, no fue objeto del proceso colectivo en el que tal aspecto no fue planteado ni discutido, entre otras cosas, porque queda extramuros de la delimitación que del objeto de tal proceso efectúa el art. 124.2 LRJS.

Por todo ello, como se avanzaba, el motivo debe ser estimado.

CUARTO.- Una vez estimado el motivo anterior, restan por efectuar dos precisiones adicionales.

Por un lado, mientras en el desarrollo del motivo tan solo se alude al pago de la indemnización adicional derivada del contrato de trabajo, el suplico del recurso insta a esta Sala a que *“con estimación de los motivos invocados por esta representación, declare el derecho al cobro del despido improcedente y salarios de tramitación conforme al fallo de la misma y además al cobro de la cantidad estipulada como mejora de la indemnización pactada que asciende a un importe total de 129.333,33 euros, más el 10 % de interés por demora”*. Pues bien, tan sólo la segunda parte del suplico puede ser analizada, ya que respecto la primera, según se ha razonado en el fundamento anterior, sí que despliega los efectos de cosa juzgada material negativa la STSJ de la Comunidad Valenciana.

Por otro lado, en cuanto a tal indemnización adicional, los términos de la cláusula tercera del contrato suscrito entre las partes el 1 de julio de 2015 son muy claros: *En caso de incumplimiento del período mínimo pactado, la empresa deberá abonar al trabajador el importe de 1600 euros mensuales por el período que faltase hasta cumplir los 9 años. Dicha cantidad deberá satisfacerse en un único pago y tendrá el concepto de mejora de indemnización*. El período mínimo pactado era de nueve años (hasta el 30 de junio de 2024). Ahora bien, habiendo declarado la nulidad de los despidos la sentencia colectiva, extinguiendo las relaciones laborales, con

condena al pago de la indemnización legal y salarios de tramitación desde el despido (6 de octubre de 2017) hasta la fecha de la sentencia (30 de enero de 2018), el cálculo de la indemnización adicional debe tener en cuenta tales parámetros, de modo que hay que calcularla por el período comprendido entre el 31 de enero de 2018 y el 30 de junio de 2024. Ello arroja una indemnización de 77 meses y un día que, a razón de 1.600 euros el mes, determina una cuantía de 123.251,61 euros. Finalmente, al estar ante una indemnización no procede aplicar aquí el interés de demora del 10 % anual previsto en el texto estatutario para los retrasos en el abono del salario.

QUINTO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 235.1 LRJS no procede la imposición de costas.

FALLO

Que estimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de D. A.J.G., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 9 de los de Valencia de fecha 10 de abril de 2018, en virtud de demanda presentada a su instancia contra T.J. S.A. (administración concursal Dª L.E.O.) y, en consecuencia, revocamos la resolución recurrida, declarando el derecho del actor a percibir la indemnización adicional de 123.251,61 euros derivada de su contrato.

Sin costas.

2474

Sentencia núm. 1.532, de 22 de mayo de 2019

Materia: Reconocimiento de derecho. Trabajadora al servicio de empresa pública con concatenados contratos laborales temporales por obra o servicio. Antigüedad. Abono de trienios. Reconocimiento de condición indefinida fija en su contratación. Uso fraudulento de la contratación temporal. Procedencia.

Juzgado: Desestima la demanda declarando no haber lugar a la misma, absolviendo a la parte demandada de la demanda frente a la misma formulada.

Sala: Estima en parte el recurso declarando indefinida la relación laboral de la trabajadora con la empresa demandada. Declara el carácter no fijo de dicha contratación.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. 1. El presente recurso se estructura en un único motivo formulado con amparo procesal en el apartado c de la LRJS en el que la recurrente se remite a distintas sentencias de Sala y denuncia la infracción por aplicación indebida de lo dispuesto en el artículo 15.3 de la LRJS para reivindicar su condición de indefinida fija, al entender que la empresa demandada no está sujeta en las normas de contratación pública y en consecuencia no le es de aplicación a su caso la condición de “*indefinido no fijo*”.

La sentencia recurrida desestima la demanda argumentando que, dada la pertenencia de la mercantil demandada al sector público, el uso fraudulento de la contratación laboral otorga a la actora la condición de trabajadora indefinida no fija y habiendo renunciado la misma a esta pretensión no procede acceder a lo solicitado.

2. La censura efectuada debe prosperar en parte. En primer lugar y siendo un hecho declarado por la sentencia el de que la demandada hizo un uso abusivo e improcedente de la contratación temporal, atendidos tanto los hechos declarados probados como la fundamentación jurídica de la resolución recurrida, la consecuencia legal inherente a dicha declaración no puede ser otra que la expresamente prevista en la Ley. El artículo 15.3 del ET establece que “*se presumirán por tiempo indefinido los contratos temporales celebrados en fraude de ley*”.

En el caso que nos ocupa y a tenor de lo dispuesto en el relato de hechos probados resulta acreditado que la actora presta servicios para la mercantil demandada desde el 1 de septiembre de 2009, mediante contrato temporal de obra, que a partir del 4 de marzo de 2013 comenzó a desempeñar de forma continuada y en el mismo puesto de trabajo, por lo tanto dada la duración de la serie de contratos temporales y especialmente la concatenación de los mismos desde marzo de 2013, no podemos tal y como resuelve la sentencia recurrida omitir en perjuicio de la trabajadora los efectos legales de dicha declaración y por lo tanto y con independencia del adjetivo que se atribuya a la contratación indefinida procede reconocer en sentencia los efectos legales inherentes a la utilización abusiva de la contratación temporal por parte de la administración demandada.

SEGUNDO. 1. Declarado el carácter indefinido de la relación laboral analizada. Procede dar respuesta al debate jurídico suscitado en torno a la figura del trabajador

“indefinido no fijo” y “fijo de plantilla”, siendo esta última la pretensión declarativa de la ahora recurrente que apela a la naturaleza de la mercantil demandada y a distintas sentencias de la Sala IV, entre otras la STS 6/7/2016, recurso 229/2015. Como se desprende de los presentes autos, tanto la sentencia recurrida como el recurso de suplicación formulado por la trabajadora tratan de definir la naturaleza del vínculo laboral indefinido, en atención a la especial naturaleza de la empleadora. Sin embargo y antes de abordar esta cuestión procede hacer una breve reflexión sobre la trascendencia real de las diferentes figuras y el origen de estas.

2. La figura del trabajador “indefinido no fijo” surge inicialmente como una creación jurisprudencial de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo frente al uso fraudulento de la contratación temporal en el ámbito de las Administraciones Públicas, intentando por un lado asociar los efectos del fraude a las previsiones estatutarias y por otro adecuar estos efectos a la especial normativa que regula el acceso a la función pública. El artículo 11 del EBEP reconoce finalmente la figura del personal indefinido (no fijo), incluyéndolo dentro de los tipos de contratación laboral, sin embargo, no establece un concreto régimen jurídico por lo que de nuevo ha sido la doctrina judicial la que ha venido determinando los efectos asociados a dicha contratación. La doctrina actual de la Sala IV reconoce el derecho del personal indefinido no fijo a ser indemnizado tanto en el caso tanto del cese por amortización de vacante como de ocupación por el titular de la plaza tras superar un proceso de provisión o cobertura de puestos de trabajo. Así en la STS 28 de marzo de 2019, recurso 997/2017 la Sala con cita entre otras de la STJUE de 21 noviembre de 2018 (C-619/17) reitera el criterio mantenido en la STS de Pleno de 13 marzo 2019, recurso 3970/2016 y sostiene que *“ante la ausencia de un régimen jurídico propio del contrato indefinido no fijo” por limitarse el EBEP a reconocer tal categoría sin establecer la pertinente regulación de sus elementos esenciales, es aplicable la indemnización de veinte días por año de servicio, con límite de doce mensualidades, que establece el artículo 53.1-b) del ET en relación a los apartados c) y e) del artículo 52 del mismo texto legal para los supuestos de extinciones contractuales por causas objetivas.*

Este planteamiento supone la equiparación entre el trabajador indefinido en el sector público y el trabajador fijo en el sector privado a efectos de despido. La distinción entre ambas figuras encuentra su justificación en la necesidad de armonizar el derecho laboral y las normas y principios constitucionales que regulan el acceso a la función pública o al empleo en la empresa pública, garantizando así que las plazas ofertadas puedan ser cubiertas por los mecanismos legalmente establecidos aun cuando estas estén siendo ocupadas por un trabajador que ha devenido indefinido tras el uso abusivo e irregular de la contratación temporal, sin que ello suponga una merma de los derechos de estos trabajadores.

3. En el caso ahora analizado el contrato de la trabajadora deviene indefinido a consecuencia de las irregularidades cometidas en el uso de la contratación temporal por parte de la empleadora, sin embargo, la naturaleza pública de la mercantil demanda condiciona los efectos de dicha declaración, sin que estos sean disponibles para las partes puesto que son inherentes a la naturaleza de la empleadora y al régimen de contratación al que esta está sometida. Conviene subrayar que en el momento actual la trascendencia de una u otra declaración se proyecta única y exclusivamente en la posibilidad de vincular de forma definitiva el contrato indefinido de la Sra. R. a la plaza que ocupa ya que en ambos casos la amortización objetiva de su puesto de trabajo conllevaría la indemnización legal prevista en el artículo 53 del ET. Por otro lado no desconoce esta Sala los pronunciamientos de referencia recogidos entre otras en la STS de 6 de julio de 2016, recurso 229/2015 en los que la Sala IV reiteraba que la construcción de la figura del “indefinido no fijo” era inaplicable a las sociedades anónimas, aunque pertenezcan al sector público, pues estas en principio no están obligadas a cumplir con esos

principios constitucionales del acceso "a la función pública", que es a lo que se contrae el mandato del art. 103.3 CE . Sin embargo, entendemos que tal doctrina no impide que en la medida que tales empresas decidan aplicar dichos principios, y actúen con sujeción a las normas constitucionales de contratación laboral para la administración pública, la aplicación de dicha figura será inherente al régimen pactado sin que ello suponga perjuicio alguno para los derechos de los trabajadores ni quebranto de la doctrina judicial emanada de la Sala IV, que se apoya en la libertad de empresa que caracteriza el funcionamiento interno de las sociedades que integran el sector público.

La mercantil V. es una sociedad unipersonal de titularidad pública cuyo único accionista es la Generalitat Valenciana, y aunque en su condición de empresa del sector público no queda vinculada a la citada figura, la normativa interna de la empresa remite a las normas del sector público en materia de contratación laboral. Concretamente y en relación a la provisión de personal el artículo 8 del Convenio Colectivo de empresa, establece los mecanismos para la contratación y fija como criterio general prioritario el concurso oposición con sujeción a las plazas creadas y ofertadas, siendo de aplicación al mismo el II Convenio para la Función Pública de la Generalidad Valenciana. En estos términos resulta claro tal y como ha sostenido la magistrada actuante que la trabajadora fue contratada para la realización de unas concretas tareas que desarrollaba con carácter temporal inicialmente y posteriormente de forma continuada lo que ha determinado su calificación como trabajadora indefinida por fraude en la contratación al no quedar acreditada la causa real de temporalidad y haberse superado los límites legales establecidos para esta modalidad y todo ello en virtud de lo dispuesto en el artículo 15.3 del ET; sin embargo tal calificación no puede privar a la empresa pública de ofertar su puesto por las vías legales si lo estima conveniente, ni de la amortización del mismo en caso de que sea necesario, y de acuerdo con las normas que regulan la contratación de personal en dicha entidad pública, de tal manera que el carácter indefinido de la contratación no implica en ningún caso la adquisición de la condición de funcionaria o la adjudicación del puesto de trabajo que ha venido ocupando de forma provisional de manera definitiva y en consecuencia la condición de trabajadora fija de la mercantil. El artículo 15.3 del ET, permite reconocerle su condición de indefinida; sin embargo, la naturaleza pública de la empresa para la que ha venido prestando servicios que como integrante del sector público y que desarrolla su actividad con sujeción a las normas de contratación pública y limitación presupuestaria, determinan el carácter no fijo de dicha contratación, por lo que la pretensión de la trabajadora en este sentido excede del ámbito de aplicación de la norma sustantiva invocada.

TERCERO- Por todo lo expuesto procede la estimación parcial de la demanda con reconocimiento de la condición de indefinida no fija de la trabajadora.

FALLO

ESTIMAMOS EN PARTE el recurso de suplicación interpuesto por la representación procesal de D^a. M.C.R.H., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº11 de los de Valencia de fecha 21 de junio de 2018; y, en consecuencia, revocamos la sentencia y declaramos el carácter indefinido del contrato laboral que une a las partes.

Sin costas.

2475

Sentencia núm. 1.550, de 23 de mayo de 2019

Materia: Despido. Trabajador que ejerce su actividad como comercial al servicio de empresa demandada. En el último de sus contratos figuran unas condiciones laborales con objetivos cuyo incumplimiento daría lugar a un bajo rendimiento. Posteriormente la empresa notifica despido disciplinario por disminución continuada y bajo rendimiento en el trabajo. Sanción disciplinaria: procedencia.

Juzgado: Desestima la demanda, declarando procedente el despido del demandante, absolviendo a la empresa demandada de las peticiones de la demanda. El trabajador no cumple con sus objetivos, constatándose un menor rendimiento respecto a sus compañeros.

Sala: Estima el recurso declarando improcedente la extinción de la relación laboral. El bajo rendimiento del trabajador no se debe a una conducta dolosa ni cabe deducir una conducta pasiva de este. No procede la declaración de despido disciplinario.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Por la representación del demandante se formula recurso frente a la sentencia de instancia, recaída en materia de despido, cuyo fallo declaró su procedencia, avalándose la decisión extintiva adoptada por la empresa con fundamento en motivos disciplinarios.

La parte recurrente plantea en el recurso diversos motivos de índole fáctica y jurídica, y previamente hace una serie de reflexiones en referencia a la anterior sentencia dictada por esta misma Sala en el propio procedimiento el pasado día 4 de diciembre de 2018, que anulando la de instancia, devolvió los autos al juzgado para que dictara nueva resolución de fondo que salvara una incongruencia interna advertida en su texto, pues de lo expuesto en su fundamentación se podría considerar que la solución que a la postre se adoptó de desestimar la demanda no era racional, dado que en tal supuesto se debería haber estimado la pretensión actora. Se indica ahora en el recurso que, en lugar de resolver conforme se le dijo, pues también se indicaba por la Sala que en el caso de mantener la procedencia del despido debía motivar esa decisión, el juez de la instancia adopta una solución intermedia, y para mantener tanto el fallo como la práctica totalidad de la primigenia sentencia, aborda la bajada de rendimiento del trabajador, que constituye la razón del despido, no solo desde la perspectiva de la cláusula fijada en el propio contrato, sino también desde una visión global, entendiendo la parte recurrente que ello altera la causa de pedir.

Se debe indicar que las consideraciones que se acaban de exponer de manera sintética no se apoyan en norma procesal potencialmente infringida en la sentencia, pero al margen de esto, la sentencia no altera la causa de pedir, pues aunque mantiene parte de su argumentación, realmente se atiene a lo que se le indicó en la sentencia aludida líneas arriba de que, caso de considerar el despido procedente, sentara conclusiones destinadas a corroborar el fallo. Se indica que la sentencia disgrega la causa petendi, pero no comparte por la Sala esa conclusión, puesto que la carta de despido incide en el bajo rendimiento del trabajador como motivo disciplinario, indicando tanto el rendimiento de aquél, cifrado en el número de ventas realizadas en el periodo de referencia, como el del resto de trabajadores

del departamento comercial de la editorial demandada, por lo que en modo alguno se genera indefensión a dicha parte pues no se le impidió la posibilidad de contradecir lo expuesto por la empresa, al margen de que igualmente la comunicación dirigida al trabajador aludía a un pacto concreto de ventas al mes, pero que el juez entendió que su incumplimiento no constituía "per se" causa de despido.

SEGUNDO. Entrando en los motivos del recurso propiamente dichos, se pide con correcto amparo procesal la revisión del tercer probado de la sentencia, donde esta alude a una cláusula contractual en virtud de la que el trabajador demandante debía formalizar al mes una venta de bases de datos como mínimo, siendo considerado bajo rendimiento su incumplimiento durante dos o más meses, y también la del cuarto ordinal, en donde se transcribe parcialmente la carta de despido.

En el primer caso se pide que se añada la apostilla "con las consecuencias legales al efecto", a lo que no se accede por resultar irrelevante dicha mención, que se ampara en el propio contrato, aún sin citar el recurrente el lugar de los autos donde se sitúa el aludido documento, mientras que en la revisión del cuarto hecho probado se propone que se incluyan diversos extremos contenidos en dicha carta, y que a juicio del recurrente no se han plasmado adecuadamente. Concretamente se pide que el último párrafo diga que en la carta de despido se indican los datos de ventas mensuales del actor y las medias mensuales de las ventas de los trabajadores del departamento comercial, frente lo que se expone en ese pasaje de la sentencia. Y se accede a la modificación, al margen de la repercusión que pueda tener a la postre, pues en efecto en la carta no se alude a trabajadores concretos, sino a la media de ventas del departamento comercial.

TERCERO. El segundo motivo del recurso, destinado al examen del derecho aplicado, censura a la sentencia la infracción de los artículos 49.1 "b", 54.2 "e" y 55.1 del ET, así como la vulneración de la doctrina del TS en relación a las normas aludidas.

Como ya se ha dicho a lo largo de la presente resolución, la empresa decidió en su día extinguir el contrato de trabajo con el aquí recurrente en base a que a su juicio el número de ventas realizadas en el periodo comprendido entre los meses de septiembre de 2016 y julio de 2017 eran notablemente inferiores a los resultados obtenidos por sus compañeros vendedores, a la vista de la media del departamento comercial. En el cuadro explicativo que se incluía en la carta de despido, se hablaba de la media mensual lograda por el demandante en todo ese periodo, pero evidentemente las ventas mensuales de ese trabajador son las que allí se reflejan mes por mes en términos absolutos.

En realidad, lo que se debe discernir, por encontrarnos en el terreno disciplinario laboral, es si esos inferiores datos de ventas realizadas por el recurrente derivan de una conducta dolosa o culposa, en cuyo caso sí estaríamos en el supuesto de la disminución voluntaria del rendimiento del trabajador, o si aquellas cifras son ajenas a cualquier ánimo incumplidor o intencional. La sentencia de instancia se limita a indicar que el trabajador no presentó ninguna prueba que desvirtúe los datos que aporta la empresa, en relación a las ventas propias y a las realizadas por el resto de trabajadores de su departamento, cuando son datos objetivos que no se discuten, concluyendo que concurre la causa del despido invocada por la empresa, pero sin destinar alguna línea para valorar la existencia de algún género de ánimo por parte del trabajador dirigido a la finalidad contraria a las exigencias del cumplimiento de sus obligaciones laborales.

Se argumenta de nuevo en el presente recurso que lo considerado por el juzgador como un segundo motivo de despido es la conclusión a que la empresa llega con motivo de la aplicación de la cláusula contractual citada anteriormente,

pero como se dijo anteriormente no es esta la consecuencia que se debe derivar de la lectura de la carta de despido, al sancionarse por la empresa la disminución de ventas en la consideración de que hubo una conducta voluntaria dirigida a ese menor logro, lo que es corroborado por la sentencia al descartar la existencia de incumplimiento contractual al hilo de esa concreta estipulación. Igualmente se desechan los argumentos expuestos en el recurso de que la carta de despido sea insuficiente, pues aquella comunicación escrita proporcionaba al trabajador los elementos de juicio necesarios para su eventual defensa, al margen de una inexacta cita del precepto convencional en que se apoya la decisión extintiva, pero entendida irrelevante al mencionarse la norma estatutaria correspondiente que sirve de respaldo legal al despido. Tampoco se considera que la citada misiva omita las referencias precisas de los elementos que deben servir para comparar la conducta objeto de reproche, es decir, las ventas realizadas por el destinatario de la sanción y las que se lograron por el resto de vendedores, más si cabe al no realizarse ninguna objeción acerca de dichas cifras de ventas.

En cambio, lo que si debe ser objeto de análisis, como se dijo antes, es la voluntariedad y continuidad de la bajada del rendimiento del trabajador, pues no olvidemos que estamos ante una sanción disciplinaria basada precisamente en la existencia de una conducta voluntaria del trabajador en el rendimiento del trabajo, y no frente un caso en el que la superación o no de unos objetivos se agota en la obtención o pérdida de un bonus o prima de rendimiento, pues en principio sí se aprecia una diferencia entre el rendimiento medio de los trabajadores de la misma categoría que el recurrente, con lo que se cumpliría la operación de comparación de su rendimiento en función del que deba considerarse debido o exigible dentro de un cumplimiento diligente en la prestación del trabajo, normalmente alcanzable por cualquier trabajador capaz en un periodo con cierta significación, que se cumple asimismo pues la carta toma en cuenta el de un año, de ahí que se entienda continuada. Por el contrario, la prolongación o persistencia en esa disminución del rendimiento debe ser voluntaria, y puede ser intencionada o procedente de falta de diligencia o negligencia, prueba que compete al empresario, a falta de un válido pacto expreso de rendimiento mínimo consignado en el contrato, pues el de una venta mínima al mes de una base de datos se consideró en la sentencia de instancia una cláusula abusiva, cuyo incumplimiento se entendió que no constituía causa de despido, a lo sumo sería, entiende la Sala, un supuesto concreto de despido causal, pero no disciplinario.

En definitiva, ni la carta de despido ni mucho menos la sentencia recurrida incluyen datos referidos a la conducta del trabajador desde la perspectiva de que ese menor rendimiento obedezca a una conducta dolosa o culposa. La especial naturaleza del trabajo desarrollado por el hoy recurrente, que exige un resultado concreto, y que a falta de un pacto válido de rendimiento mínimo se debe ponderar con criterios de razonabilidad, implicaba para la empresa la prueba de que ese menor rendimiento respecto la media del departamento se debía a algún tipo de conducta dolosa dirigida con ese propósito, o a una menor dedicación en el trabajo, destinando el tiempo de este a otras actividades extrañas que repercutirían en esos inferiores resultados de ventas obtenidos, pues en este caso no se puede presumir sin más una actitud meramente pasiva del trabajador por el mero hecho de que sus resultados sean inferiores a la media de su departamento, ya que tampoco consta en la carta de despido cuál fue su rendimiento inmediatamente anterior al tiempo tomado en consideración para proceder al despido, si se tienen sospechas de que dicho trabajador disminuyó voluntariamente el rendimiento en la prestación de su trabajo de vendedor.

Por tanto, y sin necesidad de ahondar en lo relativo a la graduación de las faltas, en tanto alegato complementario que emplea igualmente el recurso, se deberá calificar al despido como improcedente, revocándose la sentencia de

instancia y condenando a la empresa a las consecuencias legales derivadas de dicho pronunciamiento, las cuales se consignarán en la parte dispositiva de la presente resolución.

FALLO

Estimamos el recurso de suplicación formulado por don D.S.T. frente la sentencia de 19 de febrero de 2019 del Juzgado de lo Social nº 10 de Valencia, recaída en autos sobre despido deducidos contra "Editorial X. SL", y con revocación de la indicada resolución judicial, debemos declarar y declaramos la improcedencia de dicho despido, condenando a la empresa a que a su opción, que deberá ejercitar en el plazo de cinco días desde la notificación de la presente sentencia, readmita al citado trabajador o le abone una indemnización de 12.574, 45 euros, y en el caso de que se opte por la readmisión, se le abonarán los salarios de tramitación a razón de 48,55 euros al día.

2476

Sentencia núm. 1.568, de 21 de mayo de 2019

Materia: Extinción de contrato con vulneración de los derechos fundamentales.

Trabajadora al servicio de empresa dedicada la actividad de importaciones cárnicas. Notificación del despido disciplinario de la trabajadora por falta de indisciplina y desobediencia, así como disminución voluntaria y continuada en el rendimiento de trabajo normal o pactado. El demandado se ha dirigido vejatoriamente hacia la trabajadora e incluso ha manipulado la cuenta de suministros para pagar menos comisiones a la actora. Declaración de despido improcedente. La actora sufre IT por ansiedad y presenta denuncia por delitos de acoso y revelación de secretos.

Juzgado: Estima la demanda declarando improcedente el despido, declarando extinguido el contrato de trabajo que vinculaba a las partes, por lesión del derecho de la trabajadora a su integridad física y moral, condenando a la empresa demandada a indemnizar a la actora en determinada cantidad.

Sala: Desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia. Cuando se haya ejercitado la acción de daños y perjuicios derivada de delito o falta en un procedimiento penal no podrá reiterarse la petición indemnizatoria ante el orden jurisdiccional social, mientras no se desista del ejercicio de aquélla o quede sin resolverse por sobreseimiento o absolución en resolución penal firme, quedando mientras tanto interrumpido el plazo de prescripción de la acción en vía social.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. El recurso interpuesto, que ha sido impugnado de contrario, habiéndose formulado alegaciones respecto del escrito de impugnación, se estructura en dos motivos. El primero se formula al amparo del artículo 193.b) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social a los fines siguientes: A) Se modifique el hecho probado primero, otorgándole esta redacción: “Dª S.G.D. ha venido prestando sus servicios por cuenta de la empresa demandada P.M.G.I I.C.,S.L., dedicada a la actividad de importaciones cárnicas, desde el 9-5-2016, con la categoría profesional de responsable de exportación y salario diario de 108,17 €, que incluye el prorrateo de pagas extras”. O subsidiariamente: “Dª S.G.D. ha venido prestando sus servicios por cuenta de la empresa demandada P.M.G.I.C.,S.L., dedicada a la actividad de importaciones cárnicas, desde el 9-5-2016, con la categoría profesional de responsable de exportación y salario diario de 104,63 €, que incluye el prorrateo de pagas extras”. B) Se modifique el hecho probado sexto indicando: “La actora inició proceso de Incapacidad Temporal el 11-12-2017 con diagnóstico de trastorno de ansiedad generalizada, situación en la que permanece, siendo la misma reactiva a su contexto laboral. Existe daño psicológico que tiene su origen y causa en el acoso laboral sufrido”. C) Se modifique el hecho probado séptimo, otorgándole esta redacción: “La actora ha formulado denuncia de los delitos de acoso en el trabajo y revelación de secretos como tipificados en los arts. 173.1 y 199.1 del Código Penal, por cuya consecuencia se siguen diligencias ante el Juzgado Primera Instancia e Instrucción Núm. X de x. Proceso penal que se encuentra en fase de instrucción, no habiéndose solicitado indemnización por daños y perjuicios derivada del delito, ni existiendo pieza separada de responsabilidad civil”. D) Se añada un nuevo hecho probado que diga: “P.M.G.D. remitió en fecha 06 de Febrero de 2018 un correo electrónico, al menos al cliente G.T. BV con el siguiente contenido: “Asunto

confidencial –a la atención de la empresa El motivo de la presente es para pedirle un favor personal y este es, para que me confirmes si mi extrabajadora L.G., interlocutora con tu empresa hasta la fecha en nombre y representación de mi empresa, PMG M.I., ha contactado contigo desde el pasado 18/12/2017 a través de email/watsap o llamada telefónica, fecha en la que cogió “baja laboral en mi empresa por depresión por no darle un puente que días antes nos solicitó”, situación que ya se ha dado con varios proveedores de mi empresa y preciso documentar para ejecutar un despido procedente, pues estando de baja y más por “una supuesta depresión”, no corresponde dicha situación por su parte. Te agradecería tengas la amabilidad de darme una respuesta a este respecto quedando este asunto de forma totalmente confidencial entre tú y yo. Sin más que decirte quedo a la espera de tus comentarios...P.G.M.I.C.”.

2. Las revisiones propuestas deben seguir esta suerte: A) La primera no debe prosperar, ya que tal y como se indica en el fundamento jurídico segundo de la sentencia de instancia el ordinal primero ha sido deducido del contenido de los folios 406 a 433 de los autos, por lo que fundada esta revisión “en los documentos 2, 3 y 20 del ramo de prueba de la parte demandante (folios 411 a 433 y 525 de los Autos), así como en el propio hecho probado tercero de la sentencia”, no puede prosperar no solo por la cita genérica de los folios que señala en apoyo de la misma, olvidando que como recordaron las sentencias del Tribunal Supremo de 3 de mayo de 2001 y 19 de febrero de 2002, con cita de otras muchas, en doctrina perfectamente extrapolable al recurso de suplicación, dada su naturaleza extraordinaria, subrayada incluso por el Tribunal Constitucional (véase su sentencia 71/02, de 8 de abril), la revisión de hechos requiere no sólo que se designen de forma concreta los documentos que demuestren la equivocación del juzgador, sino también que se señale de manera precisa la evidencia del error en cada uno de los documentos, “sin referencias genéricas”, sino también porque los documentos tenidos en cuenta por el juzgador de instancia no son eficaces a efectos revisorios (así sentencia del Tribunal Supremo de 5 de junio de 1995) ni tampoco si están contradichos por otros elementos probatorios (sentencia del Tribunal Supremo de 28 de diciembre de 1994), Por otra parte las consideraciones jurídicas contenidas en esta modificación fáctica propugnada, acerca del salario a tener en cuenta en caso de incapacidad temporal, y categoría profesional (que hoy ya no existe, tal y como se deduce de lo expresamente instituido en el artículo 22 del Estatuto de los Trabajadores) son impropias del relato histórico y del carácter extraordinario del recurso de suplicación que exige precisión y claridad en la formulación de los motivos (artículo 196.2 de la LJS) formulación que no admite la mezcla de cuestiones fácticas y jurídicas; si a todo ello unimos la consideración derivada de la doctrina jurisprudencial acerca de que la revisión debe resultar de los solos documentos o pericias invocados sin necesidad de interpretaciones (por ejemplo sentencia del Tribunal Supremo de 15 de julio de 2003), se abona más si cabe la desestimación de esta modificación fáctica. B) La segunda tampoco debe prosperar pues el informe pericial en que se basa al indicar que el daño psicológico existente “tiene su origen y causa en el acoso laboral sufrido”, excede de lo que constituye el objeto de la pericia de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 335.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil adentrándose en la valoración jurídica de los hechos. C) La tercera debe prosperar en parte, a efectos aclaratorios, tal y como se verá al examinar el último de los motivos, en cuanto que es cierto que el proceso penal se encuentra en fase de instrucción, y no consta formulada una petición expresa de daños y perjuicios ni consta exista pieza separada de responsabilidad civil. D) La cuarta se desestima al fundamentarse en el correo electrónico que menciona, que carece de naturaleza documental a estos efectos revisorios (véase la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de noviembre de 2012 (R.786/2012), y sin que el “certificado” de la empresa G.T. BV afirmando la recepción de ese correo electrónico el día 6 de enero de 2018, entendamos cambie la naturaleza de ese medio de reproducción de la palabra a que se refiere la Sección 8ª del Capítulo VI, del Ti, Libro II, de la Ley de Enjuiciamiento

Civil convirtiéndolo en un documento de los de la Sección 2ª o 3ª de dicho capítulo, Título y Libro, máxime cuando no se refiere a archivo o registro alguno en el que conste auténticamente su contenido, que consecuentemente pueda por ello certificarse

SEGUNDO.- 1. El siguiente y último motivo de recurso se formula al amparo del artículo 193.c) de la LJS denunciando en dos submotivos: A) Infracción “del artículo 18.1 CE, en relación con el art.7 LO 1/1982 de 5 de mayo y el art. 96 y 179.2 de la LRJS en relación con la carga de la prueba en casos de discriminación y vulneración de derechos fundamentales y la jurisprudencia que lo desarrolla”. B) Infracción del “artículo 183.4 LRJS, en relación con el resarcimiento y cuantificación de los daños y perjuicios que se solicitan, que tienen su sede en el Art. 183 LRJS y cuantificación en la jurisprudencia que lo desarrolla que tiene un punto de anclaje en la LISOS”.

2. Argumenta en síntesis que del correo electrónico referido en el hecho cuarto de la demanda inicial (documento 7 de la parte actora, folios 443 y 444 de los autos) se deducía un indicio claro de la vulneración del derecho fundamental a la intimidad y al honor de la actora, subrayando que el artículo 7 de la LO 1/1982 de 5 de mayo “entiende que tiene la consideración de intromisiones ilegítimas en el ámbito de protección de los derechos la intimidad, la dignidad y el honor, y esta situación debe ser valorada por la Sala a la que me dirijo a fin de cuantificar los daños causados a los trabajadores”; y que en las Diligencias Previas 29/2018-F del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción Núm. X de X no se había ejercitado una acción de daños y perjuicios por lo que debió darse lugar a la pretensión resarcitoria de los daños y perjuicios causados teniendo en cuenta el carácter muy grave de las infracciones cometidas.

3. Tal y como se hace constar en el fundamento de derecho quinto de la sentencia de instancia (y no habiendo prosperada la adición fáctica propugnada en último lugar en el motivo primero, según quedó dicho en el apartado 2.D) del fundamento jurídico primero de la presente) que aceptamos “...La lesión del derecho a la intimidad y al honor garantizados por el art. 18.1 CE, se alega con fundamento en lo dispuesto en el art. 7 LO1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, afirmando que la empleadora ha incurrido en una intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad y al honor de la trabajadora, al divulgar entre sus clientes un correo electrónico requiriéndoles para que le confirman si la demandante había contactado con alguna de ellas desde el 18-12-2017, dado que se encuentra de baja laboral por depresión..., afirmación ésta que constituiría la injerencia ilegítima que se denuncia, y subsumible en la prohibición contenida en el art. 7.4 LO 1/1982, y relativa a la revelación de datos privados de una persona conocidos a través de la actividad profesional u oficial de quien los revela. En orden a examinar la lesión del derecho que se invoca, tiene establecido la doctrina constitucional que en los procesos laborales en los que se alegue la violación de derechos fundamentales, y una vez aportados indicios suficientes de su existencia, corresponde a la parte demandada aportar la justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad, en el decir del art. 96.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (sentencias TC 38/1981, 55/1983, 104/1987, 114/1989, 135/1990 y 21/1992, entre otras). Ello ocasiona que, aportados indicios de la existencia de una violación de derechos fundamentales, se invierte la carga probatoria, aunque no a efectos de que la demandada asuma la carga de la prueba negativa de la existencia de dicha violación, sino la positiva de que su actuación responde a motivaciones objetivas, razonables, proporcionadas a la medida y ajenas a toda intencionalidad de violentar los derechos fundamentales del trabajador despedido (sentencias TSJCV de 6-3-2002 y 27-9-2001)...los elementos de convicción que se aportan, a efectos de evidenciar la existencia de indicios intromisión ilegítima en la intimidad y el honor de la demandante, lo constituye en exclusiva el texto incorporado al folio 443 de los autos, que es una supuesta copia del referido correo

electrónico, al parecer de una parte del mismo. Su contenido y su recepción no ha sido ratificada en el acto de juicio, constituyendo un único elemento de convicción que por su cualidad (mera copia) no permite por sí solo verificar la realidad de los indicios de la intromisión ilegítima que con dicho texto se denuncia, no estimándose debidamente aportados indicios suficientes de la lesión del derecho a la intimidad y al honor que se alega..."; se impone la desestimación del primer submotivo.

4. El artículo 183 de la LJS después de indicar en sus tres primeros apartados, que cuando la sentencia declare la existencia de vulneración, el juez deberá pronunciarse sobre la cuantía de la indemnización que, en su caso, le corresponda a la parte demandante por haber sufrido discriminación u otra lesión de sus derechos fundamentales y libertades públicas, en función tanto del daño moral unido a la vulneración del derecho fundamental, como de los daños y perjuicios adicionales derivados, que el tribunal se pronunciará sobre la cuantía del daño, determinándolo prudencialmente cuando la prueba de su importe exacto resulte demasiado difícil o costosa, para resarcir suficientemente a la víctima y restablecer a ésta, en la medida de lo posible, en la integridad de su situación anterior a la lesión, así como para contribuir a la finalidad de prevenir el daño, y que esta indemnización será compatible, en su caso, con la que pudiera corresponder al trabajador por la modificación o extinción del contrato de trabajo o en otros supuestos establecidos en el Estatuto de los Trabajadores y demás normas laborales, establece en su apartado 4: "Cuando se haya ejercitado la acción de daños y perjuicios derivada de delito o falta en un procedimiento penal no podrá reiterarse la petición indemnizatoria ante el orden jurisdiccional social, mientras no se desista del ejercicio de aquélla o quede sin resolverse por sobreseimiento o absolución en resolución penal firme, quedando mientras tanto interrumpido el plazo de prescripción de la acción en vía social".

5. Como quiera que "la acción civil ha de entablarse juntamente con la penal por el Ministerio Fiscal, haya o no en el proceso acusador particular; pero si el ofendido renunciare expresamente a su derecho de restitución, reparación o indemnización, el Ministerio Fiscal se limitará a pedir el castigo de los culpables" parece que el espíritu y finalidad de tal norma, que es el criterio interpretativo preconizado por el artículo 3.1 del Código Civil, conduce a que debamos entender que la tramitación de un proceso penal en cualquier fase en que se encuentre el procedimiento (de ahí que indicáramos que la tercera de las modificaciones fácticas postuladas se aceptaba a efectos fundamentalmente aclaratorios) implica que la acción civil dimanante de la eventual infracción penal cometida no puede ejercitarse independientemente de la penal si no media renuncia expresa o reserva de su ejercicio separado por el ofendido, y es que como ya indicó la sentencia de Tribunal Supremo de 5 de junio de 2005 (R.1838/2004), trayendo a colación lo decidido en sentencia precedente (la de 12 de febrero de 1999), "interpretando el artículo 114 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal puso de manifiesto que el tenor literal del precepto no presupone que "el legislador quiera que la causa penal no afectara al proceso laboral hasta el punto de que permitiera la incoación de éste a pesar de la latencia de aquél, ni tampoco que el primero de ellos no pueda suponer la interrupción de la prescripción para accionar en el social, antes bien, el resultado de la causa penal, sobre todo en los casos en que el perjudicado no se haya reservado acción indemnizatoria para ejercerla fuera de él, podrá constituir una cuestión prejudicial en el laboral, pues sería determinante de cuál fuera la fuente originadora de la obligación pecuniaria conforme a las que enumera el artículo 1089 del Código civil, y ello llevaría aparejada la consecuencia de que si la acción indemnizatoria estaba siendo ejercitada (aunque solo lo hiciera el Ministerio Fiscal) en la causa criminal, este ejercicio previo podría constituir el óbice procesal de litispendencia en el proceso extrapenal, conforme al artículo 533-5ª de la Ley de Enjuiciamiento Civil" (en la ley procesal actualmente vigente la referencia es al artículo 421). Tal doctrina no rechaza el trámite simultáneo de procedimientos distintos ante los órdenes penal y laboral para enjuiciar, cada uno bajo la óptica de la normativa que deba aplicar,

unos mismos hechos, sino la improcedencia del ejercicio sincrónico de la acción resarcitoria en ambos procedimientos, para lo que se aprecia una litispendencia que obsta a su decisión en este proceso...”.

6. Siendo así que en el caso traído a nuestra consideración, según consta en el hecho probado séptimo “la actora ha formulado denuncia de los delitos de acoso en el trabajo y revelación de secretos como tipificados en los arts. 173.1 y 199.1 del Código Penal, por cuya consecuencia se siguen diligencias ante el Juzgado Primera Instancia e Instrucción Núm. X de X”, es necesario de acuerdo con la interpretación que sostenemos, en armonía con la doctrina jurisprudencial de referencia, que el perjudicado/a haya renunciado a la acción civil (laboral en nuestro caso) dimanante de la infracción penal en el procedimiento penal que se siga, para que pueda enjuiciarse su procedencia en el proceso donde recayó la sentencia de instancia, por lo que este segundo submotivo también se desestima.

TERCERO.- Corolario de todo lo razonado será la desestimación del recurso interpuesto y consiguiente confirmación de la muy razonada sentencia de instancia. Sin costas, al gozar el recurrente del derecho a la asistencia jurídica gratuita.

FALLO

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de doña S.G.D. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 2 de los de Valencia el día a quince de octubre de dos mil dieciocho en proceso sobre extinción del contrato de trabajo por incumplimiento del empresario con lesión de derechos fundamentales e impugnación de despido con violación de derechos fundamentales contra P.M.G. I.C.,S.L. y D. P.M.G.D., habiendo sido parte el FONDO DE GARANTÍA SALARIAL y el MINISTERIO FISCAL, y confirmamos la aludida sentencia.

Sin costas.

2477

Sentencia núm. 1.615, de 28 de mayo de 2019

Materia: Despido con vulneración de los derechos fundamentales. Trabajadora al servicio de empresa demandada que ejerce sus funciones de gericultora. Las relaciones de trabajo se rigen por el convenio colectivo del sector privado de empresas para la tercera edad. Extinción de la relación laboral por faltas muy graves constitutivas de despido. La actora presta servicios para otra empresa mientras se halla en periodo de excedencia por cuidado de hijos. Utilización de la excedencia para fin distinto. Procedencia.

Juzgado: Estima la demanda declarando improcedente el despido. Declara la readmisión de la trabajadora con abono de los salarios dejados de percibir desde el despido hasta esta notificación o bien la correspondiente indemnización de la trabajadora.

Sala: Estima el recurso y declara procedente la extinción de la relación laboral. La demandante en la instancia utilizó la excedencia por cuidado de hijos para fines distintos a lo previsto sin haber dado comunicación de ello a la empresa demandada.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Frente a la sentencia dictada el 11 de febrero de 2019 por el Juzgado de lo Social número 16 de Valencia que declaró el despido de Doña C.R.R. improcedente, se interpone recurso de suplicación por la representación letrada de la empresa C.R.S. S.L.U al no mostrarse conforme con el fallo de la recurrida.

SEGUNDO.- El recurso se formula a través de un motivo único, redactado al amparo del apartado c) del art. 193 LRJS, y en él se denuncia la infracción del art. 54.2.d) ET y del art. 55 c) ordinal 2º del VI Convenio Colectivo Privado de Residencias para la Tercera Edad, Servicios de Atención a las Personas Dependientes y Desarrollo de la Promoción de la Autonomía Personal de la Comunidad Valenciana.

No está conforme la recurrente con la argumentación del Juez a quo, que pese a declarar probado que la demandante, en periodos de disfrute de excedencia por cuidado de hijo, prestó servicios para otra empleadora, en similares características a las desempeñadas para la demandada, restó gravedad a dicha conducta al entender que la empresa conocía en los dos años anteriores tales circunstancias y que consintió la actitud de la demandante, despidiéndola no obstante en el año 2018.

Afirma la mercantil que la empresa desconocía que la trabajadora iba a emplear la excedencia concedida para fin distinto al legalmente previsto y que así se hizo constar en la carta de despido, sin que pueda pedirse a la recurrente la “prueba diabólica” de acreditar un hecho negativo.

Y que además, el poder de decisión en materia de personal se ostenta por la dirección de recursos humanos, ubicada en la sede central, que no tomó conciencia de los hechos imputados a la trabajadora hasta que no le fueron comunicados por la directora del centro, que trabajaba allí sólo desde hace un año antes.

Por todo ello concluye que, dado que la demandante hizo un uso desviado de la excedencia reconocida, la conducta reviste gravedad suficiente como para

declarar el despido procedente, solicitándose la revocación de la sentencia de instancia.

Hemos de traer a colación antes de resolver, los concretos hechos declarados probados en la resolución de instancia, que servirán de base para la conclusión que esta Sala emita en la materia que nos ocupa. Así, consta acreditado:

1.- La actora trabajaba para la empresa demandada como gericultora desde el 26-11-2009 hasta que fue despedida disciplinariamente por carta de 21 de septiembre de 2018 y fecha de efectos 30 de ese mes.

2.- Se le imputa en la carta y se declara probado que la demandante, el 13 de mayo de 2018, solicitó una excedencia por maternidad y cuidado de familiares con una duración de 3 meses que le fue concedida por la empresa (del 1 de julio al 15 de octubre) y que durante dicho periodo prestó servicios para la Conselleria de Sanitat de la Generalitat Valenciana, con un contrato a tiempo completo estatutario eventual. En concreto prestó servicios en el hospital de X. en la UCI en turnos rotatorios de mañana, tarde y noche. En la empresa demandada, la actora también trabajaba en turnos de mañana, tarde y noche, con horarios que no han quedado precisados.

3.- Consta también probado que la demandante está incluida en una bolsa de trabajo temporal del Departamento de Salud de Valencia-X., habiendo prestado servicios en numerosas ocasiones para el Servasa desde agosto de 2008.

Se detallan todos los periodos de trabajo y en concreto, se declara probado:

a.- Que en el periodo de 1-7-16 al 30-9-16 en que la demandante prestó servicios para la Conselleria de Sanidad, estaba de baja en la SS en la empresa por excedencia por cuidado de hijo en la que permaneció desde el 1 de julio hasta el 3 de noviembre, estando de baja en la empresa desde el 30 de junio hasta el 4 de noviembre de 2016.

b.- Que el 16 de marzo de 2017, solicitó la demandante una licencia no retribuida desde el 30 de marzo hasta el 19 de abril que le fue concedida por la empresa, prestando servicios en ese periodo para la Conselleria de Sanidad como interina a tiempo completo desde el 20 hasta el 31 de marzo.

c.- El 13 de junio de 2017, solicitó excedencia por cuidado de hijo menor desde el 1 de julio hasta el 31 de octubre, que le fue concedida por la empresa, que le dio de baja el 30 de junio. Al día siguiente, la demandante comenzó a prestar servicios para la Conselleria de Sanidad hasta el 30 de septiembre. La excedencia duró del 1 de julio al 31 de octubre.

El Juez de instancia, sostuvo en su resolución que la gravedad de la conducta de la trabajadora había quedado degradada, pues la empresa conocía que en las anualidades de 2016 y 2017 también utilizó la excedencia que le fue concedida para prestar servicios para la Conselleria de Sanitat, por lo que su despido por la misma causa en el año 2018 supuso un ejercicio abusivo de sus facultades disciplinarias.

Y alcanzó dicha conclusión por cuanto que, como razona en su fundamento de derecho cuarto, “si bien es cierto que la actora no ha acreditado la alegación que incluye en la demanda de que fue la empresa quien le aconsejó acogerse a una excedencia por cuidado de hijo, tampoco se ha acreditado por la empresa –en realidad ni siquiera se ha intentado- que en los años anteriores no llegara a tomar conocimiento de que la actora pidiera la excedencia para trabajar en el Hospital, lo que no puede presumirse, sino todo lo contrario, del hecho de que no se impute a la trabajadora la ocultación de su conducta y de la propia declaración como testigo de la directora de la Residencia Campanar, quien no ha hecho ninguna manifestación en tal sentido y de la que el juzgador deduce que siempre ha tenido conocimiento del uso que la actora venía haciendo de la excedencia”.

Por todo ello, el Juzgador de instancia, estimó que el despido de la demandante era improcedente pues pese a que la actora al momento de su despido se hallaba disfrutando de una excedencia por cuidado de hijo, el uso desviado de la finalidad de dicha excedencia por parte de aquélla no le hacía merecedora de una declaración de nulidad, con las consecuencias legales inherentes a dicha declaración.

Expuesto lo anterior, esta Sala ha de manifestar su disconformidad con los argumentos expuestos. Entendemos que acreditado que la demandante usó de forma indebida la excedencia por cuidado de hijo que le fue concedida por la empresa, prestando servicios para otro empleador en similares circunstancias a las llevadas a término en la residencia de C., en turnos rotatorios de mañana, tarde y noche, y por ende, constatada la conducta que justificó el despido, debió la trabajadora acreditar que la empresa conocía que en las dos anualidades anteriores también se produjeron hechos similares y se consintieron por la empresa. Y esta Sala entiende, a tenor de lo expuesto por el Juzgador, que tales circunstancias no han resultado constatadas en el supuesto ahora analizado.

El hecho de que la empresa no imputara a la trabajadora que ocultara su conducta no supone de por sí que conociera la misma; ni que la directora de la residencia nada declarara al respecto, pues aun en el supuesto de que esta última conociera el uso que la demandante estaba dando a la excedencia concedida, como así se declara por el Juez a quo, se desconoce cuando tomó conciencia de dicho conocimiento, cuando lo comunicó a la empresa y si los hechos que se juzgan llegaron a conocerse efectivamente por quien tenía a su disposición el ejercicio del poder disciplinario desde un inicio. Es decir, que es posible que en 2018 se tomara conocimiento de la conducta de la demandante, pero lo que no ha quedado acreditado es que en 2016 y 2017 también se conociera tal hecho y que se hubiera prestado un consentimiento empresarial al mismo.

En conclusión, esta Sala entiende que no existe prueba que acredite el conocimiento y consentimiento en anualidades anteriores por parte de la empresa, de conductas similares a las que motivaron el despido. Y si ello es así, teniendo en cuenta que la excedencia reconocida en el art. 46.3 ET “es para atender al cuidado de cada hijo” siendo este su elemento definidor y que no puede pasar desapercibido, convirtiéndose sustancial en la configuración de tal derecho; y que la actora, obviando tal finalidad, utilizó la excedencia reconocida para trabajar en similares turnos a los que tenía desempeñando para la empresa demandada, el despido debe ser declarado procedente.

Así lo reconoció la Sala Cuarta en Sentencia de 05-12-1989 en la que el Alto Tribunal, en un supuesto muy semejante al que ahora nos ocupa, afirmó que “(e)n cuanto a la falta del elemento subjetivo o intencional del comportamiento de la trabajadora, que permite calificarlo como desleal, no puede perderse de vista que ésta solicitó la excedencia con apoyo en unas razones concretas, que la utilizó de una forma contradictoria con tales razones, y que no comunicó a la empresa en ningún momento la prestación de sus servicios para otra empresa distinta”.

A ello no obsta que esta misma Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana en sentencia de 3-5-2018, r.s 1023/2018 llegara a una conclusión contraria a la expresada, pues el desempeño de otro trabajo durante el periodo de reconocimiento de la excedencia compatibilizaba mejor el cuidado del hijo del demandante, en quien concurrían especiales circunstancias dado su estado de salud, hecho que no se da en el supuesto ahora analizado.

Por todo ello, el recurso ha de ser estimado y con él, revocada la sentencia de instancia, declarándose procedente el despido operado.

TERCERO.- 1.- Procede la devolución de todas las consignaciones y del depósito constituido para recurrir, así como la cancelación de los aseguramientos prestados, una vez que la presente sea firme (art. 203.1 LRJS).

2.- No ha lugar a la imposición de costas, al haberse estimado el recurso interpuesto (art. 235.1 LRJS).

En virtud de lo expuesto

FALLAMOS

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de C.R.S. S.L.U frente a la sentencia dictada el 11 de febrero de 2019 por el Juzgado de lo Social número 16 de Valencia, en autos número 989/2018 seguidos a instancia de DOÑA C.R.R. frente al precitado recurrente, con intervención del MINISTERIO FISCAL. Y con revocación de la precitada resolución, y desestimación de la demanda en la instancia, absolvemos a la empresa demandada de todos los pedimentos de la demanda.

Procede la devolución de todas las consignaciones y del depósito constituido para recurrir, así como la cancelación de los aseguramientos prestados, una vez que la presente sea firme. Sin imposición de costas.

2478

Sentencia núm. 1.643, de 4 de junio de 2019

Materia: Tutela de los derechos fundamentales. Oficial de obras al servicio de ente demandado. Sucesivos contratos por obra o servicio determinado. Acceso por bolsa de trabajo. Vulneración del derecho a la igualdad con respecto a compañeros. Estimación.

Juzgado: Desestima la demanda, absolviendo a los demandados de las pretensiones formuladas en su contra. No hay vulneración del derecho alegado.

Sala: Desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia. La especialidad profesional distinta ostentada por cada uno de los aspirantes al puesto de trabajo introduce una diferenciación relevante en cuanto a la capacidad de los mismos para ocupar una determinada plaza dentro de las propias de oficial de obras y mantenimiento. No se produce la vulneración del principio de igualdad.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Antes de entrar a examinar los motivos del recurso de suplicación entablado por la representación letrada de la parte actora frente a la sentencia del Juzgado de lo Social nº cuatro de los de Alicante, que desestima la demanda sobre tutela de derechos fundamentales, la Sala se ha de pronunciar sobre la documental adjuntada por el actor en el escrito de recurso y que consiste en un informe sobre las funciones desempeñadas por el demandante para la Autoridad Portuaria de Alicante emitido en fecha 27 de junio de 2018 por el encargado de Mantenimiento D. J.J.V.P. y en un “certificado” sobre la contratación laboral del demandante, las funciones ejercidas por el mismo y la indicación de los superiores del actor, emitido por el Presidente del Comité de Empresa, D. J.A.A.E. en fecha 28 de junio de 2018, a petición del demandante.

Conforme se desprende del art. 233 de la Ley de la Jurisdicción Social (LJS) “1. La Sala no admitirá a las partes documento alguno ni alegaciones de hechos que no resulten de los autos.” Y aun cuando luego advierte de la posibilidad de admitir determinados documentos, en concreto, cuando se presente por la parte alguna sentencia o resolución judicial o administrativa firmes o documentos decisivos para la resolución del recurso que no hubiera podido aportar anteriormente al proceso por causas que no fueran imputables, y en general cuando en todo caso pudiera darse lugar a posterior recurso de revisión por tal motivo o fuera necesario para evitar la vulneración de un derecho fundamental; en el presente caso los escritos aportados no son subsumibles en ninguna de las indicadas excepciones, ya que como pone de relieve la defensa de D. E.B.A., ni siquiera se trata de prueba documental sino de testifical que ni siquiera ha sido realizada a presencia judicial. No cabe confundir el soporte de una prueba -pericial o testifical consistente en informe de investigación- con la naturaleza de la misma, por lo que su documentación física no muda su naturaleza y la convierte en prueba documental, dotándola de potencialidad para modificar el relato de los hechos (así, por ejemplo, SSTs 28/09/98 -rc 5149/97 -; 02/02/00 -rc 245/99 -; 14/03/05 - rev. 57/03 -; 17/07/12 -rc 36/11 -; SG 18/03/14 -rc 125/13 -; y 08/03/16 -rc 82/15 -).

Pero es más también obsta a la admisión de los indicados escritos que los mismos aunque son de fecha posterior a la celebración del juicio, pudieron haberse

obtenido antes y haberse aportado en la instancia si se hubieran solicitado con antelación por el demandante, por lo que tampoco reúnen el requisito de no haberse podido aportar anteriormente al proceso por causas que no fueran imputables al demandante. Las consideraciones expuestas determinan el rechazo de los referidos escritos, no sin antes indicar que es en el acto del juicio donde las partes han de formular las pruebas de las que intenten valerse (art. 87 de la LJS), sin que en fase de recuso se puedan subsanar las deficiencias en que se pudiera haber incurrido por las partes en cuanto a la proposición y aportación de los medios de prueba.

SEGUNDO.- Son cuatro los motivos que se aducen en el recurso de suplicación ahora examinado y que ha sido impugnado, respectivamente, por la Autoridad Portuaria de Alicante y por D. E.B.A., conforme se expuso en los antecedentes de la presente resolución.

Los tres primeros motivos se introducen por el apartado b del art. 193 de la LJS y tienen por objeto la revisión de los hechos declarados probados de la sentencia de instancia, mientras que el último motivo se incardina en el apartado c del indicado precepto y contiene la censura jurídica de la resolución recurrida.

Antes de entrar en el examen de las modificaciones fácticas interesadas, no está de más recordar el carácter extraordinario del recurso de suplicación que no constituye una segunda instancia a diferencia del recurso de apelación, así como los requisitos que se vienen exigiendo para que prospere la revisión de los hechos declarados probados y que se recogen en la sentencia del Tribunal Supremo de 18/1/2011 (recurso 98/09) y las en ella citadas (como la de 11/10/2007 y 5/11/2008), según la cual para que pueda apreciarse error en la valoración de la prueba es necesario:

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

A partir de dicha doctrina se resolverá sobre las modificaciones interesadas.

La primera de ellas afecta al hecho probado segundo para el que se propone la siguiente redacción en la que se hace constar en cursiva las modificaciones postuladas: “SEGUNDO.- El actor ocupaba el puesto nº 2 en la Bolsa de Trabajo para cubrir plazas de oficial con carácter temporal, constituida el 25.05. 01, según las bases

del concurso de fecha 9.04.01, *siendo el número uno D. F.O.M., con contrato en vigor entre el 01.12.2015 y el 17.11.2019.* En la relación a las plazas a cubrir con dicha Bolsa se encontraban 2 de oficial fontanería, 2 de oficial albañilería, 2 de oficial mecánica/soldadura, 2 de oficial electricidad, fijándose como sistema de selección el de concurso-oposición, *en el que se establecieron como requisitos de los candidatos "Estar en posesión del título de Formación Profesional I o equivalente para las plazas de Oficial".* El trabajador ha desempeñado durante las sucesivas contrataciones la ocupación de oficial de obras y mantenimiento, *realizando las funciones y el contenido que para dicha categoría constan en el catálogo de ocupaciones establecido para el Grupo III, Banda II, en el II Convenio Colectivo de Puertos del Estado y Autoridades Portuarias."*

La nueva redacción suprime que la Bolsa de Trabajo en la que el actor ocupaba el puesto nº dos fuera para cubrir plazas de peón, y se sustenta en el folio 41 y no puede prosperar porque del mismo se evidencia que la indicada Bolsa era para plazas de oficial y de peón, por más que el actor estuviese incluido en la misma como oficial. En cuanto a la primera de las adiciones que se sustenta en los documentos aportados por la entidad demandada en soporte CD-ROM, unido al folio 23 que incluye como documento 4 el referido contrato, ha de ser acogida por desprenderse de dicha documental y ser relevante para la argumentación deducida por la defensa del actor en relación con su derecho preferente a ser contratado para la sustitución del Jefe de Equipo del Servicio Eléctrico de la entidad demandada. Distinta suerte han de correr las siguientes modificaciones. Así es de señalar que la referencia a los requisitos de los candidatos que se refleja en las bases del concurso obrantes a los folios 147 a 152 resulta irrelevante ya que de la misma no se evidencia la igualdad en cuanto a la formación profesional ostentada por el actor y la ostentada por el codemandado Sr. B. que es lo que pretende el actor. Y en cuanto a la última modificación que además implica la supresión de la referencia acerca de que el demandante ha desempeñado durante las sucesivas contrataciones la ocupación de oficial de obras y mantenimiento, y la prestación habitual ha sido la de albañil y nunca ha desempeñado funciones de electricista al carecer de la formación necesaria, tampoco puede prosperar porque se sustenta en los escritos que se adjuntan con el recurso y que no han sido admitidos.

La siguiente revisión fáctica atañe al hecho probado cuarto para el que se propone la siguiente redacción en la que se hace constar en cursiva las modificaciones interesadas: "CUARTO.- D. R.A.G., con la categoría profesional de Jefe de Equipo del Servicio Eléctrico, inició un proceso de incapacidad temporal el 18.09.17. Dado que dicho proceso derivó en una intervención quirúrgica y se preveía una baja de larga duración, se solicitó por parte del Departamento de Recursos en escrito de 2.11.17 la cobertura de dicha plaza mientras durase dicha situación, *dada la urgencia para cubrirla.*

La Comisión Local de Gestión de Competencias de la Autoridad Portuaria mediante reunión celebrada en fecha 7.11.17 acordó por unanimidad proceder a la contratación de un oficial electricista al objeto de sustituir a D. R.A., en la persona de D. E.B.A.. Y por resolución de idéntica fecha del Presidente de la Autoridad Portuaria se acordó autorizar la contratación de D. E.B.A., *que se formalizó con fecha 8.11.2017, mediante contrato de trabajo temporal de interinidad, para prestar servicios como Oficial de Obras y Mantenimiento, en el grupo profesional de Grupo III y realizando funciones de Oficial de Mantenimiento."*

La "urgencia" para cubrir la plaza se sustenta en el folio 162 y aun cuando se desprende del mismo no puede ser acogida por cuanto que resulta inocua para modificar el sentido del fallo ya que de dicha urgencia no se deriva el mejor derecho del actor a ser contratado para sustituir a D. R.A. que es lo que se pretende evidenciar con la indicada adición.

La segunda modificación que se sustenta en los contratos de trabajo aportados por la entidad demandada en soporte CD-ROM tampoco puede acogerse por ser también ineficaz para evidenciar el mejor derecho del demandante a ser contratado en sustitución del Sr. A., no siendo además controvertido que tanto el actor como el codemandado Sr. B. ostentan la titulación de Oficial, si bien los conocimientos de uno y otro no son los mismos ya que el actor carece de la formación oficial necesaria de electricista y nunca ha desempeñado las funciones de electricista, a diferencia del Sr. B.

La última revisión pretende la introducción de un nuevo hecho probado entre el quinto y el sexto y que de prosperar tendría este tenor:

“El día 16.09.2009 se constituyó una mesa de negociación entre la Autoridad Portuaria de Alicante y su Comité de Empresa, que suscribió el Acuerdo de Empresa de la Autoridad Portuaria de Alicante por el que se regulan determinados aspectos del II Convenio Colectivo de Puertos de Alicante y Autoridades Portuarias (2004-2009) que en su artículo 6 referido a la contratación temporal determina que la selección de los/as trabajadores/as que opten a cualquiera de estos contratos temporales, deberá basarse en los principios de igualdad, mérito y capacidad, y que incluye el PROTOCOLO DE FUNCIONAMIENTO DE BOLSAS, que determina el funcionamiento de las Bolsas de Trabajo, estableciendo en su punto I, referido a los llamamientos :

Los llamamientos se irán produciendo conforme las necesidades del servicio lo requieran, y se realizarán atendiendo al orden fijado en el proceso de selección de la Bolsa de Trabajo.

- I) El contrato se ofertará al primero de la bolsa de trabajo vigente.*
- II) En caso de ser rechazado, se ofertará al siguiente de la bolsa y así sucesivamente.*
- III) Los contratos de larga duración (más de seis meses) se ofertarán al primero de la bolsa de trabajo vigente aunque tenga un contrato en vigor de menor duración.”*

El nuevo hecho probado se apoya en el Acuerdo de empresa referido en el mismo y obrante a los folios 45 a 58, en concreto en el folio 48 vuelto y ha de ser acogida por desprenderse del mismo y ser relevante para la argumentación deducida por la defensa del recurrente acerca del mejor derecho del actor para ser contratado en sustitución del Jefe de Equipo del Servicio Eléctrico de la demandada.

TERCERO.- En el motivo destinado al examen del derecho aplicado en la sentencia de instancia se denuncia la infracción del art. 14 de la Constitución Española, en relación con el artículo 12 del II Convenio Colectivo de Puertos del Estado y Autoridades Portuarias, referido a ingresos, contratación y períodos de prueba y en relación con el Acuerdo de Empresa de la Autoridad Portuaria de Alicante, suscrito con su Comité de Empresa por el que se regulan determinados aspectos del II Convenio Colectivo de Puertos de Alicante y Autoridades Portuarias (2004-2009). Asimismo, se denuncia la vulneración del art. 182 de la LJS.

Afirma la defensa del recurrente que de los hechos declarados probados con las modificaciones postuladas se acredita la irregularidad de la contratación del Sr. B. el día 8-11-2017 y la exclusión del demandante para la concertación de dicho contrato, de forma injustificada, ya que no atiende a la previsión de los preceptos legales y convencionales citados como infringidos. Dicha irregularidad se fundamenta en que el demandante al ostentar el nº dos en la Bolsa de Trabajo de la APA de Oficiales de Obras y Mantenimiento (folio 41) debió ser llamado para cubrir la vacante correspondiente a la baja médica del Sr. A. ya que el número uno de dicha Bolsa tenía contrato en vigor y además el demandante había superado un concurso-oposición para acceder a dicha bolsa de trabajo, contando con la profesionalidad y cualificación requerida y habiendo cumplido todas las funciones incluidas en el Convenio Colectivo aplicable para la categoría profesional de Oficial de Obras y

Mantenimiento en los contratos suscritos con anterioridad y, por el contrario, el Sr. B. suscribió contrato con la Autoridad Portuaria a fecha 31-8-2016, tras concurso de valoración de méritos para cubrir una plaza de oficial de obras y mantenimiento que no incluyó ninguna especialidad sobre las funciones a realizar y se agotó a la finalización de dicho contrato, sin que conste que se constituyera ninguna bolsa de trabajo con motivo de dicho concurso; habiéndose realizado la contratación del Sr. B. el 8-11-2017 para sustituir al Sr. A., amparándose en una urgencia, cuando el Sr. A. llevaba desde el 18-9-2017 en situación de baja médica. Todo lo cual revela a juicio del recurrente que existe un trato discriminatorio respecto al mismo al no haber sido contratado el 8-11-2017.

La cuestión controvertida se centra en dilucidar si la contratación laboral del codemandado D. E.B.A. por parte de la Autoridad Portuaria para sustituir a D. R.A.G., Jefe de Equipo del Servicio Eléctrico de la demandada, vulnera el derecho de igualdad de trato del demandante, D. M.S.U., por cuanto que éste ostentaba el nº dos de la Bolsa de Trabajo para cubrir las plazas de oficial y peón con carácter temporal, constituida el 25.5.2001, mientras el número uno de dicha Bolsa tenía contrato laboral en vigor cuando se produce la contratación del Sr. B.

Como indica la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias 29 de abril de 2014, Sentencia: 752/2014 Recurso: 565/2013, “En lo que se refiere al principio de igualdad ante la ley y en la aplicación de la ley por los poderes públicos que proclama el primer inciso del Art. 14 de la norma fundamental, la doctrina constitucional (SSTC 22/81 , 41/13 , 40/14) y, haciéndose eco de la misma, la jurisprudencia ordinaria (SSTS 8/07/10, Rec. 248/09 ; 21/01/14, Rec. 1194/13), ha fijado las siguientes pautas básicas:

a) No toda desigualdad de trato supone una infracción del art. 14 de la Constitución, sino que dicha infracción la produce sólo aquella desigualdad que introduce una diferencia entre situaciones que pueden considerarse iguales y que carece de una justificación objetiva y razonable.

b) El principio de igualdad exige que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas;

c) El principio de igualdad no prohíbe cualquier desigualdad de trato, sino sólo aquellas desigualdades que resulten artificiosas, o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos y suficientemente razonables de acuerdo con criterios o juicios de valor generalmente aceptados.

d) Para que la diferenciación resulte constitucionalmente lícita no basta con que lo sea el fin que con ella se persigue, sino que es indispensable además que las consecuencias jurídicas que resultan de tal distinción sean adecuadas y proporcionadas a dicho fin, evitando resultados especialmente gravosos o desmedidos.

e) Ello comporta que cuando se alegue la vulneración del principio de igualdad han de llevarse a cabo dos juicios: 1º.- el «juicio de identidad», es decir la necesidad de acreditar la existencia de un nivel suficiente de similitud respecto a la situación de la que se invoca el agravio; y 2º.- el «juicio de racionalidad», es decir debe tener una consistencia de *fumus boni iuris*, sin arbitrariedad.

A la vez, la desigualdad únicamente es calificable de constitucional cuando se superan otros dos juicios: (a) el «causal o finalista», es decir, cuando exista una causa «objetiva y razonable» conforme a criterios o juicios de valor generalmente aceptados; y (b) el «de adecuación o proporcionalidad», cuando la medida adoptada y el resultado que produce son adecuados al fin pretendido y no resultan especialmente gravosos para los afectados.

B) Más singularmente en el ámbito de las relaciones de la Administración con los empleados públicos, al no regirse las mismas en sus relaciones jurídicas por el principio de la autonomía de la voluntad, sino que deben actuar con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho (art. 103.1 CE), con interdicción expresa de la arbitrariedad (art. 9.3 CE), la sujeción al principio de igualdad, resulta reforzada [SSTC 161/1991 ; 2/1998 ; 34/2004 ; STS 29/10/13, Rec 3246/12], tanto en su aspecto general, como en el particular que proscribe la aplicación del principio de igualdad en la ilegalidad, de manera que el mencionado principio constitucional no puede considerarse violentado por el hecho de que la ley no se aplique a otros (SSTS 19/06/13, Rec. 2937/12; 20/12/11, Rec. 97/10 ; 14/01/11, Rec. 618/10 ; SSTC 110/07 ; 181/06 ; 88/03 ; 27/01)."

En el presente caso, no cabe duda que al ser la empleadora un Organismo público está plenamente sujeta al principio de igualdad (STC 330/2005 - Pleno de 15-diciembre, al igual que la STC 110/2004 Pleno de 30-junio). A partir de dicha premisa, interesa destacar del relato fáctico de la sentencia de instancia con las modificaciones que han sido acogidas, las siguientes circunstancias:

– El actor ha venido prestando servicios para la Autoridad Portuaria de Alicante como oficial de obras y mantenimiento Grupo Profesional III Especialista, en virtud de sucesivos contratos de trabajo por obra o servicio determinado. La prestación habitual del actor para la entidad demandada ha sido la de albañil, nunca ha desempeñado funciones de electricista al carecer de la formación oficial necesaria.

– El demandante está incluido y ocupa el nº dos en la Bolsa de Trabajo de la Autoridad Portuaria de Alicante para cubrir plazas de oficial y peón con carácter temporal constituida el 25-05-01, siendo las plazas a cubrir: dos de oficial de fontanería, dos de oficial de albañilería, dos de oficial mecánica/soldadura y dos de oficial de electricidad. El número uno de dicha bolsa es D. F.O.M., con contrato en vigor entre el 01.12.2015 y el 17.11.2019.

Para sustituir la baja por enfermedad iniciada por D. R.A.G. Jefe de Equipo del Servicio Eléctrico, se constituyó en fecha 29-7-16 el Tribunal encargado de selección de una plaza de oficial de obras y mantenimiento especialista en electricidad mediante contrato de interinidad y se firmaron las bases para el concurso de valoración de méritos para la cobertura de la indicada plaza que se remitieron al SERVEF para que realizase el proceso de selección. El SERVEF realizó la oferta de empleo el 16-8-2016 para el puesto de Técnico en Electricidad en general y en fecha 16-8-2016 se constituyó el Tribunal para realizar las entrevistas a los candidatos seleccionados por el SERVEF, en número de siete, siendo seleccionado, al obtener la máxima puntuación, el codemandado D. E.B.A.

– En fecha 18-9-2017 inició situación de incapacidad temporal D. R.A.G. y como dicha baja se preveía de larga duración por derivar en una intervención quirúrgica, se solicitó por parte del Departamento de Recursos Humanos en escrito de 2-11-17 la cobertura de dicha plaza, mientras durase la indicada situación. La Comisión Local de Gestión de Competencias de la Autoridad Portuaria mediante reunión celebrada el 7-11-2017, acordó por unanimidad proceder a la contratación de un oficial electricista al objeto de sustituir al Sr. A., en la persona de D. E.B.A. y por Resolución de idéntica fecha del Presidente de la Autoridad Portuaria se acordó autorizar la contratación del Sr. B. el cual posee la formación de Técnico Especialista en la rama de Electricidad y Electrónica, habiendo sido designado por la Autoridad Portuaria como trabajador autorizado para la realización de trabajos eléctricos y habiendo recibido formación por la citada Autoridad de trabajo en tensión, maniobra, mediciones, ensayos y verificaciones, zona de proximidad y trabajo en proximidad.

– El día 16.09.2009 se constituyó una mesa de negociación entre la Autoridad Portuaria de Alicante y su Comité de Empresa, que suscribió el Acuerdo de Empresa de la Autoridad Portuaria de Alicante por el que se regulan determinados aspectos del II Convenio Colectivo de Puertos de Alicante y Autoridades Portuarias (2004-2009) que en su artículo 6 referido a la contratación temporal determina que la selección de los/as trabajadores/as que opten a cualquiera de estos contratos temporales, deberá basarse en los principios de igualdad, mérito y capacidad, y que incluye el PROTOCOLO DE FUNCIONAMIENTO DE BOLSAS, que determina el funcionamiento de las Bolsas de Trabajo, estableciendo en su punto I, referido a los llamamientos: Los llamamientos se irán produciendo conforme las necesidades del servicio lo requieran, y se realizarán atendiendo al orden fijado en el proceso de selección de la Bolsa de Trabajo.

- El contrato se ofertará al primero de la bolsa de trabajo vigente.

- En caso de ser rechazado, se ofertará al siguiente de la bolsa y así sucesivamente.

- Los contratos de larga duración (más de seis meses) se ofertarán al primero de la bolsa de trabajo vigente aunque tenga un contrato en vigor de menor duración.”

A partir de los datos expuestos la Sala no puede sino negar la existencia de la vulneración del derecho de igualdad denunciada por el actor por cuanto que resulta evidente que la formación profesional del demandante aun cuando sea igual a la del codemandado Sr. B. en cuanto a la titulación, no lo es en cuanto a la especialidad y es que si bien ambos tienen la titulación correspondiente a Oficial de obras y mantenimiento, el demandante ha trabajado habitualmente como albañil y nunca ha desempeñado funciones como electricista al carecer de la formación oficial necesaria, mientras que el Sr. B. posee la formación de Técnico Especialista en la rama de Electricidad y Electrónica por lo que no concurre entre la situación del demandante y la del trabajador codemandado una igualdad sustancial en cuanto al derecho a acceder a la plaza de Jefe de Equipo del Servicio Eléctrico. A la conclusión expuesta no es óbice que la cualificación profesional de ambos trabajadores sea equivalente y que ambos estén incluidos en el mismo grupo profesional, Grupo profesional III, Especialista, porque no cabe duda que la especialidad profesional distinta ostentada por cada uno introduce una diferenciación relevante en cuanto a la capacidad de los mismos para ocupar una determinada plaza dentro de las propias de Oficial de obras y mantenimiento. En este sentido es de destacar que en la Bolsa de Trabajo en la que el actor está incluido en la fecha en que se produce la contratación del Sr. B., se distinguían distintas plazas de Oficiales (dos de oficial de fontanería, dos de oficial de albañilería, dos de oficial mecánica/soldadura y dos de oficial de electricidad), en función, precisamente de la especialidad de la formación profesional exigida para la plaza vacante que se fuera a desempeñar, lo que evidencia que no todos los Oficiales incluidos en la indicada Bolsa podían desempeñar todas las plazas vacantes del referido grupo profesional, siendo lógico que la cobertura de dichas plazas se produzca de conformidad con la especialidad profesional que exige el desempeño de las mismas.

Al no concurrir la igualdad de situaciones comparables que es el presupuesto ineludible para poder apreciar la vulneración denunciada no cabe realizar los pronunciamientos estimatorios de la pretensión ejercitada previstos en el art. 182 de la LJS, lo que conlleva la desestimación de todas las infracciones jurídicas imputadas a la sentencia de instancia y la confirmación de la misma, previa desestimación del recurso.

CUARTO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 235.1 LJS, en relación con el artículo 2.d) de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica

Gratuita, no procede la imposición de costas al gozar el recurrente del beneficio de justicia gratuita.

FALLO

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de D. M.S.U., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social n.º cuatro de los de Valencia y su provincia, de fecha 11 de junio de 2018, en virtud de demanda presentada a su instancia contra la Autoridad Portuaria de Alicante y contra D. E.B.A. y, en consecuencia, confirmamos la sentencia recurrida.

Sin costas.

2479

Sentencia núm. 1.680, de 5 de junio de 2019

Materia: Conflicto colectivo. Calendario laboral. Permisos médicos de inasistencia al trabajo. Retribución del permiso. Excepción de caducidad.

Juzgado: Estima la excepción de caducidad alegada por la parte demandada y desestima la demanda, absolviendo a la demandada de las pretensiones deducidas en su contra.

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

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. El presente recurso se estructura en dos motivos, en el primero de ellos y con amparo procesal en el apartado b del artículo 193 de la LRJS, la ahora recurrente solicita la supresión del actual hecho sexto donde consta que la empresa notificó a los trabajadores mediante comunicación en el tablón de anuncios que los P-10 no serían permisos retribuidos y se diga que la empresa no comunicó al comité ni a los trabajadores este hecho. La recurrente fundamenta su pretensión en una serie de citas legales y jurisprudenciales que damos por reproducidas a efectos de la presente.

2. Atendidos los términos en los que se formula este primer motivo del recurso y con carácter previo a su resolución conviene recordar que tal y como viene sosteniendo esta Sala de forma reiterada entre otras en nuestra reciente sentencia de 22 de mayo de 2019, dictada en el recurso 1135/2018 que es doctrina jurisprudencial consolidada contenida ya en las sentencias del Tribunal Supremo de 16 de marzo y 5 de mayo de 1987, 3 de marzo de 1998 y 11 de diciembre de 2003, la que señala 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 debemos rechazar la revisión fáctica en su integridad, dado que la misma no se formula en forma sin que se invoque documento alguno, y sin que las alegaciones acompañadas a la petición de parte desvirtúen los razonamientos judiciales en torno a la valoración de la prueba practicada (fundamento primero). La petición de parte excede del ámbito de aplicación de la norma procesal invocada, dado el carácter extraordinario del recurso de duplicación y en consecuencia procede acordar la desestimación de este primer motivo.

SEGUNDO.- 1. En el segundo motivo del recurso y con remisión tanto a la vía procesal prevista en el apartado a) del artículo 193 de la LRJS como a la del apartado c) del citado texto legal la parte denuncia la infracción por aplicación indebida de lo dispuesto en el artículo 41.1,2 y 4 del ET en relación con el artículo 59.1 y 4 del citado texto legal con cita de la STS de 17/1/2017, recurso 2/2016 y 12/9/2016.

2. Considera la recurrente que la sentencia recurrida aprecia de forma indebida la caducidad de la acción, sosteniendo que pese a lo resuelto por el magistrado actuante no estamos ante una modificación sustancial de las condiciones de trabajo, y si ante un incumplimiento de lo pactado. En sus alegaciones la parte actora, pone de relieve la doctrina judicial que centra la sustantividad de la medida no solo en la materia afectada sino en su capacidad de transformación de la relación jurídica laboral, esto es en la intensidad de la injerencia y no únicamente en la naturaleza de la materia afectada. Postula en definitiva que la medida impugnada no constituye una modificación sustancial de las condiciones laborales negando su incidencia en la jornada y la retribución y en consecuencia, considera inaplicable el plazo de caducidad previsto para la acción de impugnación de este tipo de medidas, argumentando de forma subsidiaria que en cualquier caso no existe comunicación escrita en los términos que exige entre otras las STS 21-5-2013 y 21-10-2014, de manera que no puede determinarse tal y como hace la sentencia la fecha del devengo del plazo legal.

3. Atendido el debate de suplicación, entendemos que son dos las cuestiones que determinan la resolución del mismo; por un lado, la delimitación de la naturaleza de la medida adoptada por la empleadora y por otro, la efectividad de la comunicación formal de la misma a efectos de los plazos de caducidad de la acción ejercitada.

En primer lugar, debemos tener en cuenta que a tenor de los hechos declarados probados en la sentencia cuyo contenido ha resultado inalterado y es vinculante para esta Sala resulta clara la naturaleza sustancial de la medida adoptada por la empresa y que la ahora recurrente pretende que se deje sin efecto. En los hechos primero y segundo consta que los P-10 fueron negociados en el ámbito del calendario laboral así como su incidencia a efectos de jornada mínima y retribución, de manera que de considerarse, como se venía haciendo en virtud de los acuerdos precedentes, que el P-10 era un permiso retribuido y computable a efectos de cumplimiento de la jornada mínima en las horas asignadas, pasó por voluntad unilateral de la empleadora y ante la falta de acuerdo en la fase de negociación previa, respecto de este punto a considerarse tiempo no retribuido y no computable como trabajo efectivo, lo que sin duda altera la estructura salarial y los tiempos de trabajo, inicialmente pactados y que en el momento de la decisión seguían vigentes en virtud de la prórroga temporal acordada por las partes en el acuerdo suscrito el 16 de noviembre de 2017. La naturaleza de la materia y su clara incidencia en aspectos sustanciales de la relación laboral permiten confirmar la decisión del magistrado de instancia en cuanto entendemos que a diferencia de lo sostenido por la recurrente dicha medida excede del llamado "lus variandi" de la empleadora.

Procede por lo tanto analizar la censura efectuada en torno a los requisitos del acto de comunicación de noviembre de 2017. En este punto conviene recordar que tal como argumenta la recurrente es cierto que la Sala IV ha declarado la insuficiencia de la publicación en el tablón de anuncios de una MSCT no notificada por escrito ni a los trabajadores ni a sus representantes, a efectos del cómputo de la caducidad, sosteniendo en definitiva que esta forma no despliega sus efectos con la debida constancia como garantía de seguridad jurídica e impide aplicar el plazo de caducidad de 20 días. Concretamente en la STS 3-4-2019, recurso 36/2018 que se remite a su vez a la STS de 21 de octubre de 2014, recurso 289/2013 el Alto tribunal establece recuerda que *"La fijación de un plazo de caducidad perentorio constituye una garantía de la seguridad jurídica que para las partes se ha de derivar de la consolidación de una decisión no impugnada, de suerte que el transcurso del mismo actúa como ratificación de la aceptación de la parte social. De ahí que se exija la notificación escrita y que el plazo se inicie con dicha notificación de la decisión empresarial por escrito a los trabajadores o a sus representantes. Por ello,*

hemos señalado que, de no producirse la fehaciencia de la notificación, no cabe aplicar un plazo perentorio de caducidad tan breve e impeditivo del ejercicio de la acción".

La aplicación de la doctrina expuesta al caso que nos ocupa no puede sin embargo desvincularse de las concretas circunstancias del caso y de los fundamentos jurídicos expuestos en su sentencia por el Magistrado actuante. En este sentido consideramos que dicha notificación constituye pese a lo alegado y tal y como ha exigido la sala IV una notificación escrita y fehaciente de la medida tanto frente al comité como frente a los trabajadores. En primer lugar hay que matizar que la fecha tomada en cuenta por el magistrado para el inicio del plazo de caducidad no es la de publicación en el tablón de anuncios sino la del 30 de enero de 2018 fecha en la que conforme a los hechos probados la gerencia de la empresa comunica en reunión extraordinaria su decisión irrevocable de no retribuir los P-10 acogándose a la legislación vigente y poniendo de relieve el elevado nivel de absentismo de la plantilla, así como la falta de acuerdo previo en torno a la misma, la medida además, venía precedida de un periodo de negociación en el que la empresa había expuesto al comité su posición en relación a esta, siendo una medida de carácter general, que a la fecha de esta reunión extraordinaria había sido comunicada mediante su publicación previa en el tablón de anuncios a los trabajadores. Consta además que a partir de esta fecha la empresa procedió a aplicarla sin que los afectados interpusieran reclamación, individual o colectiva alguna hasta el mes de agosto. La decisión alcanzada por el magistrado de instancia no contradice por lo tanto la doctrina judicial citada en cuanto que pondera las concretas circunstancias concurrentes proyectando los principios de legalidad y seguridad jurídica sobre ambas partes.

Vistos los precedentes preceptos legales y los de general aplicación.

FALLAMOS

Con desestimación del recurso de suplicación interpuesto por EL COMITÉ DE EMPRESA de L.S. SA VALENCIA contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social 13 de los de VALENCIA, en fecha catorce de febrero de dos mil diecinueve (autos 926/2018), procedemos a CONFIRMAR ÍNTEGRAMENTE la resolución recurrida.

Sin costas.

2480

Sentencia núm. 1.702, de 4 de junio de 2019

Materia: Pensión de jubilación. Jubilación anticipada por discapacidad. Aplicación de coeficiente reductor para cómputo días para lucrar pensión. Aplicación del coeficiente tomando en consideración únicamente los días trabajados a partir de la fecha en que se acredita que el grado de discapacidad del trabajador alcanza ese porcentaje.

Juzgado: Desestima la demanda absolviendo al instituto demandado de las pretensiones deducidas en dicha demanda. No procede reconocer al actor la aplicación del coeficiente reductor para toda su vida laboral.

Sala: Desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia. Debe aplicarse el coeficiente reductor al periodo trabajado en el que se acredita que el grado de discapacidad alcanza el porcentaje requerido, pero no a los periodos de trabajo anteriores a esta fecha en los que el grado de discapacidad acreditado es menor.

Ponente: Ilma. Sra. D^a. Carmen Viqueira Pérez.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Trae su causa el recurso de la solicitud de pensión de jubilación anticipada por discapacidad que es desestimada en la sentencia de instancia por entender que, a la fecha del hecho causante, el trabajador no alcanza la edad exigida legalmente. Frente a la sentencia de instancia, la representación letrada del trabajador interpone recurso de suplicación -articulado en un único motivo de censura jurídica y formulado con adecuado encaje procesal- que ha sido impugnado de contrario, como queda expuesto en los antecedentes de hecho.

Son hechos probados de los que conviene partir que el recurrente padece desde la infancia una sordomudez por la que, en 1984, se le reconoció un grado de discapacidad “superior al 33%”, que en 1992 ascendió al 46% y en 2006 alcanzó el 69% (porcentaje ratificado en 2014); y que, por otro lado, para el cálculo de la edad que da acceso a la pensión, la sentencia de instancia aplicó el coeficiente reductor previsto en el RD 1539/2003 para los discapacitados en grado igual o superior al 65% (0,25%) tomando en consideración únicamente los días trabajados a partir de la fecha en que se acredita que el grado de discapacidad del trabajador alcanza ese porcentaje (13 de septiembre 2006).

SEGUNDO.- Al amparo del art. 193.c LRJS, la representación letrada del trabajador denuncia la infracción de los art. 2 y 3 RD 1539/2003 en relación con el art. 161.1º y 1 bis LGSS. Entiende el recurrente que, en cumplimiento de estos preceptos, debió aplicarse el coeficiente reductor correspondiente a los discapacitados en grado igual o superior al 65% (el 0,25%) a toda su vida laboral porque cuando solicitó la pensión cumplía el requisito legal relativo al grado de discapacidad (esto es, acreditó un grado superior al 65%) y ese grado debe entenderse existente durante toda su vida laboral porque la limitación que padece (sordomudez) se ha mantenido inalterada desde la infancia.

La censura jurídica no puede prosperar. La norma no deja margen a la duda acerca de que el coeficiente reductor sólo puede aplicarse al periodo trabajado con determinado grado de minusvalía, cuando señala que la edad de jubilación se reducirá en un periodo equivalente al que resulte de aplicar al tiempo efectivamente trabajado los coeficientes correspondientes (en este caso el 0.25%) “siempre que

durante los periodos de trabajo realizado se acrediten los grados de minusvalía”. En este sentido –como acertadamente recuerda la Juez de instancia- ya se ha pronunciado la Sala en su sentencia de 3 de julio de 2012 (Rec. 424/2012) en la que se afirma que “solo cabe aplicar el coeficiente para la reducción de la edad ordinaria de jubilación al periodo trabajado durante el tiempo en que se ha acreditado un grado de minusvalía igual o superior al 65% (...) por lo que no cabe aplicar el indicado coeficiente a toda la vida laboral”.

Por lo demás, obvio es decir que el grado de discapacidad a tener en cuenta a estos efectos es el grado acreditado por el organismo público correspondiente (como explicita el art. 2 RD 1539/2003) y que, en contra de lo que el recurrente aduce, el grado puede variar a lo largo del tiempo porque, aun basándose en una limitación constante (la sordomudez, en este caso) para su determinación se toman en consideración otros muchos factores.

En resumen, y como acertadamente aprecia el juzgador de instancia, debe aplicarse el coeficiente reductor al periodo trabajado tras el 13 de septiembre de 2006 (fecha en la que se acredita que el grado de discapacidad alcanza el porcentaje requerido), pero no a los periodos de trabajo anteriores a esta fecha en los que el grado de discapacidad acreditado es menor.

El motivo debe ser, por ello, desestimado y, por ende, el recurso en su totalidad.

TERCERO.- No procede declarar condena en costas.

FALLO

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de J.C.G., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº CUATRO de Valencia, de fecha 8 de febrero de 2018, y, en consecuencia, confirmamos la sentencia recurrida.

2481

Sentencia núm. 1.755 de 11 de junio de 2019

Materia: Reclamación de cantidad. Trabajador que ejerce sus funciones como oficial mecánico para empresa demandada. Despido por causas objetivas con declaración de improcedencia. Ejecución demanda de despido improcedente. La empresa se halla en concurso. Insolvencia de la empresa. Solicitud prestaciones al FOGASA, denegándose las mismas por falta de acreditación del artículo 33 del ET. Posteriormente el FOGASA reconoce determinada cantidad. Reconocimiento prestación desde el año 2010.

Juzgado: Desestima la demanda absolviendo al demandado de las pretensiones formuladas en su contra. No procede reconocer al trabajador las prestaciones conforme a lo solicitado.

Sala: Estima el recurso y revoca la sentencia de instancia. Debe ser la fecha de la declaración de insolvencia, y no la del despido o acto extintivo de la relación de trabajo la determinante del momento en que nace para el trabajador la facultad de ejercer sus derechos frente al Fondo. Declara el derecho del actor a que se le reconozcan por la demandada las prestaciones de garantía salarial derivadas de su cese en la empresa con arreglo a la regulación vigente del artículo 33 ET a fecha del año 2010.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- D. R.R.A. interpone en su día demanda contra FOGASA en ejercicio de acción de Reclamación de cantidad solicitando en un inicio que se dejara sin efecto la resolución que le denegaba el abono de prestaciones y luego tras haber accedido Fogasa a reconocerle prestaciones por indemnización y salarios de trámite, impugna los cálculos efectuados por Fogasa al entender que los mismos debieron hacerse conforme a la normativa vigente en el año 2009 y subsidiariamente en el 2010.

La sentencia de instancia desestima la demanda y frente a dicha resolución se alza la parte actora interponiendo recurso de suplicación y solicitando que tras estimar el recurso de suplicación se revoque la Sentencia de instancia y se dicte otra en la que se declare que el cálculo para los abonos por el Fogasa de salarios e indemnización deben ser realizados conforme a la normativa vigente en el año 2009. Fogasa impugnó el recurso.

SEGUNDO.- La parte actora formula su recurso a través de un primer motivo destinado a la revisión de los hechos probados al amparo del apartado b) del artículo 193 LRJS, denunciándose en el segundo motivo la infracción de normas sustantivas o de la Jurisprudencia al amparo del apartado c) del artículo 193 LRJS.

Comenzando por la revisión de los hechos probados interesada en el primer motivo de recurso, la funda el actor en el documento obrante a los folios 24 a 26 consistente en la demanda de ejecución formulada ante el Juzgado de lo Social que dictó la Sentencia declarando la improcedencia del despido, tratando así que se adicione al hecho probado tercero que la demanda interesando la ejecución de dicha Sentencia hacía constar la existencia de una declaración de insolvencia de la empresa ejecutada en otro procedimiento judicial seguido a instancias de otro trabajador despedido, sin que se proveyera nada sobre el particular para la verificación de la existencia de esa declaración de insolvencia empresarial. Si bien en el escrito presentado por el actor instando la ejecución de la Sentencia de despido se

hacía referencia a otra declaración de insolvencia dictada por otro Juzgado, eso sí sin identificar a qué procedimiento se refería ni a qué otro trabajador, tal extremo carece de trascendencia alguna para alterar el sentido del fallo pues por un lado la resolución del Juzgado de lo Social 5 de Alicante acordando inadmitir la ejecución fue recurrida por el trabajador, siendo desestimadas sus pretensiones y alcanzando firmeza, de manera que se convalidó tal decisión del Juzgado que acordaba inadmitir la ejecución interesada por falta de competencia para ello pues la empresa había sido declarada en concurso de acreedores, y si el Juzgado carecía de competencia para despachar ejecución, también la carecía para decretar la insolvencia de la empresa que pretendía el actor con lo interesado en el otrosí digo de su escrito de ejecución. Por ello, con independencia de lo solicitado por el actor en el escrito de ejecución como para que proceda acceder a la revisión de los hechos probados es necesario que la revisión interesada tenga trascendencia para alterar el fallo de la Sentencia y en este caso esa mera solicitud en la demanda de ejecución ni tan siquiera acreditaría que hubiera ya una previa declaración de insolvencia de la empresa tratándose de una mera manifestación del actor, no pudiendo por ello declararse probada esa previa insolvencia que es lo único que en su caso podría ser relevante en el caso, entendemos carece de trascendencia la revisión interesada y no podemos acceder a la misma.

TERCERO.- Formula el actor un segundo motivo de recurso al amparo del apartado c) del artículo 193 LRJS considerando infringido el artículo 33 ET en su redacción vigente a fecha de marzo del 2009 que dice fue el momento en el que interesó la ejecución y en el que ya existía una declaración de insolvencia empresarial.

De acuerdo con los hechos probados que se han mantenido inalterados, en fecha 04-08-2008 se declaró la improcedencia del despido del actor por parte de la empresa M.N. SL, declarándose extinguida la relación laboral entre las partes mediante auto de fecha 03-04-2009. El actor insta la ejecución en fecha 30-3-2010 y el Juzgado de lo Social 5 de Alicante que había dictado la Sentencia de despido declara no haber lugar a ejecutar la Sentencia al encontrarse la empresa en concurso, remitiendo al trabajador al Juzgado mercantil ante el que se tramitaba el concurso. Pese a los recursos formulados por el actor frente a dicha resolución, todos ellos se desestiman, no siendo hasta el 17-12-2013 cuando consta que el actor solicita al Juzgado de lo mercantil la ejecución de la Sentencia seguida ante el Juzgado de lo social que en octubre del 2015 declara concluido el concurso. Ante tal conclusión del concurso, el Juzgado de lo Social 5 de Alicante en fecha mayo del 2017 dicta decreto de insolvencia de la empresa que es lo que posibilita que Fogasa reconozca al actor el derecho a percibir prestaciones de garantía salarial si bien ajustadas a los topes del doble del SMI y 120 días en el caso de los salarios de trámite.

Partiendo de tales hechos, la alegación del actor se centra en considerar que debe ser de aplicación el artículo 33 ET en la redacción vigente en el año 2009 ó 2010 pues ya había una declaración de insolvencia empresarial. Si bien no hemos accedido a revisar el relato fáctico y no existe constancia de que en el año 2009 cuando el actor insta la ejecución se hubiera declarado ya la insolvencia de la empresa por otro Juzgado de lo social, lo que sí consta es que la empresa fue declarada en concurso por autos del Juzgado de lo mercantil 466/2008, y aunque no existe constancia de la fecha concreta de la declaración de concurso, al menos a la fecha en la que el Juzgado de lo Social dicta auto inadmitiendo la ejecución en marzo del 2010, ya se había declarado en concurso de acreedores. De esta forma en el 2010 la relación laboral del actor con la empresa se había extinguido y además la empresa había sido declarada en concurso y derivado de ello concurrían ya en el año 2010 los presupuestos para poder solicitar prestaciones de garantía salarial, como son la extinción de la relación laboral por resolución judicial y la situación de insolvencia que se anuda a la declaración de concurso efectuada por el Juzgado de lo mercantil. En este sentido debemos estar a la Jurisprudencia dictada por el

Tribunal Supremo para fijar la legislación aplicable en el caso de prestaciones de garantía salarial tras la reforma operada por el RDL del 2012. Señala así entre otras la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de abril del 2019 (Rec 2894/2017): "El recurso se fundamenta en la infracción de los arts. 33.3 ET y 64 de la Ley Concursal (LC), en relación con el RD-Ley 20/2012 y con la Ley 38/2011 de 10 de octubre, y de la jurisprudencia. Cita al efecto la doctrina de la STS/4ª de 24 abril 2001 (rcud. 2102/2000). **2.** - La cuestión suscitada ha sido ya analizada por esta Sala en las STS/IV de 6 y 7 de junio de 2017 (rcud 1849/2016, 1538/2016 y 3987/2015, respectivamente), 12-diciembre-2017 (rcud 3015/2016) y 22-enero-2019 (rcud 921/2017). En ellas señalábamos que el RDL 20/2012 articuló "medidas encaminadas a preservar la viabilidad financiera del Fondo de Garantía Salarial, en la línea de las funciones para las que fue concebido". Su art. 19 modificó la regla del art. 33.3 ET que aquí interesa, de modo que las indemnizaciones a abonar a cargo del **FOGASA**, con independencia de lo que se pueda pactar en el proceso concursal, se calcularán sobre la base de veinte días por año de servicio, con el límite máximo de una anualidad, sin que el salario diario, base del cálculo, pueda exceder del doble del salario mínimo interprofesional, incluyendo la parte proporcional de las pagas extraordinarias. Por otro lado, el artículo 64 de la LC viene regulando los principales aspectos laborales del **concurso**. La Ley 38/2011, reformando la Ley Concursal, incorpora la regulación expresa en sede concursal de la subrogación legal del Fondo de Garantía Salarial en los créditos salariales e indemnizaciones cuyo pago anticipe a los trabajadores por cuenta del empresario en el marco de lo dispuesto en el citado art. 33 ET. **3.**- Hemos de poner de relieve que la STS/4ª de 24 abril 2001 (rcud. 2102/2000), mencionada en el recurso, examina un problema de prescripción que no tiene mucho que ver con el presente. **4.**- La STS/IV 23-marzo-2006 (rcud 1264/2005) sí aborda una cuestión bastante similar a la que nos ocupa. Examina la responsabilidad del **FOGASA** por salarios de tramitación. En concreto, un problema de transitoriedad o aplicación cronológica de las normas que regulan los efectos del despido improcedente (el devengo de salarios de tramitación). El RDL 5/2002 los suprimió en determinados casos, que consiguientemente desaparecieron de la mención que hace el art. 33.1 ET al alcance de aquella, si bien con una vigencia muy limitada, pues la Ley 45/2002, de 12 de diciembre, restableció los salarios de trámite y en consecuencia volvió a introducir la alusión expresa a los mismos en el citado art. 33.1 ET. En el caso que allí se enjuiciaba, los despidos se produjeron durante la vigencia del RDL 5/2002, lo mismo que la sentencia que los calificó como improcedentes (6 de noviembre de 2002). " Y al no haber ejercitado la empresa la opción entre la indemnización o la readmisión, y siendo ésta imposible, por Auto de 19 de diciembre se declaró extinguida la relación laboral. Con posterioridad, el 6 de junio de 2003, se dictó Auto declarando la insolvencia empresarial. Descartada esta última fecha, que claramente no es en la que se extingue la relación, la Sala afirma que, en el caso, la extinción no se produce hasta tanto se dicta el Auto de 19 de diciembre, que es el que, ante la imposibilidad de proceder a la readmisión, declara definitivamente extinguida la relación, y acontecida pues la extinción bajo la vigencia de nuevo de la responsabilidad del Fondo, debe hacer frente a los citados salarios de trámite ".Y, aunque esta Sala ha dicho en múltiples ocasiones que "la acción que se dirige contra el **FOGASA** no es directa, sino que tiene un carácter subsidiario, de modo que la obligación de pago no nace hasta que se produce la declaración de insolvencia, desde cuyo momento el trabajador tiene la posibilidad de ejercitar contra **FOGASA** las reclamaciones y acciones encaminadas al reconocimiento de sus derechos, de modo que es la fecha de la tal declaración judicial de insolvencia la que acarrea la responsabilidad sustitutoria del Fondo ", también añadíamos "una cosa es que la acción que se pueda dirigir contra el Fondo surja en el momento en que se produce la insolvencia de la empresa, principal obligada al pago, y otra bien distinta es determinar si existe realmente el crédito o el momento en que ha podido existir el título en el que se apoya la pretensión de abono frente al Fondo". **5.**- Finalmente, la STS/IV 26-julio-2006 (rcud 2843/2005) aborda un asunto prácticamente idéntico al anterior y reitera la doctrina expuesta

en relación con el momento en que ha de entenderse extinguida la relación laboral, a los efectos de imputar responsabilidad al **FOGASA** por los salarios de tramitación adeudados como consecuencia de un despido improcedente. El momento clave, a los efectos de determinar, en cada caso, la normativa aplicable, es aquél en el que se produce la extinción del contrato de trabajo; en el caso, el de la fecha del auto que puso fin al incidente de no readmisión tramitado después de que la sentencia de despido hubo ganado firmeza y, precisamente, en ejecución de lo ordenado en tal sentencia para otros trabajadores de la misma empresa. **6.-** Como hemos señalado en la STS/IV 18-enero-2018 (rcud 449/2017), el supuesto ahora enjuiciado, cuando se declara el **concurso** está en vigor la redacción del art. 33 ET (y preceptos concordantes) que establece un tope a sus prestaciones equivalente al triple del salario mínimo interprofesional (SMI), mientras que a la fecha de la declaración extintiva ya ha tenido lugar la modificación normativa por mor del RD Ley 20/2012.Y, con arreglo a la doctrina antes expuesta, "lo decisivo para determinar el momento en que ha de fijarse la regulación aplicable, salvo previsión legal expresa, radica en identificar el instante en que nace la obligación que acaba asumiendo el Fondo, en cuanto responsable legal subsidiario. De este modo, si la declaración del **concurso** (o la solicitud, como llegaba a plantear el recurso de suplicación entablado por el trabajador en nuestro caso) fuera la causa de que existieran prestaciones a cargo del ente público, a ello habría de estarse. Sin embargo, es claro que la declaración de **concurso** resulta algo bien distinto a la extinción de los contratos de trabajo. Basta recordar que la norma *"procura la conservación de las empresas o unidades productivas de bienes o servicios integradas en la masa, mediante su enajenación como un todo, salvo que resulte más conveniente a los intereses del **concurso** su división o la realización aislada de todos o alguno de sus elementos componentes, con preferencia a las soluciones que garanticen la continuidad de la empresa"* (Exposición de Motivos, VII), de modo que *"La declaración de **concurso** no interrumpirá la continuación de la actividad profesional o empresarial que viniera ejerciendo el deudor"* (art. 44.1). Por lo tanto, nada impide que los contratos de trabajo de la empresa declarada en **concurso** prosigan su desarrollo, lo que obviamente implica que ni se extinguen ni nace derecho indemnizatorio alguno a favor de los trabajadores. Para que entre en juego la responsabilidad del Fondo, no basta con que exista declaración de **concurso**, sino que debe mediar asimismo la extinción de los contratos. "Seguimos señalando que si no existe la falta de pago de salarios o de indemnización, el Fondo tampoco tiene obligación alguna ni el trabajador ningún derecho contra él, por mucho que la empresa esté en **concurso**. *"La fecha de declaración de **concurso** no puede determinar la aplicación de la norma vigente en materia de prestaciones del **FOGASA** ya que, en su caso, el derecho al cobro de indemnización por despido solo surge, en el momento en que se declara la extinción de su relación laboral con la empresa. A partir de ahí, no antes, es cuando debe responder el Fondo en la forma y con los límites establecidos en el art. 33 ET, de las obligaciones no satisfechas por aquella"* **7.-** Por tanto, el régimen jurídico de la responsabilidad legal del **FOGASA** impide imponerle una obligación de pago más allá de los supuestos tasados, dado su posición jurídica de fiador legal y, sobre todo, a la vista del momento en que nace la obligación que viene a asumir.**8.-** En consecuencia, debe mantenerse el mismo criterio seguido por la sentencia de contraste porque si cuando se declaró el **concurso** aún no se había producido la extinción de los contratos de trabajo que determinó los salarios de tramitación reclamados, en realidad no había nacido dicho derecho, ni frente a la empresa ni frente al Fondo. Dicha solución, como acaeció en otros supuestos, no solo es compatible, sino armónica con la acogida en aquéllos en que hemos señalado el momento de declaración del **concurso** como el relevante. Así, por ejemplo, en la STS/IV 12-febrero-2007 (rcud 3951/2005) se resuelve un supuesto en que el crédito salarial o la indemnización ya habían nacido cuando se declaró la insolvencia y por eso se sienta la regla general de que *"debe ser la fecha de la declaración de insolvencia, y no la del despido o acto extintivo de la relación de trabajo la determinante del momento en que nace para el trabajador la facultad*

de ejercer sus derechos frente al Fondo"; ello es así porque la declaración de insolvencia se produce en el procedimiento de ejecución (actual art. 276 LRJS). Como en ésa y otras ocasiones hemos advertido, "una cosa es que la acción que se pueda dirigir contra el Fondo surja en el momento en que se produce la insolvencia de la empresa, principal obligada al pago, y otra bien distinta es determinar si existe realmente el crédito o precisar el momento en que ha podido existir el título en el que se apoya la pretensión de abono frente al Fondo".

Partiendo de la doctrina expuesta, como a fecha del 2010 cuando insta el actor la ejecución de la Sentencia de despido, ya concurrían los presupuestos habilitantes para poder acceder a percibir las prestaciones de garantía salarial, pues se había producido la extinción de la relación laboral y había una declaración de concurso que la Sala ya ha manifestado en otras ocasiones es el momento en el que se constata su insolvencia y se inicia el proceso de saneamiento financiero, a la hora de fijar la legislación aplicable a las prestaciones de garantía salarial a percibir por el actor debe estarse a la vigente en esa fecha del 2010 y no a la fecha en la que en resolución del 2017 y tras la conclusión del concurso se declara por el Juzgado de lo Social la insolvencia de la empresa, pues tal insolvencia ya se había producido con la declaración de concurso. Si bien para que Fogasa deba abonar prestaciones de garantía salarial debe instruir el oportuno expediente administración para la comprobación de los créditos que es lo que señala la Sentencia del Tribunal Supremo citada en la Sentencia recurrida, y para ello es preciso una previa solicitud y notificación de los créditos, en este caso no se alega por Fogasa tal falta de solicitud y comprobación de los créditos sino que lo que se discute es la legislación aplicable a las prestaciones de garantía salarial solicitadas por el actor y como los presupuestos para el acceso a las mismas ya concurrían en el año 2010, es esa fecha la determinante para fijar los importes a abonar a Fogasa y no la vigente en el año 2017. Debemos por ello estimar el recurso formulado, y conforme a lo interesado declarar que el actor tiene derecho a que se le reconozcan por parte de la demandada las prestaciones de garantía salarial derivadas del despido en la empresa M.N. conforme a la legislación vigente a fecha 2010.

TERCERO.- De conformidad con lo dispuesto en el [artículo 235.1 LJS \(RCL 2011, 1845\)](#), en relación con el artículo 2.d) de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita, no procede la imposición de costas al gozar el recurrente del beneficio de Asistencia jurídica gratuita.

Por ello;

VISTOS los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

FALLAMOS

Que estimando el recurso de suplicación interpuesto por la representación procesal de D. R.R.A. contra la sentencia de fecha 10 de noviembre del 2017 dictada por el Juzgado de lo Social nº cuatro de los de Alicante, en autos número 134/2017 seguidos a instancias del recurrente contra el FONDO DE GARANTÍA SALARIAL sobre RECLAMACIÓN DE CANTIDAD, acordamos revocar la Sentencia de instancia y en su lugar estimamos la demanda y declaramos el derecho del actor a que se le reconozcan por la demandada las prestaciones de garantía salarial derivadas de su cese en la empresa M.N. SL con arreglo a la regulación vigente del artículo 33 ET a fecha del año 2010.

Sin costas.

2482

Sentencia núm. 1.786, de 14 de junio de 2019

Materia: Reclamación de cantidad: Derecho a indemnizaciones tras extinción de la relación laboral. Trabajador al servicio de ente demandado con categoría de graduado social, siéndole de aplicación el convenio colectivo de empresa. El actor realiza funciones con categoría superior. Abono de diferencias salariales. Error cálculo. Procedencia aplicación recurso de suplicación.

Juzgado: Estima en parte la demanda condenando solidariamente a la parte demandada a abonar al actor determinada cantidad en concepto de diferencia de indemnización, diferencia de vacaciones, diferencia de preaviso e intereses legales del resto conceptos.

Sala: Desestima el recurso en la medida que la parte recurrente plantea una cuestión fuera del ámbito de la suplicación, como es la subsanación de un error de cálculo. Confirma íntegramente la resolución recurrida.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. – 1. El presente recurso se estructura en un primer y único motivo en el que con amparo procesal en el apartado c se denuncia la infracción por aplicación indebida de lo dispuesto en los artículos 51 y 53 del ET en relación al acuerdo de 23 de marzo de 2014 que puso fin al periodo de consultas derivado del proceso de despido colectivo acometido por RTVV SAU. Entiende que se ha producido un error de cálculo numérico al aplicar los acuerdos de indemnización al no incluir en la indemnización los 6000 euros adicionales a los que se refiere el punto 2º del acuerdo.

2. Con carácter previo a la resolución del presente recurso, y atendidos los términos en los que este ha sido formulado, debemos recordar que tal y como viene sosteniendo esta Sala de forma reiterada entre otras en la sentencia de 11/06/2013 dictada en el recurso 3093/2012 es doctrina jurisprudencial consolidada contenida 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) sin que puedan plantearse en esta Sede cuestiones o reclamaciones distintas que no se hayan sustanciado en la instancia.

3. Aplicando la doctrina expuesta al caso que nos ocupa el recurso debe ser desestimado en la medida que la parte recurrente plantea una cuestión que queda fuera del ámbito de la suplicación como lo es la subsanación de un error de cálculo. Debemos comenzar aclarando que la sentencia recurrida no infringe ninguno de los preceptos citados, fijando las cantidades objeto de condena de acuerdo con los elementos circunstanciales debatidos en el acto del juicio y las pretensiones de la demanda, en segundo lugar y de tratarse tal como postula la recurrente de un simple error aritmético, tal cuestión debió plantearse con carácter previo al presente recurso por el cauce procesal adecuado que en ningún caso es el de la suplicación. La naturaleza extraordinaria y formal del presente recurso llevan necesariamente a la desestimación del mismo y a la confirmación de la sentencia recurrida. Sin perjuicio de que la parte inste la correspondiente aclaración de la sentencia en atención al error aritmético de cálculo alegado.

SEGUNDO. - Por todo lo razonado no procede sino la desestimación del recurso interpuesto sin imposición de las costas procesales conforme a las previsiones del artículo 235.1 LRJS.

Vistos los precedentes preceptos legales y los de general aplicación.

FALLO

Con desestimación del recurso de suplicación interpuesto por la representación procesal de DON A.E.P. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social 5 de los de Valencia de 3 de enero de 2019 y en consecuencia procedemos a CONFIRMAR ÍNTEGRAMENTE la resolución recurrida.

Sin costas.

2483

Sentencia núm. 1.800, de 18 de junio de 2019

Materia: Pensión de jubilación. Trabajador afiliado al RGSS que presta sus servicios para la empresa demandada con la categoría de analista primero de laboratorio. El demandante es despedido por causas objetivas reconociéndosele determinada indemnización. Al mismo tiempo, ejerce funciones de portero-acomodador en otra empresa, con contrato fijo discontinuo, habiendo terminado su relación laboral mediante despido disciplinario. El actor solicita pensión de jubilación anticipada la cual le es denegada por no derivarse el cese del trabajador de un despido objetivo. Diferenciación ocupación mayor y ocupación menor de actividad.

Juzgado: Desestima la demanda en reclamación de jubilación anticipada por causas ajenas a su voluntad, absolviendo al organismo demandado de las pretensiones deducidas en su contra, confirmando las resoluciones administrativas recurridas. No procede reconocer la jubilación anticipada del demandante.

Sala: Estima el recurso y revoca la sentencia de instancia. La segunda actividad que realiza el actor es de carácter menor por lo que debe tenerse en cuenta la principal para determinar si se tiene derecho a la jubilación anticipada por causas no imputables a este.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº. 12 de Valencia desestimó la demanda presentada por don I.V.R. sobre reconocimiento de la pensión de jubilación anticipada por causas no imputables al mismo, pronunciamiento frente al que se alza la parte actora en suplicación, al amparo del apartado c) del art. 193 de la LRJS. La recurrente denuncia la vulneración del apartado segundo de la DF 12^a de la Ley 27/2011 de 1 de agosto, con la redacción dada por el art. 8 del RD 5/2013 de 15 de marzo. Indica que la resolución del INSS impugnada, de 20-12-2016, deniega al actor la pensión solicitada porque no se ha producido el cese en el trabajo por causas objetivas ya que en la empresa S.E.E. S.A., fue cesado con efectos de 29-02-2012 por causas objetivas de índole económico, pero que también trabajó para el X. Club de Fútbol SA, mediante una relación que la recurrente califica menor, extinguiéndose esta última relación el 23-05-2014 por causa de despido disciplinario. La parte recurrente insiste en que el nexo que debe existir entre el cese de la empresa por causas objetivas y el acceso a la jubilación anticipada no se puede romper por la circunstancia de que tras el cese el trabajador mantenga otro empleo preexistente derivado de una situación anterior de pluriempleo, cuando el trabajo que subsiste es "residual" o "menor". Y además la norma no excluiría a los supuestos de relaciones laborales o altas en Seguridad Social previas al 1 de abril de 2013 y que se mantuvieran en dicha fecha.

Pues bien, debemos indicar que la Disposición Final 12 de la Ley 27/2011 de 1 de agosto con la redacción dada por el art. 8 del RD 5/2013 de 15 de marzo, dispone que: "Se seguirá aplicando la regulación de la pensión de jubilación, en sus diferentes modalidades, requisitos de acceso, condiciones y reglas de determinación de prestaciones, vigentes antes de la entrada en vigor de esta Ley, a las pensiones de jubilación que se causen antes de 1 de enero de 2019 en los siguientes supuestos", entre los que se halla el de: "las personas cuya relación laboral se haya extinguido antes del 1 de abril de 2013, siempre que con posterioridad a tal fecha no vuelvan a quedar incluidas en alguno de los regímenes de la Seguridad Social." Por su parte el

art. 161 bis de la LGSS de 1994 dispone que: "2. Se establecen dos modalidades de acceso a la jubilación anticipada, la que deriva del cese en el trabajo por causa no imputable al trabajador y la que deriva de la voluntad del interesado, para las cuales se exigen los siguientes requisitos: A) Respecto de la derivada del cese en el trabajo por causa no imputable a la libre voluntad del trabajador. (...) d) Que el cese en el trabajo se haya producido como consecuencia de una situación de reestructuración empresarial que impida la continuidad de la relación laboral. A estos efectos, las causas de extinción del contrato de trabajo que podrán dar derecho al acceso a esta modalidad de jubilación anticipada serán las siguientes: a. El despido colectivo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, conforme al artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores. b. El despido objetivo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, conforme al artículo 52.c) del Estatuto de los Trabajadores. (...)".

SEGUNDO.- En el caso de autos la controversia, de carácter estrictamente jurídico, se plantea porque el actor trabajó para la empresa S.E.E. S.A., desde 1979 y fue cesado con efectos de 29-02-2012 por causas objetivas de índole económico; ahora bien, hemos de tener en cuenta que el demandante también trabajó para el X. Club de Fútbol SA desde el 1-1-1989, extinguiéndose esta última relación el 23-05-2014 por causa de despido disciplinario.

Del inmodificado relato fáctico y en particular del hecho 4º resulta que el actor, "además ha venido trabajando para el X. Club de Fútbol C.F. S.A.D., desde el 1-01-1989 como fijo-discontinuo, con la categoría de portero acomodador, durante los días y horas en que el equipo X. Club de Fútbol disputaba algún partido en el Estadio de la Ciudad de X., generalmente cada dos semanas, según el calendario de la Liga Profesional, finalizando dicha relación el día 23-05-2014 en virtud de despido disciplinario, percibiendo una retribución según el número de días trabajados cada mes con un salario diario de 93,60 €. Las nóminas mensuales podían ser de 1 a 4 días al mes de trabajo".

De lo expuesto se desprende que la prestación laboral del demandante en el club deportivo era una ocupación menor, dado que su trabajo tenía lugar de 1 a 4 días al mes, cifra y parcialidad a todas luces poco significativa y relevante, por lo que entendemos que la existencia del citado trabajo no enerva el derecho a la jubilación anticipada del régimen transitorio, siendo intrascendente que el cese en el club deportivo lo fuera por un despido disciplinario, pues debemos estar a la relación laboral principal que era prestada para S.E.E. S.A., desde 1979, empresa en la cual se cesó por despido objetivo.

Por todo ello y sin necesidad de entrar en el segundo motivo de recurso, el mismo deberá ser estimado.

FALLO

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de D. I.V.R. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº. 12 de Valencia de fecha 6 de marzo de 2018; y, en consecuencia, con revocación de la sentencia recurrida, declaramos el derecho del actor a la pensión de jubilación en su modalidad anticipada con una base reguladora mensual de 2.125,90 €, aplicación del porcentaje del 76% sobre dicha base reguladora y efectos de 16-12-2016. Condenamos a la parte demandada INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL a estar y pasar por esta resolución, al abono de la prestación en tales términos y de los incrementos y atrasos generados.

Sin costas.

2484

Sentencia núm. 1.821, de 18 de junio de 2019

Materia: Reconocimiento de derecho. Carácter indefinido de la relación laboral. Conversión de los contratos de trabajo eventuales en indefinidos. Trabajadora que presta sus servicios en empresa pública de extinción de incendios como brigada jefa de emergencias. Determinación tipo de contratación. La demandante forma parte de listado de personal regulado en el convenio colectivo. Consideración de la trabajadora como fija discontinua. Procedencia.

Juzgado: Estima la demanda declarando que el contrato de trabajo que une a la demandante con la empresa demandada lo es por tiempo indefinido, con carácter fijo discontinuo.

Sala: Desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia. La contratación de la demandante es de personal fijo discontinuo, desestimándose la censura jurídica de la empresa pública recurrente.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Frente a la sentencia del Juzgado de lo Social nº Cuatro de los de Castellón de la Plana que declara la condición de la demandante de trabajadora indefinida fija-discontinua desde el 1 de junio de 2014 interpone recurso de suplicación la representación letrada de la Empresa de T.A., S.A. a través de dos motivos que se formulan al amparo del apartado c del art. 193 de la Ley de la Jurisdicción Social (LJS); habiendo sido impugnado de contrario, conforme se refirió en los antecedentes de hecho. En el primero se denuncia la infracción del artículo 16 del XVII Convenio Colectivo de T.A. S.A. en relación con la modificación introducida en dicho precepto a través del Anexo VII-Resolución de 13 de abril de 2011, de la Dirección de Trabajo, por la que se registra y publica el acta, en la que se acuerda la incorporación de un Anexo II al XVII CC de T.A.SA.- que se incorpora a la norma convencional.

Afirma la defensa del recurrente que dicho Anexo VII introduce una nueva modalidad de contratación que se corresponde con la figura de los contratos fijos discontinuos y que no es de aplicación al presente caso pues no se dan las premisas básicas determinadas en el mismo ya que ni las tareas que viene realizando el actor son estables de la mercantil ni son propias de la actividad empresarial y es que una cosa es que las tareas de prevención y extinción de incendios se hayan encargado para varios años consecutivos y otra que sea estable y habitual, existiendo la posibilidad de resolución unilateral del encargo en cualquier momento por parte de la Dirección General de Desarrollo Rural y Política Forestal.

Conforme al inalterado relato fáctico de la resolución recurrida interesa destacar que la demandante ha venido prestando servicios para T.A. SA en virtud de sucesivos contratos de obra o servicio determinado en las campañas de refuerzo estival de extinción de incendios los años 2014, 2015 y 2016 y desde el 1-1-2017 por medio de contrato de interinidad que se mantiene en la fecha de la sentencia de instancia (6-4-2018), ostentando la categoría profesional de Jefe de Unidad, en el puesto de trabajo de Servicio de Brigadas de Emergencia. Asimismo, prestó servicios mediante contrato de interinidad desde el 23-9-2014 al 3-2-2015 para sustituir a la trabajadora D.^a B.B.A., siendo la causa: sustituir a trabajadores/as excedentes por

cuidados de familiares, siendo la trabajadora que sustituye a la excedente, perceptora durante más de un año de prestaciones por desempleo.

A partir de los indicados datos se trata de dilucidar si los contratos celebrados entre las partes se ajustan a la modalidad temporal para obra o servicio determinado, como en él habían expresado las partes, o se trata una contratación indefinida para trabajos fijos discontinuos, teniendo en cuenta que se tratan de contratos celebrados por empresa pública para labores de prevención de incendios, trabajos cíclicos que son propios de las competencias de las Administraciones Públicas.

Sobre dicha cuestión ya se ha pronunciado el Tribunal Supremo, entre otras, en sentencia de 30 de abril de 2012, Recurso: 2153/2011, en la que precisamente se examina el supuesto de un trabajador que presta servicios como peón para la "EMPRESA PUBLICA DE SERVICIOS AGRARIOS GALEGOS, S.A.", en virtud de sucesivos contratos de obra o servicio determinado, cuyo objeto es: "encomienda de gestión para el Servicio de Brigadas de Prevención, Vigilancia y Defensa contra Incendios Forestales" para cada uno de los años en que se suscribieron y en dicha sentencia se dice que *"La solución jurídicamente correcta es la contenida en la sentencia de contraste, como es dable deducir de la reciente jurisprudencia unificada relativa, con carácter general, a la contratación fija discontinua, incluso cuando las empleadoras son Administraciones públicas para cubrir las necesidades de trabajo originadas para poder cumplir con sus obligaciones de efectuar determinadas actuaciones que están dentro de sus ordinarias y permanentes competencias. Así lo ha resuelto ya esta Sala en múltiples sentencias como las de 19-enero-2010 (rcud. 1526/09), 3-febrero-2010 (rcud. 1710/09), 3-marzo-2010 (rcud 1527/2009), 11-marzo-2010 (rcud 4084/2008), 25-marzo-2010 (rcud 826/2009), 13-mayo-2010 (rcud 4235/2009), 17-mayo-2010 (rcud 3740/2009), 4-noviembre-2010 (rcud 160/2010), 30-noviembre-2010 (rcud 1103/2010), 22-febrero-2011 (rcud 2498/2010), dictadas en supuestos iguales al de autos, lo que ha supuesto apartarse de forma clara de la doctrina contenida en nuestras sentencias de 6 de octubre de 2006, 6 de marzo y 3 de abril de 2007. Esa decisión se ha fundado en los siguientes argumentos:*

" 3.- Esta Sala, entre otras, en su STS/IV 1-octubre-2001 (rcud 2332/2000), como recuerda la ulterior STS/IV 12-diciembre-2008 (rcud 775/2007), establece en que la diferencia entre un trabajador eventual y un indefinido discontinuo radica precisamente en que, mientras el trabajo eventual está justificado cuando "la necesidad de trabajo es, en principio, imprevisible y queda fuera de cualquier ciclo de reiteración regular", la de indefinido discontinuo se produce " cuando, con independencia de la continuidad de la actividad de la empresa, se produce una necesidad de trabajo de carácter intermitente o cíclico, es decir, en intervalos temporales separados pero reiterados en el tiempo y dotados de una cierta homogeneidad". Argumenta, en el caso por aquélla enjuiciado, que "El contrato de la actora no está amparado por la causa b) del art. 15.1 del ET y ello es así por dos razones. La primera consiste en que no se ha acreditado la concurrencia de ninguna necesidad extraordinaria de trabajo que pueda justificar la contratación realizada, que sólo de manera genérica se menciona por remisión al tipo legal en los contratos celebrados ... La segunda razón viene dada por la reiteración de la contratación realizada. En este sentido hay que tener en cuenta que, de acuerdo con la doctrina de la Sala, existe un contrato fijo de carácter discontinuo «cuando, con independencia de la continuidad de la actividad de la empresa, se produce una necesidad de trabajo de carácter intermitente o cíclico, es decir, en intervalos temporales separados pero reiterados en el tiempo y dotados de una cierta homogeneidad», mientras que el contrato de eventualidad sólo está justificado cuando «la necesidad de trabajo es, en principio, imprevisible y queda fuera de

cualquier ciclo de reiteración regular» (sentencias de 27-septiembre-1988 , 26-mayo-1997 , 25-febrero-1998).".

4.- Igualmente esta Sala en STS/IV 30-mayo-2007 (recurso 5315/2005), siguiendo una consolidada doctrina, parte de que la condición de trabajador fijo discontinuo responde a las necesidades normales y permanentes de la empresa que se presentan por lo regular de forma cíclica o periódica, reiterándose esa necesidad en el tiempo, aunque lo sea por períodos limitados. Razonando que "La sentencia de 5-julio-1999 (rcud 2958/1998) al resolver acerca de la verdadera naturaleza de la contratación de quienes fueron dedicados a la cíclica tarea encuestadora, se pronuncia en los siguientes términos: 2. Los criterios de delimitación entre el trabajo eventual y el fijo discontinuo han sido ya concretados por esta Sala. La sentencia de 26-5-97, entre otras, señala que cuando el conflicto consiste en determinar si la necesidad de trabajo puede atenderse mediante un contrato temporal, eventual o de obra, o debe serlo mediante un contrato indefinido de carácter discontinuo lo que prima es la reiteración de esa necesidad en el tiempo, aunque lo sea por periodos limitados. Será posible pues la contratación temporal, ya sea eventual o por obra o servicio determinado, cuando esta se realice para atender a circunstancias excepcionales u ocasionales, es decir cuando la necesidad de trabajo es, en principio, imprevisible y queda fuera de cualquier ciclo de reiteración regular. Por el contrario, existe un contrato fijo de carácter discontinuo cuando se produce una necesidad de trabajo de carácter intermitente o cíclico, o lo que es igual, en intervalos temporales separados pero reiterados en el tiempo y dotados de una cierta homogeneidad". Añadiendo que "la de 25-3-98 ha recordado que la condición de trabajador fijo discontinuo configurada hoy como modalidad de contratación a tiempo parcial, a tenor de lo dispuesto en el art. 12.3 ET de 1995 - responde a las necesidades normales y permanentes de la empresa - de ahí la condición de fijeza - que se presentan por lo regular de forma cíclica o periódica, y que no alcanzan la totalidad de la jornada anual".

5.- Del mismo modo, en cuanto al contrato para obra o servicio determinados, los requisitos para la validez han sido ya delimitados por esta Sala en la STS/IV 21-enero-2009 (rcud 1627/2008), con doctrina seguida por la STS/IV 14-julio-2009 (rcud 2811/2008), que recordando, entre otras, la STS/IV 10-octubre-2005 (rcud 2775/2004), en la que con cita de la STS/IV 11-mayo- 2005 (rcud 4162/2003), se razona que la doctrina es aplicable tanto para las empresas privadas como para las públicas e incluso para las propias Administraciones Públicas, señalando que "son requisitos para la validez del contrato de obra o servicio determinado, que aparece disciplinado en los arts. 15.1.a) ET y 2 Real Decreto 2720/1998 de 18-diciembre que lo desarrolla (BOE 8-1-1999) ... los siguientes: a) que la obra o servicio que constituya su objeto, presente autonomía y sustantividad propia dentro de lo que es la actividad laboral de la empresa; b) que su ejecución, aunque limitada en el tiempo, sea en principio de duración incierta; c) que se especifique e identifique en el contrato, con precisión y claridad, la obra o el servicio que constituye su objeto; y c) que en el desarrollo de la relación laboral, el trabajador sea normalmente ocupado en la ejecución de aquella o en el cumplimiento de éste y no en tareas distintas.- Esta Sala se ha pronunciado repetidamente sobre la necesidad de que concurren conjuntamente todos requisitos enumerados, para que la contratación temporal por obra o servicio determinado pueda considerarse ajustada a derecho" y "que esta Sala ha considerado siempre decisivo que quedara acreditada la causa de la temporalidad".

6.- La referida doctrina unificada, delimitadora de una u otra modalidad de contratación laboral, se mantiene en los supuestos en los que la Comunidad Autónoma recurrente mantenía que estaba justificada la causa de temporalidad del contrato, afirmando que el servicio contratado presentaba autonomía y sustantividad propia dentro de la actividad de la empresa por la peculiaridad

existente de cada uno de los convenios, dependiente de su condicionante presupuestario y del específico convenio a que atendiera, tenía una duración incierta, ya que la aportación económica que efectuaba, en esos casos, el Departamento de Trabajo al de Educación, con cargo a una determinada partida presupuestaria tenía cuantía variable y vigencia de un año en algunos casos y de dos en otros. Pero se argumentaba, en esencia, entre otras, en las SSTs/IV 8-febrero-2007 (rcud 2501/2005), 21-enero-2009 (rcud 1627/2008), 14-julio-2009 (rcud 2811/2008) y 15-septiembre-2009 (rcud 4303/200), a propósito de la vinculación de la duración del contrato con la de una subvención, que "en todo caso, de la existencia de una subvención, no se deriva que la contratación deba ser necesariamente temporal, como lo corrobora la Ley 12/2001, de 9 de julio, que ha introducido un nuevo apartado en el art. 52 ET, que autoriza la extinción del contrato por causas objetivas. En el caso de contratos por tiempo indefinido concertados directamente por las Administraciones públicas o por entidades sin ánimo de lucro para la ejecución de planes o programas públicos determinados, sin dotación económica estable y financiados mediante consignaciones presupuestarias o extrapresupuestarias anuales consecuencia de ingresos externos de carácter finalista, por la insuficiencia de la correspondiente consignación para el mantenimiento del contrato de trabajo de que se trate ". Razonando asimismo que "del carácter anual del Plan, no puede deducirse la temporalidad de la obra o servicio que aquel subvenciona, pues se trata de una concreción temporal que afecta exclusivamente a las subvenciones, no a los servicios básicos que las mismas financian".

TERCERO.- 1.- La expuesta doctrina general sobre la distinción entre el contrato de obra o servicio determinado y el de fijo discontinuo, se ha aplicado igualmente y de forma específica a las actividades de extinción y prevención de incendios laborales efectuadas durante la época estival a cargo de las Administraciones Públicas a partir de la STS/IV 14-marzo-2003 (rco 78/2002), en recurso de casación ordinaria siendo la empleadora la Generalitat de Catalunya, argumentándose que "La naturaleza de las funciones a desempeñar por los peones a los que se contrata para la detección, localización y comunicación de columnas de humo o incendios forestales en época estival no puede calificarse como algo que razonablemente pueda proveerse de manera puntual. La ubicación geográfica y condiciones climáticas hacen que el riesgo de incendio se incorpore lamentablemente al núcleo de supuestos que da origen a actividades necesarias y permanentes, pues no de otra forma se concibe la detección y reconocimiento de posibles focos, de manera estable, sin perjuicio de que dependiendo en cada ejercicio de la magnitud del evento dañoso o de las peculiaridades que presenta cada estación como la que deriva de una más acentuada sequía, se acuda a otras formas temporales de contratación para refuerzo de quienes de manera permanente asumen las tareas de control".

La aplicación de la doctrina expuesta al presente caso conlleva la estimación de la demanda a fin de declarar que la demandante tiene una relación fija discontinua, tal y como ha resuelto la sentencia de instancia lo que determina la desestimación de la censura jurídica deducida por la recurrente.

SEGUNDO.- En el siguiente motivo se denuncia la infracción por inaplicación del art. 23.1 y 23.2 de la Ley 3/2017, de 27 de junio de P.G.E., en relación con el artículo 18.2 del mismo texto legal.

Alega el Abogado del Estado que T.A. SA está encuadrada dentro del Sector Público Empresarial como sociedad mercantil estatal y como tal está sometida a la Ley de Presupuestos que impide la contratación de personal en sociedades mercantiles públicas, así como incrementar la masa salarial del personal laboral del sector público, hechos unidos al reconocimiento de indefinido.

Conforme se desprende de la disposición adicional décimo quinta de la Ley 3/2017 de 27 de junio, *“Las sociedades mercantiles públicas y las entidades públicas empresariales a que se refiere el artículo 18 apartado Uno de esta Ley podrán proceder a la contratación de nuevo personal con las limitaciones y requisitos establecidos en la presente disposición.”*

A continuación, señala que las sociedades mercantiles públicas podrán realizar contratos indefinidos conforme a determinados porcentajes de la tasa de reposición, porcentajes que se fijan según el tipo de sociedad mercantil pública y los beneficios que se hayan podido obtener. Ahora bien, el relato fáctico de la sentencia de instancia cuya modificación ni siquiera se ha intentado por la parte recurrente, no recoge dato alguno del que pueda deducirse que la declaración de indefinido no fijo de la actora, conlleve la superación del porcentaje de la tasa de reposición establecida en la indicada Disposición Adicional, porcentaje que por otra parte tampoco ha sabido concretar la parte recurrente, pese a que a la misma le correspondía acreditar dicha circunstancia. Y lo mismo cabe decir, respecto al incremento de la masa salarial que también se aduce para oponerse a la declaración de indefinido no fijo de la demandante. No consta dato alguno en la sentencia de instancia del que se desprenda que la indicada declaración repercuta en un incremento de la masa salarial, tal y como aduce la defensa de la demandada que es a la que correspondería acreditar dicho hecho impeditivo de la pretensión ejercitada.

Por último, se alega por la recurrente que el apartado dos de la Disposición Adicional Décima Quinta de la Ley 3/2017, de 27 de junio, exige para la contratación indefinida de personal informe favorable del Ministerio de Hacienda y Función Pública, a través de las Secretarías de Estado de Presupuestos y Gastos y de Función Pública por lo que la condena en caso de producirse debe pasar por exigir T.A. SA las autorizaciones ministeriales requeridas por la indicada norma. Tampoco esta censura puede prosperar porque lo cierto es que la contratación de la demandante es la de trabajadora fija discontinua, aunque se haya articulado incorrectamente a través de múltiples contratos temporales, sin que pueda oponerse a dicha conclusión la ausencia del informe favorable aducido por la defensa de la recurrente, pues no estamos ante una contratación indefinida “ex novo” sino ante la calificación como fija discontinua de una contratación laboral ya existente. Las consideraciones jurídicas anteriores conllevan la desestimación del recurso y la confirmación de la resolución recurrida.

TERCERO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 204 LJS, se acuerda la pérdida de las consignaciones o, en su caso, el mantenimiento de los aseguramientos prestados hasta que se cumpla la sentencia o se resuelva la realización de los mismos, así como la pérdida de la cantidad objeto del depósito constituido para recurrir.

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

FALLO

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de Empresa de Transformación Agraria, S.A. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº Cuatro de los de Castellón de la Plana y su provincia, de fecha 6 de abril de 2018, en virtud de demanda presentada a instancia D.ª M.M.F.M. contra la recurrente; y, en consecuencia, confirmamos la sentencia recurrida.

2485

Sentencia núm. 1.854, de 19 de junio de 2019

Materia: Despido con vulneración de los derechos fundamentales.

Juzgado: Estima parcialmente la demanda y declara la improcedencia del despido condenando a la parte demandada al abono de la indemnización correspondiente al haber optado por ésta la parte demandada.

Sala: Estima el recurso de la parte demandante y declara la nulidad del despido, obligando a la parte demandada a readmitir al trabajador.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se recurre por el letrado designado por don J.M.M.G., la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 5 de Alicante que estimando parcialmente su demanda, declaró la improcedencia del despido de fecha 24 de mayo de 2016 y la extinción de la relación laboral, y condenó al Instituto X a abonarle la cantidad de 34.796'99 euros en concepto de indemnización, previo descuento de lo percibido por tal concepto cuando se le comunicó la extinción del contrato temporal, y de 221'18 euros más el 10% de interés por mora.

SEGUNDO.- 1. El recurso cuenta con un primer motivo en el que se solicita que se declare la nulidad de la sentencia por estimar infringidos los artículos 97.2, 80 y 104 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS), en relación con el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) y 24 de la Constitución Española. Considera el recurrente que procede la anulación de la sentencia por insuficiencia de hechos probados y se queja de que la sentencia declare en el párrafo segundo de su hecho probado primero, que el actor no es "representante de los trabajadores al no venir declarado como tal en la sentencia de instancia y no constar aclaración o complemento ante el mismo órgano unipersonal o ante el TSJ CV vía recurso de suplicación". Se trata de una remisión que se hace a una sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 1 de Alicante en un procedimiento seguido entre las mismas partes en el que el Sr. Merino solicitaba que se le reconociera la condición de "personal laboral indefinido y fijo la plantilla".

2. La doctrina jurisprudencial sobre la nulidad de sentencia por insuficiencia de hechos probados, se extrae directamente de la STS de 22 de octubre de 1991 de unificación de doctrina, y puede resumirse en los siguientes puntos: "...1) la sentencia debe reflejar todos los hechos del debate procesal para la decisión del juez a quo y para la eventual solución del recurso (STS 19-12-89, entre otras muchas); 2) En aplicación del art. 238-2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, las omisiones del relato fáctico intrascendentes en la solución del caso, y que no causen indefensión, carecen de virtualidad anulatoria (STS del 21-5-1986, entre otras); 3) Las irregularidades formales o de redacción en la versión judicial de los hechos, como la indicación en la fundamentación jurídica de los que se estimen probados, o de las remisiones a documentos obrantes en autos, no tienen tampoco en sí mismas fuerza invalidante de la resolución judicial (SS. 21-2-1989, de 17-10-1989 y de 9-12-1989, entre otras); 4) la anulación de la sentencia por insuficiencia de hechos probados sólo es posible como última ratio, para el caso de que las omisiones en que haya incurrido la decisión judicial no pueda subsanarse por una u otra vía (STS de 17-10-1989). Esta doctrina jurisprudencial puede trasplantarse sin dificultad a la actual situación normativa...", y así ha venido realizándose por esta Sala en numerosas resoluciones (SSTSJCV 25 mayo 2000, núm. 2231, 18 mayo 2000, núm. 2141; 21 julio,

2000, núm. 3315, 27 de septiembre 2001, núm. 5107 y 4 mayo 2005).

Y en su aplicación al caso concreto, la doctrina citada obliga a rechazar la causa de nulidad planteada, pues lo que realmente es objeto de crítica por la recurrente es el relato fáctico al que llega la resolución recurrida. En efecto, no cabe duda alguna que la sentencia declara expresamente los hechos que estima probados, haciendo referencia en los fundamentos de derecho a los razonamientos que han llevado al juez a estas conclusiones. La disconformidad del recurrente con el relato fáctico de la sentencia podrá dar lugar a la revisión de los hechos probados, pero no a su nulidad.

TERCERO.- 1. Tanto la defensa del Sr. M. como el Instituto demandado solicitan la revisión del relato de hechos probados que contiene la sentencia recurrida. Lo que pretende el recurrente, por el cauce establecido en el apartado b) del artículo 193 LRJS, es que se dé una nueva redacción al hecho probado primero de la sentencia para que se añada el siguiente texto:

"En fecha 19 de noviembre de 2014, el demandante presentó reclamación previa a la vía judicial frente a I. reclamando la regularización de su relación laboral al considerar el demandante que había de ser calificada de INDEFINIDO de la plantilla del personal laboral de I., no recibiendo respuesta alguna del citado Organismo. Y en fecha 22 de enero de 2015 el actor formuló demanda ante el Juzgado de lo Social de Alicante, que motivó la tramitación de los autos nº 67/2015 ante el Juzgado de lo Social Nº 1 de Alicante, celebrándose el juicio el día 13 de noviembre de 2015 (...) siendo el actor representante de los trabajadores".

La primera parte del texto, referida a la presentación de la reclamación previa y de la demanda, se desprende sin ningún género de duda de los folios 303 vuelto a 311 vuelto de los autos, por lo que procede su incorporación al hecho probado primero en los términos propuestos.

La condición de representante de los trabajadores la trata de acreditar el demandante con los documentos 7 y 8 de su ramo de prueba (folios 449 a 452). Lo que resulta de esos documentos, y es lo que se puede incorporar al relato de hechos de la sentencia, es que don J.M.M. fue elegido delegado de personal en las elecciones sindicales celebradas en I. el 27 de julio de 2007, y que en tal condición fue convocado por Comisiones Obreras a unas jornadas formativas de personal de la Administración local celebradas el 16 de febrero de 2016.

Si a la vista de estas circunstancias el Sr. M. seguía conservando la condición de representante de los trabajadores y las garantías anejas a esa condición, es una cuestión jurídica que, como tal, deberá ser objeto de tratamiento, en su caso, por el cauce establecido en el apartado c) del artículo 193 LRJS.

2. En el apartado IV del escrito de impugnación del recurso y al amparo del artículo 197 LRJS, también se solicita por la defensa de I. que se modifiquen los hechos probados de la sentencia en doble sentido:

a) Que se añada al hecho probado cuarto el siguiente texto: "D. J.M.M.G. ha trabajado como personal laboral en el Proyecto T'AVALEM RACÓ DE LOIX desde el día 1 de junio de 2017 al 31 de mayo de 2018, percibiendo una retribución bruta de 26.427'17 euros".

Petición a la que se accede pues así resulta del oficio remitido por la Concejalía de Recursos Humanos del Ayuntamiento de B. que obra al folio 390 de las actuaciones. Hecho que puede ser relevante para el cálculo de los salarios de tramitación que vendría obligado a abonar el Instituto demandado en caso de que

fuera condenado a la readmisión del trabajador y al consiguiente abono de tales salarios.

b) En relación con el hecho probado quinto se interesan dos modificaciones: Que se deje constancia de que el demandante no compareció en el despacho de la Secretaria Delegada de I. el día fijado para que tuviera conocimiento del expediente administrativo, sino que lo hizo el 28 de octubre en que obtuvo una copia de todos los documentos. Petición que se rechaza pues el hecho que se pretende introducir es irrelevante para calificar el cese del demandante.

Tampoco admitimos la petición de que se suprima el último párrafo de este hecho probado quinto, no solo porque esta modificación también carecería de trascendencia a los efectos del enjuiciamiento del presente procedimiento, sino también porque lo reflejado en ese hecho es fiel resumen de la respuesta del Síndic de Greuges a la reclamación del demandante.

CUARTO.- 1. En el motivo tercero del recurso se denuncia la infracción del artículo 4.2 g) Estatuto de los Trabajadores (en adelante ET), en relación con el artículo 24 de la Constitución, por considerar que con su despido I. ha vulnerado su derecho constitucional a la tutela judicial efectiva en su vertiente de garantía de indemnidad, a efectos de lo cual señala una serie de indicios que llevarían a tal conclusión.

2. De acuerdo con una consolidada doctrina constitucional, la garantía de indemnidad es una de las manifestaciones del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva (ex art. 24 CE), y: "en el campo de las relaciones laborales la garantía de indemnidad se traduce en la imposibilidad de adoptar medidas intencionales de represalia derivadas del ejercicio por el trabajador de la tutela de sus derechos (por ejemplo, SSTC 14/1993, de 18 de enero, FJ 2, y 3/2006, de 16 de enero, FJ 2), de suerte que una actuación empresarial que cause un perjuicio y esté motivada por el hecho de haber ejercitado una acción judicial tendente al reconocimiento de unos derechos de los que el trabajador se creía asistido (en el sentido amplio anteriormente indicado) debe ser calificada como radicalmente nula, por contraria a ese derecho fundamental, ya que entre los derechos laborales básicos de todo trabajador se encuentra el de ejercitar las acciones derivadas de su contrato de trabajo [art. 24.1 CE y art. 4.2 g) de la Ley del estatuto de los trabajadores]."

Y por lo que respecta a la carga probatoria la doctrina constitucional señala lo siguiente: "el deber de aportación de un indicio razonable de que el acto empresarial lesiona el derecho fundamental, principio de prueba o prueba verosímil dirigido a poner de manifiesto lo que se denuncia y que, como es obvio, incumbe al trabajador denunciante. El indicio no consiste en la mera alegación de la vulneración constitucional, ni tampoco en la invocación retórica del factor protegido, sino que debe permitir deducir la posibilidad de la lesión con base en un hecho o conjunto de hechos aportados y probados en el proceso. Sólo una vez cumplido este primer e inexcusable deber, recaerá sobre la parte demandada la carga de probar que su actuación tuvo causas reales absolutamente extrañas a la pretendida vulneración. En otro caso, la ausencia de prueba empresarial trasciende el ámbito puramente procesal y determina, en última instancia, que los indicios aportados por el demandante desplieguen toda su operatividad para declarar la lesión del derecho fundamental concernido" (por todas, STC 104/2014, de 23 de junio, FJ 7).

3. En el supuesto que ahora se enjuicia, existe una clara vinculación entre las acciones promovidas por don J.M.M. para que se le reconocieran sus derechos laborales y el cese acordado por el Instituto demandado, que ha sido calificado como improcedente por la sentencia recurrida. En efecto, según consta en los hechos probados, con la modificación introducida en el ordinal primero a instancia del

recurrente, el 19 de novembre de 2014 el Sr. M. presentó ante I. una reclamación previa a la vía judicial para que procediera a regularizar su relación laboral y se le considerara "personal laboral indefinido de la plantilla". Y ante la falta de respuesta a esta reclamación, el 22 de enero de 2015 se formuló demanda con el mismo objeto que recayó en el Juzgado de lo Social núm.1 de Alicante, celebrándose el juicio el 13 de noviembre de 2015. En esta situación, el 24 de mayo de 2016 y antes de que el Juzgado de lo Social dictara sentencia, I. comunicó al Sr. M. su cese por finalización del contrato de obra suscrito en el año 2005.

A la vista de estos hechos concluimos que el demandante cumplió con la carga que le incumbe de aportar los indicios de la actuación discriminatoria por parte de la demandada, pues habiendo iniciado su relación laboral en el año 2005 resulta que su cese se produce, precisamente, a los pocos meses de celebrarse el juicio en que pretendía que se le reconociera la condición de trabajador indefinido o fijo de plantilla, como finalmente así ocurrió, y cuando el dictado de la sentencia se preveía inminente.

4. Dice la resolución recurrida, que no se puede apreciar que la actuación de I. fuera discriminatoria porque desde el año 2010 en que se produjo la aprobación definitiva de su plantilla, el puesto que ocupaba el actor tenía la observación de "a extinguir por finalización del servicio", lo que se reiteró en los años 2015 y 2016. Pero lo bien cierto es que esa extinción no se produjo en el año 2010 ni en las siguientes anualidades, sino solo cuando el Sr. M. reclamó para que le fueran reconocidos sus derechos laborales, lo que así hizo la sentencia del Juzgado de lo Social núm.1 de Alicante que declaró fraudulenta su contratación temporal en pronunciamiento confirmado por la sentencia de esta Sala de lo Social de 30 de noviembre de 2017 (rs 508/2017) que calificó su relación como indefinida no fija.

Por lo tanto, el panorama discriminatorio aparece con toda claridad, sin que I. haya podido acreditar que su decisión de extinguir el contrato de trabajo del Sr. M. obedeciera a causas reales absolutamente extrañas a la pretendida vulneración. De hecho, la propia sentencia de instancia declara la improcedencia del despido del Sr. M., sin que este pronunciamiento haya sido impugnado por I. De modo que, si ya de partida se reconoce lo improcedente del cese, difícilmente se puede probar que tuvo una causa legítima o absolutamente extraña a la reclamación formulada por el demandante. Y en todo caso, conviene recordar, que la garantía de indemnidad también se puede vulnerar por omisión cuando, como ocurre en este caso, se decide no prorrogar una situación que se había mantenido inalterada desde más de diez años antes. En este sentido se pronuncia la STS de 4 de marzo de 2013 (rcud. 928/2012) en la que se analiza la vulneración de la garantía de indemnidad por no renovación de la contratación temporal que vinculaba al trabajador con un Ayuntamiento, en la que se dice lo siguiente: "Significa lo anterior que en el caso de autos está perfectamente acreditado el indicio de represalia que justifica la pretendida garantía de indemnidad, porque no solamente consta que el cese -por no renovación- se hace como respuesta inmediata a una reclamación en cuanto a la naturaleza jurídica -indefinida- del vínculo que unía a ambas partes, sino que también se hace con toda la apariencia de estar plenamente justificada la pretensión, al estar viados y presentarse privados de eficacia los dos contratos temporales suscritos".

O la de 18 de marzo de 2016 (rcud 1447/2014) en la que lo que se debatía era "si ha existido vulneración de la garantía de indemnidad, en un supuesto de contratación temporal de trabajador con prestación de servicios efectuada tras suscribir diversos contratos administrativos, que es dado de baja en la Seguridad Social, al poco tiempo de haber comunicado a la Administración pública empleadora que si se procedía a extinguir la relación laboral se impugnaría como despido nulo por vulneración de derechos fundamentales o subsidiariamente

improcedente". Y aunque aquí el cese se produjo antes del vencimiento del plazo pactado en el contrato, los argumentos que emplea el Tribunal Supremo para declarar la nulidad del despido son trasladables al presente supuesto. Se argumenta que: "lo cierto es que tras la comunicación- reclamación del trabajador, se limitó a darle de baja en la Seguridad Social, ante de la expiración del contrato, sin ofrecer dato alguna en sentido positivo, como sería combatir la extinción antes de tiempo del vínculo contractual mediante la oportuna prueba que la justificase, o que existiese completa desconexión temporal entre el ejercicio por el trabajador de la acción reclamando, en definitiva, la declaración de relación laboral indefinida y el cese acordado por la Administración empleadora, limitándose a insistir en la legalidad de la contratación administrativa -frente al reiterado criterio judicial contrario sentado en los contratos anteriores; y aun cuando no conste la existencia de una amenaza externa expresa, es claro que ante los hechos declarados probados -que tienen su propio lenguaje-, la demandada debería haber acreditado, conforme a la doctrina jurisprudencial expuesta " la razonabilidad y proporcionalidad de la medida adoptada y su carácter absolutamente ajeno a todo propósito atentatorio de derechos fundamentales ", lo que en modo alguno ha llevado a cabo."

5. En definitiva, debemos concluir que I. no ha acreditado que su decisión de cesar al Sr. M. esté desvinculada de la reclamación previa y posterior demanda presentadas pocos meses antes de su cese, por lo que procede estimar el motivo segundo del recurso y declarar la nulidad de su despido por vulneración de la garantía de indemnidad de conformidad con lo establecido en el artículo 55.5 ET. Por lo que procede condenar a I. a la readmisión del Sr. M. en su puesto de trabajo con abono de los salarios previo descuento de lo percibido en otro empleo (ex art. 55.6 ET y 113 LRJS).

6. La estimación del motivo tercero del recurso hace innecesario entrar en el examen del motivo cuarto que está formulado con carácter subsidiario del anterior para que el caso de que se confirmara la declaración de improcedencia del despido.

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

FALLO

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de DON J.M.M.G. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 5 de Alicante de fecha 25 de febrero de 2019 (autos 446/2016) en virtud de demanda presentada a su instancia contra el INSTITUTO X.; y, en consecuencia, declaramos la nulidad del despido de fecha 24 de mayo de 2016 y condenamos a la demandada a que readmita a Don J.M.M.G. en su puesto de trabajo y le abone los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta que la readmisión tenga lugar a razón de 82,02 euros diarios con descuento de lo percibido en otro empleo.

Sin costas.

2486

Sentencia núm. 1.911, de 27 de junio de 2019

Materia: Declaración de invalidez. Trabajador afiliado al RGSS que presta sus servicios como operario en empresa de alimentación. Declaración de invalidez. El actor sufre cuadros de migrañas que le impiden realizar su actividad laboral. Déficit funcional resultante que le incapacita para el ejercicio de su profesión habitual.

Juzgado: Estima la demanda y declara a la parte actora afecta de una incapacidad permanente absoluta para todo trabajo derivada de enfermedad común.

Sala: Estima parcialmente el recurso y declara al actor en situación de invalidez permanente total derivada de enfermedad común. No procede la incapacidad absoluta pues las lesiones que padece el trabajador no le impiden realizar otro tipo de actividad.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- 1. Frente a la sentencia de instancia, y su auto de aclaración, que estimó la demanda presentada en materia de incapacidad permanente absoluta, se interpone por el Letrado de la Administración de la Seguridad Social, en representación del Instituto Nacional de la Seguridad Social, recurso de suplicación.

El recurso se articula en un único motivo redactado al amparo de la letra c) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, denunciando la infracción del art. 194.5 de la Ley General de la Seguridad Social. Sostiene la entidad gestora que para que las dolencias que padece la parte actora y las limitaciones que de ellas derivan no le incapacitan para el ejercicio de toda profesión, no presenta déficit funcional relevante, solicitando se absuelva al demandado de los pedimentos de la demanda.

2. Dispone el artículo 193 de la LGSS que "la incapacidad permanente 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 presumiblemente definitivas, que disminuyan o anulen su capacidad laboral".

El art. 194.5 de dicho texto legal señala: "Se entenderá por incapacidad permanente absoluta para todo trabajo la que inhabilite por completo al trabajador para toda profesión u oficio". Y, el art. 194.4 indica: "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".

De la declaración de hechos probados que contiene la sentencia de instancia, se desprende que en la parte actora no concurrían las condiciones exigidas por los mencionados preceptos para ser acreedor de una incapacidad permanente absoluta, pues las limitaciones que presenta no le incapacitan para el desempeño de aquellas profesiones que siendo livianas y sedentarias, no conllevan la realización de esfuerzos ni riesgo. Y ello es así, porque el demandante, tal como se declara probado en la sentencia, padece limitaciones orgánicas y funcionales consistentes en cefalea diaria de intensidad tolerable con 3-4 agudizaciones semanales que le obligan a

tumbarse en la cama, exploración clínica neurológica actual dentro de la normalidad. Evolución crónica con persistencia de cefalea. Limitación para tareas de riesgo para sí mismo o para terceros. Lo que sí supone una incapacidad para el desempeño de las tareas fundamentales de su profesión habitual de operario en empresa de alimentación cárnica, que conlleva la manipulación de cargas y la exposición a estrés térmico, lo que implica un riesgo para el actor, procediendo la estimación parcial del recurso, en el sentido de declarar al actor afecto de IP Total.

FALLO

Estimamos en parte el recurso de suplicación interpuesto en nombre del INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº. 2 de los de Elche, de fecha 13-febrero-2018; y, en consecuencia, revocamos la sentencia recurrida, y estimando la petición subsidiaria de la demanda instada por D. S.L.G.B., declaramos que la parte actora se encuentra en situación de invalidez permanente, grado de total con origen en enfermedad común, y en consecuencia condenamos a la Entidad demandada a que le reconozca y abone una pensión vitalicia y mensual en cuantía del 55 por ciento de su salario base regulador de 1.116,27 euros, con más los incrementos legales correspondientes, y con efectos desde el día 18-11-2016.

2487

Sentencia núm. 1.915, de 27 de junio de 2019

Materia: Reconocimiento de derecho: Vacaciones y días de asuntos propios
Trabajador al servicio de ente ferroviario con categoría profesional de maquinista jefe de tren. El actor es despedido habiéndose decretado nulo el despido por lo que es reingresado a su puesto de trabajo. El actor reclama el disfrute de determinados días de vacaciones y días de asuntos propios no disfrutados durante el periodo que tuvo lugar entre el despido y el día de su efectiva readmisión a su puesto de trabajo.

Juzgado: Desestima la demanda declarando la no concurrencia del derecho del trabajador a poder disfrutar de determinados días de vacaciones y de asuntos propios. Absuelve a la demandada de todas las pretensiones formuladas en su contra.

Sala: Estima el recurso y revoca la sentencia de instancia. El trabajador tiene derecho tanto al disfrute de las vacaciones como de los días de asuntos propios reclamados.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. Se interpone recurso de suplicación por la parte actora, contra la sentencia que desestima su demanda en la que reclama el derecho al disfrute de 85 días de vacaciones y otros 15 días de libre disposición correspondientes a los años 2014, 2015 y 2016 (hasta el 5-5-2016).

2. En primer lugar, procede examinar la causa de inadmisibilidad del recurso alegada por el demandado, al amparo del art. 197.2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social. Sostiene el demandando que la demanda se denomina “demanda sobre vacaciones”, y solicita “...condene...a conceder al actor 85 días de vacaciones y 15 días de licencia por asuntos propios”, y el Juzgado la admitió y encuadró como demanda sobre Vacaciones, y el art. 191.2.b) LRJS señala que no procede recurso de suplicación en los procedimientos relativos al disfrute de vacaciones.

Conforme al art. 191.2.b) LRJS, no procederá recurso de suplicación en los “Procesos relativos a la fecha de disfrute de vacaciones”. La modalidad procesal de vacaciones, se regula en el art. 125 LRJS, relativo a la “Fijación de Vacaciones”, indicando que, “El procedimiento para la fijación individual o plural de la fecha de disfrute de las vacaciones se regirá por las reglas siguientes: a) Cuando la fecha esté precisada en Convenio colectivo...”. Regulando el art. 38 del Estatuto de los Trabajadores, el periodo de vacaciones anuales. El Tribunal Supremo en Sentencia de 29-3-95, declaró que la modalidad procesal especial de vacaciones está prevista exclusivamente para las controversias que versan sobre “la fecha de disfrute” de las mismas. El objeto del litigio al que se aplican las reglas particulares de los citados artículos no es la duración o el número de días de descanso sino la concreción de las fechas del calendario a que tal descanso se extiende.

Pues bien, siendo que la demanda no versa sobre las fechas de disfrute de las vacaciones, sino sobre el derecho al disfrute de un número de días en atención a un concreto periodo, correspondiente a salarios de tramitación, es evidente que no nos encontramos ante la modalidad especial, por lo que el procedimiento es el ordinario, -consta en el hecho probado quinto el intento de conciliación previa ante el servicio administrativo-, y en consecuencia frente a la sentencia procede recurso de suplicación.

SEGUNDO.- 1. El recurso se formula en tres motivos redactados al amparo de la letra c) del art. 193 LRJS. En el primero, denuncia la infracción del art. 38 del Estatuto de los Trabajadores, en relación con la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 4-11-2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo (DOUE 18-11-03). El recurrente transcribe Sentencia del TSJ de Galicia de 26-7-16, rec. 1470/16, alegando que la nulidad del despido por vulneración de derechos fundamentales y la readmisión, conlleva el disfrute de las vacaciones generadas por el periodo entre el despido y la readmisión, aunque no hubo prestación de servicios, con cita de sentencias de TSJ, que no conforman jurisprudencia (art. 1.6 Código Civil).

En el segundo motivo, denuncia la infracción del art. 182 LRJS, alegando que los efectos “ex tunc” de la nulidad del despido conllevan el derecho al disfrute de las vacaciones desde el despido, debiendo la empleadora dar cumplimiento al mismo en iguales condiciones a las que hubiera tenido que afrontar si no hubiera acontecido el despido.

En el tercer motivo, denuncia igualmente la infracción del art. 38 ET, art. 182 LRJS y Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 4-11-2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo (DOUE 18-11-03), respecto a los días de libre disposición por asuntos propios, del art. 257 del XI Convenio colectivo de RENFE (BOE 26-8-95), alegando que cuando el actor solicitó el 28-3-17 la licencia por asuntos propios no había precluido su derecho- el 31 de enero del año siguiente al que se genera el derecho, ex cláusula 9º de los acuerdos de desarrollo profesional de RENFE-operadora (BOE 27-2-17), en este caso el 31-1-18.

2. El Tribunal Supremo en Sentencia de fecha 27-5-2019, rec. 1518/17, señala, *“...el art. 38 ET establece el derecho a las vacaciones anuales retribuidas, no sustituibles por compensación económica -salvo el supuesto de imposibilidad de hacerlo por terminación de la relación de trabajo- con una duración que será la pactada en convenio colectivo o en el contrato de trabajo.*

Por otra parte, el artículo Art. 7 de la Directiva 2003/88 previene lo siguiente: “1. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que todos los trabajadores dispongan de un período de al menos cuatro semanas de vacaciones anuales retribuidas, de conformidad con las condiciones de obtención y concesión establecidas en las legislaciones y/o prácticas nacionales. 2. El período mínimo de vacaciones anuales retribuidas no podrá ser sustituido por una compensación financiera, excepto en caso de conclusión de la relación laboral.”.

El art. 31.2 de la Carta de Derechos Fundamentales Unión Europea, por su parte y en el mismo sentido establece que: “Todo trabajador tiene derecho a la limitación de la duración máxima del trabajo y a períodos de descanso diarios y semanales, así como a un período de vacaciones anuales retribuidas”.

Y el artículo 4 del Convenio 132 OIT especifica que “Toda persona cuyo período de servicios en cualquier año sea inferior al requerido para tener derecho al total de vacaciones prescrito en el artículo anterior tendrá derecho respecto de ese año a vacaciones pagadas proporcionales a la duración de sus servicios en dicho año”.

De los textos citado puede extraerse una primera aproximación a la resolución del problema de autos en el sentido de que no existe norma expresa que se refiera de manera específica al mismo, sobre el efecto que ha de tener en la relación de trabajo y en el derecho a las vacaciones del trabajador su readmisión efectiva después de un despido declarado improcedente.

No obstante, hemos de afirmar que en el caso concreto que analizamos, ese tiempo de sustanciación del proceso de despido y de los recursos interpuestos, cuando finalmente se opta por la readmisión efectiva del trabajador, ha de ser

considerado como tiempo de actividad laboral, puesto que si en ese lapso de tiempo no ha habido trabajo efectivo, no ha sido precisamente por la voluntad del trabajador, sino que la inactividad se debe a un acto extintivo de la empresa que después se declara ilícito, y cuyos efectos antijurídicos se tratan de restaurar completamente a través de la readmisión, tal y como se desprende de los arts. 278, 282 y 284 para la ejecución de sentencias de despido con readmisión. Por ello, ese tiempo de tramitación equiparable a tiempo de trabajo tras la readmisión, proyectará sus efectos sobre los parámetros de la relación laboral, entre los que se encuentra el derecho a las vacaciones no disfrutadas por el trabajador debido a causas que en absoluto le son imputables.

3. En consecuencia, si el demandante, después de ejercitar legítimamente su opción en favor de la readmisión como representante unitario de los trabajadores, obtuvo las remuneraciones correspondientes a los salarios de tramitación e inició de nuevo su actividad laboral incorporándose a la empresa con efectos de 20 de marzo de 2015, en ese momento fue cuando pudo realmente solicitar las vacaciones no disfrutadas que ahora postula, referidas al año 2014 y 2015. Las correspondientes a este último año, deberán ser reconocidas en su totalidad, esto es, 30 días y no 23, como se le concedieron, puesto que se completó la integridad del año de trabajo a todos los efectos, como se ha razonado.

Por lo que se refiere al año 2014, el actor reclama también el otorgamiento de ese periodo de tiempo completo de vacaciones, 30 días, también deberán ser reconocidos, puesto que el artículo 38.1 ET antes transcrito se remite a la regulación que se contenga en los convenios colectivos, lo que en el caso de autos supone la aplicación del art. 122 de la Normativa Laboral de Telefónica, publicada en el BOE de 20/08/1994, con arreglo al que se contempla la posibilidad de que si las vacaciones no pudieran ser disfrutadas "...por imperiosa necesidad del servicio dentro del año, se acumularán a las del siguiente." , debiendo entenderse que la actuación ilícita de la empresa cuando decidió proceder a la extinción del vínculo de manera improcedente equivale a la existencia de esas necesidad del servicio, siempre vinculadas precisamente a una decisión o actuación empresarial, como es el caso, que además impidió que el trabajador pudiera ejercitar en tiempo su derecho.

4. Finalmente, esta solución que adoptamos se adecúa perfectamente a la más reciente doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la interpretación del artículo 7 de la Directiva 2003/88 y del art. 31.2 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que en sentencias como las de 6 de noviembre de 2018, Shimizu, C-684/16, y las que en ella se citan, afirma lo siguiente:

"54.... solo pueden establecerse limitaciones al derecho fundamental a vacaciones anuales retribuidas consagrado en el artículo 31, apartado 2, de la Carta si se respetan los estrictos requisitos previstos en el artículo 52, apartado 1, de esta y, en particular, el contenido esencial de ese derecho. Por tanto, los Estados miembros no pueden establecer excepciones al principio que se deriva del artículo 7 de la Directiva 2003/88 , leído a la luz del artículo 31, apartado 2, de la Carta, según el cual un derecho a vacaciones anuales retribuidas adquirido no puede extinguirse a la conclusión del período de devengo o de un período de aplazamiento fijado por el Derecho nacional cuando el trabajador no haya podido disfrutar de sus vacaciones (véase, en este sentido, la sentencia de 29 de noviembre de 2017, King, C-214/16 , EU:C:2017:914 , apartado 56).

55 De estas consideraciones se desprende que tanto el artículo 7 de la Directiva 2003/88 como, en lo que se refiere a las situaciones comprendidas en el ámbito de aplicación de la Carta, el artículo 31, apartado 2, de esta deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa nacional con arreglo a la cual la circunstancia de que un trabajador no haya solicitado ejercer su derecho a vacaciones anuales retribuidas, adquirido en virtud de dichas disposiciones, durante el período de referencia tiene como consecuencia

automática, sin que, por lo tanto, se haya comprobado con carácter previo si dicho trabajador pudo efectivamente ejercer este derecho, que dicho trabajador pierda ese derecho y, correlativamente, su derecho a la compensación económica por las vacaciones anuales retribuidas no disfrutadas en caso de extinción de la relación laboral.

56 En cambio, si el trabajador se abstuvo, deliberadamente y con pleno conocimiento de causa en cuanto a las consecuencias que podían derivarse de su abstención de tomar sus vacaciones anuales retribuidas tras haber podido ejercer efectivamente su derecho a estas, el artículo 7, apartados 1 y 2, de la Directiva 2003/88, así como el artículo 31, apartado 2, de la Carta, no se oponen a la pérdida del derecho ni, en caso de extinción de la relación laboral, a la consiguiente falta de compensación económica por las vacaciones anuales retribuidas no disfrutadas, sin que el empresario esté obligado a imponer al trabajador que ejerza efectivamente el citado derecho".

3. La aplicación de la doctrina expuesta al presente caso conlleva la estimación del recurso, pues el despido de fecha de efectos 5-2-14 del actor, con antigüedad desde 1980, fue declarado nulo por infracción de derechos fundamentales, por sentencia de esta Sala de fecha 15-3-16 (que devino firme por Auto del TS de fecha 9-2-17), por lo que operada la readmisión el 6-5-2016, -fecha desde la que ha disfrutado de 15 días de vacaciones y 3 días por asuntos propios-, el trabajador tiene derecho al disfrute de los días de vacaciones solicitadas el 28-3-18, correspondientes al periodo entre su despido y la readmisión, lo que supone 35 días por la anualidad 2014, otros 35 días por la anualidad 2015 y 15 días del año 2016.

En cuanto a los días de licencia por asuntos propios, la misma argumentación de la citada STS conlleva la estimación de los 15 días reclamados (6 días por la anualidad 2014, otros 6 por la anualidad 2015, y 3 días del año 2016), sin que a ello se oponga el art. 9 del Acuerdo de desarrollo profesional de R., pues si la fecha límite para solicitar su disfrute es el 31-enero del año siguiente al que se genera el derecho, una vez la Sentencia de esta Sala devino firme por ATS de 9-2-17, es cuando el actor pudo reclamar el derecho, y según consta en FD se solicitaron el 28-3-17. Procediendo por las razones expuestas, la estimación del recurso.

FALLO

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de A.A.B., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº. 4 de los de Alicante, de fecha 18-octubre-2017; y, en consecuencia, con revocación de la misma, estimamos la demanda instada por el recurrente contra R.V. SA, y declaramos el derecho del actor al disfrute de 85 días de vacaciones y otros 15 días de libre disposición correspondientes a los años 2014, 2015 y 2016 (hasta el 5-5-2016), condenado a la demandada a estar y pasar por esta declaración.

2488

Sentencia núm. 1.918, de 27 de junio de 2019

Materia: Despido. Extinción de la relación laboral por causas objetivas. Pérdidas económicas en la empresa donde prestan sus servicios que obliga a la extinción de los puestos de trabajo. Extinción de los contratos en fraude de ley. Nulidad de los despidos. Imposibilidad de reubicación de los trabajadores en el mismo puesto de trabajo.

Juzgado: Estima la demanda declarando improcedente el despido de los trabajadores.

Sala: Estima el recurso y declara la nulidad del despido de los trabajadores. Ante la imposibilidad de reubicarlos en su mismo centro de trabajo declara la extinción de las relaciones laborales con derecho a percibir la indemnización contemplada en sentencia. Se condena al abono de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la fecha de la extinción de la relación laboral.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia de instancia de fecha 13 de abril de 2018, aclarada por Auto de 22 de mayo de 2018, estimó las demandas formuladas por los actores contra las empresas E.S.L., O.P.M. S.L., y C.B. S.L., y declaró improcedente el despido de los actores de fecha de efectos 30-09-2017 y condenó solidariamente a las mercantiles demandadas a las consecuencias legales que se detallan en el fallo, así como a las cantidades devengadas por salarios, habiéndose establecido en el Auto de aclaración para cada actor nuevas cantidades por salarios adeudados y establecido que el actor D. S.P.P. ostentaba el cargo de representante de los trabajadores al momento de producirse el despido, y en consecuencia se establece que la opción entre readmisión o abono de indemnización corresponde al Sr. P.P..

Frente a esta sentencia interponen recurso de suplicación los actores D. H.A.P.y D. J.L.P.A., y en el primer motivo del recurso con amparo procesal en el art. 193 b) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social se postula la revisión del hecho probado octavo a los efectos de incluir en el mismo en su primer párrafo referido a la empresa E. S.L., el siguiente texto: “A fecha 1 de enero de 2.017, la empresa E. S.L., contaba con 13 trabajadores en total: 11 trabajadores en el centro de trabajo de Valencia, c/ Pedro Cabanes nº 1102; 1 trabajador (J.A.G.) en el centro de trabajo de Alicante, c/ Segura nº 13 y ningún trabajador en el resto de centros de trabajo. Con el cese de los actores el 30-9-17, el centro de Valencia quedó sin ningún trabajador en alta, y el del centro de Alicante cesó el 31-12-17, siendo dado de alta el 1-1-18 en la empresa O.P.M. S.L. en el centro de trabajo de Alicante, c/ Oscar Pla, 19.” Adición fáctica que debe prosperar por cuanto así resulta de los concretos documentos en que se basa, sin perjuicio de su posterior valoración.

SEGUNDO.- Respecto del derecho y con amparo procesal en el art. 193 c) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social se alega por la parte recurrente la vulneración del art. 51.1, párrafo último, en relación con el párrafo primero letra a) del Estatuto de los Trabajadores, y en relación con el art. 122.2.b) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, así como respecto de la jurisprudencia se considera infringida la contenida en la sentencia del Tribunal Supremo en el recurso de casación para la unificación de doctrina nº 2.022/2013 de fecha 9 de abril de 2.014 (RJ 2014/2601). Alega la parte recurrente, que si bien la regla general para la consideración del despido

colectivo se contiene en el párrafo primero del art. 51.1 del Estatuto de los Trabajadores, en el presente supuesto considera que resulta de aplicación la norma antifraude que se contiene en el párrafo último del mencionado precepto 51.1 del E.T. y manifiesta que el supuesto de hecho que contempla esta norma consiste en que en periodos sucesivos de 90 días, por parte de la empresa se proceda a extinciones individuales por las mismas causas objetivas en número inferior a los umbrales legales, con el objeto de eludir las previsiones contenidas en número inferior a los umbrales legales, con el objeto de eludir las previsiones contenidas en el art. 51 y referidas a los trámites preceptivos y obligatorios para el despido colectivo, superando la suma de dichas extinciones el umbral máximo permitido. Y en el caso de autos y según se desprende del hecho probado séptimo de la sentencia, la empresa demandada E. S.L., procedió a los siguientes despidos por las mismas causas objetivas en las siguientes fechas: el 20-5-17 a dos (2) trabajadores; el 24-8-17 a cuatro (4) trabajadores y el 30-9-17 a cinco (5) trabajadores, entre los que se encuentran los tres demandantes. Y siendo así que la empresa ocupaba a una plantilla inferior a 100 trabajadores, el umbral máximo para la consideración de despido colectivo es el de 10 trabajadores afectados.

El recurso efectuado por la parte actora utiliza dos fórmulas para verificar si se ha excedido de los 10 trabajadores afectados en los periodos de 90 días sucesivos e incluir en ellos los contratos extinguidos por las mismas causas.

En el primer cómputo, alega que dado que entre las dos primeras extinciones de contrato se produjeron el 20-5-17 y los siguientes despidos lo fueron con efectos de 28-8-17, mediando entre ambas fechas más de 90 días, los dos primeros ceses quedan excluidos a los efectos del cómputo, por lo que estima que las extinciones de los 4 contratos de trabajo efectuadas por las mismas causa objetivas realizados con efectos de 24-8-17 operara como fecha del “dies ad quem” del primer periodo de 90 días, que comprenderá desde el 27-5-17 al 24-8-17, el sucesivo periodo de 90 días será desde el 25-8-17 al 22-11-17, y el siguiente periodo comprendería desde el 23-11-17 al 20-2-18, y en esos periodos sucesivos de 90 días las extinciones de contrato han sido las siguientes: -de 27-5-17 a 24-8-17: 4 trabajadores despedidos con efectos de 24-8-17; - de 25-8-17 a 22-11-17: 5 trabajadores despedidos con efectos de 30-9-17 (entre ellos los actores); y de 23-11-17 a 20-2-18: en ese periodo se produce la extinción del último trabajador con efectos de 31-12-17 que queda en E.S.L. en el centro de Alicante que era J.A.G. con contrato indefinido a tiempo parcial. Por lo que estima que el número de trabajadores que vieron sus contratos de trabajo extinguidos por las mismas causas fue de 10 trabajadores (4 + 5 + 1) con la circunstancia de que la empresa E. S.L., quedó sin ningún trabajador y por aplicación del primer párrafo del art. 51.1 del E.T. se habría alcanzado el umbral de los 10 trabajadores y estaríamos ante un despido colectivo que no individual y de igual modo podría resultar de aplicación el párrafo cuarto del art. 51.1 del E.T. dado que se produjo la extinción de la totalidad de la plantilla y las extinciones fueron superiores a 5.

En el segundo cómputo, que ofrece la parte recurrente en su escrito de recurso se toma como fecha del despido de los actores el 30-9-17 como “dies ad quem” o día final del periodo de 90 días, tal y como establece la sentencia de 9-4-14 (RCUD nº 2022/2013), el periodo de 90 días será el comprendido desde el 3-7-17 al 30-9-17, y el periodo inmediato anterior de 90 días sería desde el 2-4-17 al 2-7-17, puesto que la norma habla de periodos sucesivos de 90 días. La parte recurrente establece los siguientes periodos: -periodo de 2-4-17 a 2-7-17: dos (2) trabajadores despedidos con efectos de 20-5-17; -periodo de 3-7-17 a 30-9-17: cuatro (4) trabajadores despedidos el 24-8-17 y cinco (5) trabajadores despedidos el 30-9-17 (entre ellos los actores). Por lo tanto, estima que el total de trabajadores que vieron extinguidos sus contratos de trabajo por las mismas causas en los dos periodos sucesivos de 90 días fue de once (11) trabajadores (2+4+5), por lo que la empresa superó el umbral máximo establecido de 10 trabajadores según su plantilla inferior a 100 empleados.

Por lo que nos encontramos ante extinciones de contratos efectuadas en fraude de ley que tiene la consideración de nulas, que constituyen un despido objetivo de carácter colectivo en que la empresa omitió el cumplimiento de los trámites establecidos en el propio art. 51.1 del E.T.

Mientras en el primer cómputo la parte recurrente toma en consideración periodos sucesivos computados hacia atrás y hacia delante de los despidos objeto de enjuiciamiento, y reconoce que esa forma de computar no es doctrina pacífica entre los Tribunales Superiores de Justicia y cita ejemplos de sentencias de diferentes Salas de lo Social en sentido dispar o contradictorio, en el segundo cómputo toma como fecha el despido de los actores la de 30-9-17 como “dies ad quem” o día final del periodo de 90 días tal y como establece el Tribunal Supremo en su sentencia de 9-4-14 (Rcud nº 2022/2013) e indica los periodos de 90 días.

El cómputo de los despidos ocurridos en el periodo de referencia de noventa días debe hacerse “hacia atrás” en el tiempo, comenzando el cómputo en el despido que ahora es objeto de la controversia de fecha 30-9-17. En este sentido la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de abril de 2012 (r. 2724/2011) reiterada, entre otras, por las sentencias del Tribunal Supremo de 23 de enero de 2013, 9 de abril de 2014, 18 de noviembre de 2014 y 11 de enero de 2017 (r.2270/2015), que precisa que, para computar el periodo de noventa días, la fecha de la extinción del contrato constituye el día final (dies ad quem) del cómputo del primer periodo de noventa días y el día inicial (dies a quo) para el siguiente periodo, salvo que exista fraude de ley en la actuación empresarial, como sucede cuando la proximidad entre los sucesivos ceses es tan escasa que cabe presumir un proceder intencionado por parte de la empresa, que no acuerda simultáneamente todas las extinciones para evitar los trámites del despido colectivo. La sentencia del Tribunal Supremo de 17 de mayo de 2016 (r. 3037/2014) rechaza expresamente que el computo de los noventa días “pueda realizarse bien hacia delante bien hacia atrás en el tiempo”, porque ello “no se compadece” con la doctrina de las citadas sentencias del Tribunal Supremo de 23 de abril 2012 y 23 de enero de 2013.

En el presente supuesto atendido lo establecido por la citada jurisprudencia, nos encontramos que partiendo de la fecha del despido 30-9-17, como dies ad quem o día final del periodo de 90 días, de acuerdo con la jurisprudencia citada, el periodo de 90 días será el comprendido desde el 3-7-17 al 30-9-17, y el periodo inmediato anterior de 90 días sería desde el 2-4-17 al 2-7-17, puesto que la norma habla de periodos sucesivos de 90 días. La parte recurrente establece los siguientes periodos: -periodo de 2-4-17 a 2-7-17: dos (2) trabajadores despedidos con efectos de 20-5-17; -periodo de 3-7-17 a 30-9-17: cuatro (4) trabajadores despedidos el 24-8-17 y cinco (5) trabajadores despedidos el 30-9-17 (entre ellos los actores). Por lo tanto, debe considerarse que el total de trabajadores que vieron extinguidos sus contratos de trabajo por las mismas causas, como se deja establecido en el hecho probado séptimo de la sentencia de instancia, en los dos periodos sucesivos de 90 días fue de once (11) trabajadores (2+4+5), por lo que la empresa superó el umbral máximo establecido de 10 trabajadores según su plantilla inferior a 100 empleados. Por lo que nos encontramos ante extinciones de contratos efectuadas en fraude de ley que tiene la consideración de nulas, que constituyen un despido objetivo de carácter colectivo en que la empresa omitió el cumplimiento de los trámites establecidos en el propio art. 51.1 del E.T., dado que no concurren causas nuevas que justificasen tal actuación, como exige el artículo 51.1 en su último párrafo.

En el presente supuesto procede la declaración de nulidad del despido y no de su improcedencia como efectúa la sentencia de instancia, y ello conllevaría a la readmisión de los trabajadores en sus puestos de trabajo, con abono de los salarios de tramitación, no obstante dado que consta acreditado en autos que el último trabajador de la empresa E. S.L., cesó el 31-12-2017, y carece de trabajadores en todos

sus centros de trabajo y que no desarrolla actividad alguna, y que la parte trabajadora en este trámite recurrente de conformidad con lo dispuesto en el art. 286.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, ante la imposibilidad de readmisión solicita que se declare extinguida la relación laboral de los recurrentes y que se condene a las demandadas al abono de la indemnización legal correspondiente, que coincidirá con la fijada en la sentencia recurrida del Juzgado de lo Social número 7 de los de Valencia, por alcanzar el tope legal máximo de 42 mensualidades (1260 días), así como al abono de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la extinción de la relación laboral en virtud de la presente sentencia.

FALLO

Que estimando el recurso de suplicación formulado por los actores D. H.A.P. y D. J.L.P.A., frente a la sentencia del Juzgado de lo Social número Siete de los de Valencia, de fecha 13 de abril de 2018, aclarada por Auto de fecha 23 de mayo de 2018, a que se contrae el presente rollo, la revocamos en parte y con estimación de la demanda de los recurrentes, se declara la nulidad del despido de los mismos de fecha de efectos 30-9-2017, y dada la imposibilidad de readmisión de los mismos en su centro de trabajo, se declara la extinción de las relaciones laborales con efectos de la presente sentencia y se condena solidariamente a las empresas E.S.L., O.P.M. S.L., y C.B. S.L., al abono como indemnización a cada uno de los actores la cantidad establecida en la sentencia y auto de aclaración que se recurre por el concepto de indemnización por despido, así como al abono de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la extinción de la relación laboral a razón de 78,19 euros diarios para cada uno de los dos actores. Condenando a las empresas demandadas a que abonen a los actores los conceptos salariales pendientes a la fecha del despido en las cantidades establecidas en el auto de aclaración de la sentencia de instancia. Manteniéndose el resto de los pronunciamientos establecidos en la sentencia y auto de aclaración de instancia en la medida que no se opongan a la presente resolución.

2489

Sentencia núm. 1.952, de 2 de julio de 2019

Materia: Prestación de minusvalía. El actor tiene reconocida una discapacidad del 20%. Frente a esta resolución interpone demanda solicitando mayor reconocimiento de discapacidad. Demandante diagnosticado con síndrome de Aspergen. Reconocimiento patología moderada o grave. Procedencia.

Juzgado: Desestima la demanda declarando no haber lugar a la misma, absolviendo a la parte demandada de la demanda frente a la misma formulada.

Sala: Desestima el recurso y confirma sentencia de instancia. La patología que presenta el demandante ha de calificarse como leve, no como moderada y en ningún caso como grave. Se encuentra ajustado a derecho el reconocimiento del 20% de discapacidad asignada.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El recurso de suplicación entablado por la representación letrada de la parte actora consta de tres motivos destinados a la revisión fáctica y que se fundamentan en el apartado b del art. 193 de la Ley de la Jurisdicción Social (LJS) y de un motivo destinado al examen del derecho aplicado que se introduce al amparo del apartado c del indicado precepto, no habiendo sido impugnado el recurso de contrario, conforme se refirió en los antecedentes de hecho.

En primer lugar, solicita la defensa del recurrente la modificación del hecho probado segundo para que se refleje en el mismo las conclusiones del informe psicológico de D^a. D.G.P. en el que se encuadra en la clase IV: Discapacidad grave (60-74%) la disminución de la capacidad funcional de S.P.P.

La nueva redacción se sustenta en las conclusiones alcanzadas en el meritado informe psicológico que a su juicio han de prevalecer respecto a las que se reflejan en el informe psicológico que obra en el expediente administrativo y no puede ser acogida por cuanto que el texto que se propone ni tan siquiera tendría cabida -como tal- en el relato de los hechos declarados probados, que ha de limitarse a los datos «fácticos» precisos y necesarios para que el Tribunal pueda conocer el debate en las sucesivas instancias, y para que a su vez las partes - conforme al principio de seguridad jurídica- puedan defender adecuadamente sus pretensiones. O lo que es igual, el relato de hechos, «por su propio concepto debe limitarse a los componentes fácticos trascendentes y controvertidos, con rechazo de cualquier otro dato o consideración ajena a los mismos [normas; disposiciones de convenios colectivos; hechos conformes; datos ajenos al debate; extremos irrelevantes; calificaciones o consideraciones jurídicas] (en este sentido, por ejemplo, SSTS 20/12/14 -rco 30/13-; SG 22/12/14 -rco 147/14-; 16/09/15 -rco 330/14-; 12/11/15 -rco 182/14-; y 10/03/16 -rco 83/15-). Y en el presente caso, lo que se propone no es la incorporación al debate de un «hecho» trascendente a efectos resolutivos, sino la mera constancia de la conclusión alcanzada por el informe de la psicóloga D^a D.G.P. que no ha sido asumida como expresiva de la realidad acreditada por el juzgado de instancia -que en el caso no la aceptó- no pudiendo tampoco aceptarlas este Tribunal de suplicación habida cuenta que la documental o pericial en que se base la revisión ha de evidenciar por sí misma de manera irrefutable e indiscutible el error del Juez “a quo” (SSTS 24-11-86 y 18-7-89, entre otras), lo que no ocurre cuando, como en el presente caso, existen dictámenes discrepantes que han podido ser asumidos,

concediendo mayor valor probatorio a unos y a otros por parte del Juez “a quo”, al que corresponde la misión de fijar los hechos probados con libertad de convicción, según lo actuado y el conjunto de la prueba practicada, conforme al art. 97.2 de la Ley Procesal Laboral – actualmente de la LJS – (STS 24-2-92), sin que, a efectos de suplicación una prueba alcance mayor valor que otra, ni quepa el intento de sustituir por el del propio recurrente el criterio fáctico del Juez, más objetivo e imparcial.

Por último, señalar que también obsta al éxito del recurso que la modificación postulada entrañe valoraciones jurídicas impropias del relato fáctico y predeterminantes del fallo ya que si lo que se discute es el porcentaje de discapacidad global de la parte actora no cabe recoger como hecho probado cuál es dicho porcentaje sino que el mismo se tiene que hacer valer a través del apartado c del art. 193 de la LJS, tal y como efectúa por lo demás la defensa de la recurrente en el último motivo de su recurso.

La segunda modificación consiste en la adición al hecho probado segundo del siguiente contenido: “Actualmente S.P.P. cursa primer curso de vídeo disk jockey (sic) al IES Veles e Vents de G.

Se ha observado que cada vez que se incorpora un nuevo criterio a S. le crea ansiedad y disonancia cognitiva, cosas que siempre dificultan su progreso personal. La participación de la familia en el proceso de aprendizaje es prescriptiva, sin esta participación decisoria no sería posible el trabajo con S.”

El tenor cuya adición se solicita, se sustenta en el “Certificado” del Tutor S.P.A. i del IES Veles e Vents de G. y no puede ser acogida por cuanto que ya en el indicado hecho se reseña que el demandante estudia lo que le gusta que es videodisjockey y sonido que es un módulo profesional, sin que el “Certificado” del Tutor pueda considerarse prueba documental sino que se trata de una prueba testifical que ni siquiera ha sido practicada a presencia judicial, no siendo dicho medio de prueba susceptible de amparar la revisión fáctica en este recurso extraordinario, como se desprende de lo establecido en el art. 193.b de la LJS.

La tercera y última revisión atañe al hecho probado tercero para el que se solicita que se adicione este contenido: “Diagnósticos Activos que presenta S.P.P.

Náuseas y vómitos. Colitis, enteritis y gastroenteritis, origen infeccioso. Dispepsia y otras alteraciones específicas del funcionamiento del estómago. Dolor abdominal. Úlcera gástrica, eccema agudo, estreñimiento...”

La nueva redacción se extrae del informe de la médico general del centro de salud de A. elaborado el 22-2-2017 y no puede ser acogido por cuanto que las indicadas dolencias no fueron siquiera alegadas en la demanda, no consta el carácter definitivo de las mismas y tampoco son objeto de valoración en cuanto al grado de discapacidad del actor en el motivo destinado al examen del derecho aplicado en la resolución recurrida, por lo que su introducción resulta intrascendente para modificar el sentido del fallo.

SEGUNDO.- En el último motivo del recurso se denuncia la infracción de lo dispuesto en el Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre sobre enfermedades mentales. En este motivo tras transcribir la defensa del recurrente diversos fragmentos del indicado Real Decreto señala que el Síndrome de Asperger que padece el actor es un trastorno del desarrollo de base neurológica cuyo déficit nuclear es el trastorno de la cognición social cuyo diagnóstico es clínico, basado en los comportamientos observados en la historia de desarrollo y en el perfil psicológico del sujeto y que con la revisión de los hechos probados que se propone en el recurso se evidencia que el grado de minusvalía del demandante debe estar comprendido entre las clases III y IV, teniendo en cuenta el contenido de los informes obrantes en las actuaciones y en especial el de la psicóloga D.G., por lo que el actor merece ser declarado afecto de una minusvalía entre el 60% y el 74% que puede concretarse en el 65% que como mínimo se insta.

Al no haber prosperado las revisiones fácticas tampoco puede hacerlo el motivo destinado a la censura jurídica de la resolución recurrida ya que para dilucidar cuál es el grado de discapacidad del demandante se ha de partir de los hechos que se reflejan en el relato narrativo de aquella que se recogen íntegramente en los antecedentes de hecho de la presente resolución y de los que ahora interesa destacar que el demandante presenta el siguiente cuadro clínico:

Síndrome de Asperger. Tiene dieciocho años y refiere estar contento por estudiar lo que le gusta videodisjockey y sonido, un módulo de formación profesional y tener amigos allí. No refiere sintomatología alguna. La hermana refiere que se encuentra mucho mejor desde que ha comenzado a realizar el módulo referido, indica que es un chico que lleva apoyos para obtener buenos resultados. Lo catalogan de muy testarudo y pronto a chocar con la madre, inflexible en sus ideas y valores, apego a las rutinas, poco interés por la higiene. Presenta adicción a los videojuegos. En abucasis no figura diagnóstico psicopatológico alguno. Desde pequeño notaron algunos síntomas, pero no lo han diagnosticado hasta el año 2016. Se muestra consciente del problema y de su síndrome. No ha repetido curso alguno durante la ESO, si ha fallado en algún módulo de formación profesional. Ha estado siempre muy apoyado. En la última evaluación solo ha suspendido una asignatura. Tiene amigos pero sale de cuando en cuando. No toma medicación alguna. En el informe psicológico de fecha 14-3-2017 se informa que en fecha 19-5-2016 se realiza una revisión diagnóstica en la que se concluye que la sintomatología que presenta corresponde a un trastorno generalizado de desarrollo, en concreto un trastorno de Asperger.

En el índice de Barthel que ha sido practicado por la Conselleria de Sanidad el 22-12-2017 se aprecia como resultado 80: dependencia leve.

Test de Pfeiffer: 22-12-2017, resultado 2 puntuación normal.

A partir de los indicados datos se ha de concluir que la patología que presenta el actor es encuadrable en la Clase 2, del capítulo XVI (enfermedad mental) del Anexo I.A. del Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía.

Dicha discapacidad que se califica de leve (1-24%) (a+b+c) es aquella en que:

“a) La capacidad para llevar a cabo una vida autónoma está conservada o levemente disminuida, de acuerdo a lo esperable para la persona de su edad y condición, excepto en períodos recortados de crisis o descompensación. y

b) Puede mantener una actividad laboral normalizada y productiva excepto en los períodos de importante aumento del estrés psicosocial o descompensación, durante los que puede ser necesario un tiempo de reposo laboral junto a una intervención terapéutica adecuada. y

c) Cumplir los criterios diagnósticos requeridos, sin que existan síntomas que excedan los mismos.”

En ningún caso cabría encuadrar la patología del demandante en la Clase III (discapacidad moderada) y mucho menos en el Clase IV (discapacidad grave) ya que el actor no necesita medicación y/o tratamiento de forma habitual, además de que su capacidad para las actividades de la vida cotidiana solo está levemente disminuida, siendo prácticamente autónomo, excepto en lo que atañe a la observancia de la higiene que ha de estar controlada, sin que el hecho de que haya estado siempre muy apoyado se pueda traducir en una falta de autonomía, por lo que se ha de concluir que el porcentaje del 20% que se le ha asignado en cuanto a su discapacidad resulta ajustado a la normativa aplicable, tal y como ha apreciado la sentencia de instancia que se ha de confirmar, previa desestimación del recurso.

FALLO

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de D. S.P.P., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social n.º Once de los de Valencia y su provincia, de fecha 1 de marzo de 2018, en virtud de demanda presentada a su instancia contra la Conselleria d'Igualta i Polítiques Inclusives de la Generalitat Valenciana y, en consecuencia, confirmamos la sentencia recurrida.

2490

Sentencia núm. 1.961, de 2 de julio de 2019

Materia: Reintegro de prestaciones. Trabajador despedido de manera improcedente al que se le reconoce determinada indemnización. La empresa se declara en insolvencia. El trabajador solicita al FOGASA la prestación correspondiente. Dicha resolución es impugnada por el demandado. Cobro indebido de la prestación.

Juzgado: Estima la demandada condenando al demandado a reingresar determinada cantidad en concepto de reintegro de prestación por indemnización indebidamente percibida.

Sala: Estima el recurso y revoca la sentencia de instancia. No estamos ante una prestación indebida sino reconocida por sentencia firme y, por tanto, intangible, salvo los limitados supuestos contemplados en la Ley de Enjuiciamiento Civil de rescisión y revisión de sentencias firmes.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. Se recurre por el letrado designado por don J.J.E.M. la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 1 de Castellón de la Plana que estimó la demanda presentada por el Fondo de Garantía Salarial (en adelante Fogasa) y le condenó a reintegrar a este Organismo la cantidad de 8.424'70 euros en concepto de indemnización indebidamente percibida.

2. El recurso se sustenta sobre dos motivos redactados al amparo del apartado c) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS). Se alega en ambos la vulneración por la sentencia recurrida del artículo 222.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) en relación con los artículos 9.3, 24 y 118 de la Constitución Española -motivo primero- y con el artículo 146.1 LRJS -motivo segundo. Lo que se suscita en los dos motivos es la misma cuestión si bien que desde diferentes perspectivas, a saber: la fuerza vinculante de las sentencias firmes y, en concreto, el efecto de cosa juzgada de la sentencia dictada por esta Sala de lo Social el 22 de enero de 2017 (rs 583/2016) en la que se estimó la demanda presentada por don J.J.E. y se condenó al Fogasa a abonarle "las indemnizaciones que legalmente le correspondan de acuerdo con la antigüedad y salario consignados en la sentencia de despido".

SEGUNDO.- 1. Según consta en los hechos probados de la sentencia recurrida cuya modificación no se ha solicitado por ninguna de las partes, tras ser despedido el Sr. E.M. por la empresa individual J.D.N.C., se dictó por el Juzgado de lo Social núm. 1 de Castellón sentencia de 20 de septiembre de 2012 por la que se declaró la improcedencia de su despido y la extinción de la relación laboral, y se condenó al empresario a abonarle una indemnización de 13.761'60 euros. Una vez declarada la insolvencia empresarial, el Sr. E. solicitó del Fogasa el abono de las prestaciones de garantía salarial, siéndole reconocida la cantidad de 1.082'93 euros. Disconforme con la liquidación practicada y la cantidad recibida, el Sr. E. presentó demanda que fue finalmente estimada por sentencia de esta Sala de lo Social de 22 de enero de 2017 (rs 583/2016) que revocó la dictada por el Juzgado de lo Social. En esa sentencia se razonó lo siguiente:

"La aplicación de la anterior doctrina al presente caso en el que opera el silencio administrativo positivo, priva de eficacia a la resolución expresa dictada por

el Fondo de Garantía Salarial de fecha 18/6/2014, puesto que ya no puede dictarse resolución expresa que no sea confirmatoria del acto presunto anterior que alcanza no solo el reconocimiento del derecho sino los elementos que definían el citado derecho como son la antigüedad y el salario. Es cierto que el silencio no ampara aquellos derechos que no sean reales y posibles o que contradigan la norma legal vigente; sin embargo, en el presente caso el título ejecutivo sobre el que se reclaman las garantías es una sentencia judicial firme, de manera que la reclamación de garantías efectuada por el actor no contravenía formalmente ningún límite legal que legitime la restricción de los efectos económicos del acto administrativo tácito.

No podemos entrar a valorar la legalidad de la decisión posterior de la entidad pública pues el acto de reconocimiento de derechos es previo a dicha resolución y despliega todos sus efectos. La revisión de dicho acto deberá abordarse por el cauce procesal adecuado."

2. A la vista de los hechos que hemos sintetizado el recurso debe ser estimado, pues la cuestión sometida a la consideración de este tribunal ha sido resuelta por la STS (Pleno) de 27 de febrero de 2019 (rcud 3597/2017) en la que, al analizar un supuesto semejante al que se plantea en este procedimiento, llega a la conclusión de que se debe apreciar el efecto de cosa juzgada positivo o prejudicial expresado en el artículo 222.4 LEC que dispone lo siguiente: "Lo resuelto con fuerza de cosa juzgada en la sentencia firme que haya puesto fin a un proceso vinculará al tribunal de un proceso posterior cuando en este aparezca como antecedente lógico de lo que sea su objeto, siempre que los litigantes de ambos procesos sean los mismos o la cosa juzgada se extienda a ellos por disposición legal". Señala el Tribunal Supremo que esto supone que la sentencia que se dicte en este procedimiento ha de partir de que hay una previa sentencia firme que estimó la demanda del trabajador y condenó al Fogasa a abonarle una determinada cantidad, pues lo relevante es la identidad de litigantes, aunque su postura procesal no sea la misma, y que lo resuelto en el primer proceso aparezca como antecedente lógico de lo que sea objeto del segundo.

3. La aplicación de esta doctrina jurisprudencial nos conduce a estimar el recurso presentado en nombre de don J.J.E.M. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 1 de Castellón, y a la consiguiente desestimación de la demanda presentada por el Fogasa pues, según la doctrina jurisprudencial expuesta, la pretensión del citado Organismo ejercitada en la demanda no puede prosperar habida cuenta que no estamos ante una prestación indebida sino reconocida por sentencia firme y, por tanto, intangible, salvo los limitados supuestos contemplados en la Ley de Enjuiciamiento Civil de rescisión y revisión de sentencias firmes.

TERCERO.- No procede imponer condena en costas (artículo 235.1 LRJS).

FALLO

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de DON J.J.E.M. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 1 de Castellón de la Plana de fecha 2 de julio de 2018 (autos 336/2017), aclarada por auto de 5 de julio de 2018; y, en consecuencia, revocamos la sentencia recurrida y desestimamos la demanda presentada por Fondo de Garantía Salarial que ha dado origen a las presentes actuaciones.

Sin costas.