



Roj: STSJ AND 3687/2014 - ECLI:ES:TSJAND:2014:3687
Id Cendoj: 41091340012014100976

Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social

Sede: Sevilla

Sección: 1

Nº de Recurso: 972/2013

Nº de Resolución: 1395/2014

Procedimiento: SOCIAL

Ponente: MARIA ELENA DIAZ ALONSO

Tipo de Resolución: Sentencia

Recurso nº 972/13 (S) Sentencia nº 1395/2014

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA

SALA DE LO SOCIAL

SEVILLA

ILTOS. SRES.:

DOÑA MARÍA ELENA DÍAZ ALONSO, PRESIDENTE

DOÑA MARIA GRACIA MARTINEZ CAMARASA

DON JOSE JOAQUIN PEREZ BENEYTO ABAD

En Sevilla, a veintidós de mayo de dos mil catorce.

La Sala de lo Social de Sevilla del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, compuesta por los lltmos. Sres. Magistrados citados al margen,

EN NOMBRE DEL REY , ha dictado la siguiente

SENTENCIA NÚMERO 1395/2014

En el recurso de suplicación interpuesto por MERCASEVILLA, contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 5 de los de Sevilla, en sus autos núm. 224/11, ha sido Ponente la lltma. Sr^a. Magistrada Doña MARÍA ELENA DÍAZ ALONSO.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Según consta en autos, se presentó demanda por D. Cayetano , contra Mercasevilla, Generali España Seguros S.A, y la Consejería de Empleo Dirección General de Trabajo y Seguridad Social, sobre Contrato de Trabajo, se celebró el juicio y se dictó sentencia el día 3 de diciembre de 2.012 por el referido Juzgado, con estimación parcial de la demanda.

SEGUNDO.- En la citada sentencia y como hechos probados se declararon los siguientes:

PRIMERO: Cayetano con DNI NUM010 , ha venido prestando sus servicios para la empresa MERCASEVILLA, con categoría profesional de supervisor informático, en virtud de contrato de trabajo por tiempo indefinido suscrito, desarrollando sus tareas en el centro de trabajo sito en Autovía de Sevilla-Málaga kilómetro uno de Sevilla, ininterrumpidamente desde el 6 julio 1971 hasta el día uno de enero de 2008.

SEGUNDO: El día 7 mayo 2007 la Consejería de Empleo de la Junta de Andalucía, Delegación Provincial de Sevilla, aprobó el expediente de regulación de empleo que por causas económicas y organizativas fue presentado por la entidad demandada, MERCASEVILLA, expediente cuya finalidad era la extinción de 63 contratos laborales de los 176 contratos que componían la plantilla del centro de Sevilla.

El expediente de regulación de empleo aprobaba las condiciones pactadas entre la empresa y los representantes legales de los trabajadores, recogidas en acta de fecha 29 marzo 2007 suscrita por las partes

en la que se pactan y acuerdan las condiciones del plan de prejubilaciones de los trabajadores afectados, en los siguientes términos:

A) A los trabajadores comprendidos entre los 50 y 54 años de edad se les garantizará el 89% del Salario Neto Mensual de la base reguladora anterior a la fecha en que se hará efectiva la prejubilación.

B) A los trabajadores comprendidos entre los 55 y 60 años de edad se les garantizará el 93% del Salario Neto Mensual de la base reguladora anterior a la fecha en que se hará efectiva la prejubilación.

C) A los trabajadores comprendidos entre los 55 y 60 años de edad se les garantizará el 93% del Salario Neto Mensual de la base reguladora anterior a la fecha en que se hará efectiva la prejubilación.

D) La Dirección de la Empresa suscribirá una póliza de seguro con una entidad solvente por la que se le garantice a los trabajadores las diferencias entre las cantidades de las distintas prestaciones públicas y las resultantes una vez aplicados los porcentajes señalados en los puntos A, B y C, conforme a la secuencia elaborada por Vitalia S.A.

E) Las cantidades resultantes del punto anterior (D) se incrementarán anualmente un 2%.

F) En caso de fallecimiento del trabajador/a antes de cumplir los 65 años se les garantiza a los herederos legales una indemnización igual al 50% la cantidad resultante del punto d), más la revalorizaciones del punto E) si la hubiese que quedase por percibir hasta el cumplimiento de los 65 años de edad.

TERCERO : Los trabajadores afectados por el expediente de regulación de empleo tenían el plazo de tres años contados a partir del día 7 mayo 2007 para poder adherirse voluntariamente al mismo, siempre y cuando en dicho periodo tuviesen cumplido la edad mínima de 50 años.

El día uno de enero de 2008, Cayetano , con 54 años de edad, se adhirió voluntariamente al mencionado expediente, extinguiéndose en dicha fecha su contrato de trabajo.

En virtud de los acuerdos económicos asumidos por la demandada MERCASEVILLA con sus trabajadores en la resolución administrativa, las rentas que no fuesen cubiertas mediante prestaciones o subsidios públicos, fueron aseguradas por la compañía Banco Vitalicio de España Compañía Anónima de Seguros y reaseguros, hoy Generali España S.A. de Seguros y Reaseguros, póliza número NUM011 de fecha 16 noviembre 2007.

CUARTO: El 2 enero 2008 Cayetano , suscribe en calidad de asegurado junto con el tomador de la póliza, la entidad MERCASEVILLA S.A., y la compañía aseguradora GENERALI boletín de adhesión - certificado individual de seguro sobre la póliza número NUM011 , en el que se reflejan con detalle las prestaciones que se aseguraban que se dividen en tres conceptos diferentes: renta temporal en concepto de complemento salarial, renta temporal en concepto de convenio especial, y renta vitalicia diferida y constante, detallándose el importe y plazos de cada una de ellas, dando por reproducido el contenido del mismo que obra como documento número 5 aportado con la demanda por la parte actora el certificado individual.

QUINTO: Desde el día 2 enero 2008 hasta el uno de enero de 2010 Cayetano ha percibido la correspondiente prestación contributiva por desempleo por un importe de 14.432,98 euros en el ejercicio 2008 y de 14.473,20 euros en el ejercicio 2009, de conformidad con certificados de retenciones emitidos por el director provincial del INEM en de fecha 12 marzo 2009 y 10 marzo 2010 respectivamente, documentos número 6, 7 y 8 aportados con la demanda.

Finalizada la prestación contributiva por desempleo, a continuación, desde el día 2 enero 2010 hasta el día 21 junio 2018, se le ha concedido un subsidio por desempleo y por una cuota diaria inicial de 18,99 euros, lo que supone la suma de 569,70 euros/mes, según resolución del director provincial del INEM fecha 4 febrero 2010, y que obra como documento número 9 aportado con la demanda.

SEXTO: La demandada GENERALI España abonó las cuantías aseguradas durante el período comprendido entre enero de 2008 y noviembre 2009, habiendo percibido la suma de 12.707,76 euros en el año 2008 y la suma de 12.093,84 euros en el año 2009, documentos número 10 y 11 consistentes en certificados de retenciones emitidos por la compañía Generali, cantidades percibidas, que se corresponden con las que previamente constan determinadas en el certificado individual emitido por Vitalicio, y que supone la suma de 1.058,98 euros/mes en el año 2008 y la suma de 1.099,44 euros/mes en el año 2009.

SÉPTIMO: Desde el mes de noviembre de 2009 GENERALI suspende el pago de las cantidades aseguradas, alegando el impago de la prima devengada por la póliza contratada siendo las rentas previstas

para el mes de noviembre del año 2009 las últimas que pagó la aseguradora al demandante como empleado prejubilado.

OCTAVO: Según el contrato de adhesión, suscrito con la entidad Generali España, el importe en el mes de diciembre 2009 en concepto de complemento salarial asciende a la suma de 1.099,44 euros; convenio especial, 0 euros, por lo que el importe total de diciembre de 2009 asciende a la suma de 1.099,44 euros.

En enero de 2010 en concepto de complemento salarial, la suma de 2.104,51 euros; en concepto de convenio especial, la cantidad de 659,80 euros, lo que supone un importe total de 2.764,31 euros.

Durante los meses desde febrero a noviembre 2010, en concepto de complemento salarial la suma de 16.807,10 euros y en concepto de convenio especial, la suma de 5.047,50 euros lo que hace un total de 21.854,60 euros. En resumen, el total de estas cantidades asciende a 25.718,35 euros.

NOVENO: Reclama el trabajador esta suma en la fecha de interposición de la demanda, como cantidades devengadas a fecha de noviembre de 2010 por las entidades MERCASEVILLA y GENERALI, y posteriormente amplía frente a la Consejería de Empleo de la Junta de Andalucía.

En virtud de lo dispuesto en el contrato de adhesión, y actualizando las cantidades al momento de celebración del juicio, en diciembre de 2010 el concepto de complemento salarial asciende a 1.680,71 euros; en concepto de convenio especial la suma de 504,75 euros lo que supone un total de 2.188,46 euros.

La anualidad de enero de 2011 a diciembre 2011 en concepto de complemento salarial un total de 20.571,72 euros; en concepto de convenio especial, la suma de 6.178,08 euros lo que supone por esta anualidad un total de 26.749,8 euros.

Y desde enero de 2012 a noviembre 2012 en concepto de complemento salarial la suma de 19.234,82 euros y en concepto de convenio especial la cantidad de 5.776,54, es decir un total por esta anualidad de 25.011,36 euros y por tanto un total devengado concepto de cantidad a percibir según la póliza individual de 79.664,97 euros.

El actor ha percibido en diciembre de 2009 la suma de 1.099,44 euros.

En enero de 2010, 2.764,32 euros.

En febrero de 2010 de la suma de 2.083,14 euros.

Desde marzo de 2010 a diciembre de 2010 ha percibido la suma de 1.835,8 euros cada uno de los 10 meses, es decir, un total percibido durante esta anualidad de 18.358 euros en enero de 2011 ha percibido la suma de 1.827,92 euros.

Desde febrero de 2011 a diciembre de 2011 cada uno de los 11 meses la suma de 1.973,92 euros, lo que supone la suma total de 21.713,12 euros.

Desde enero de 2012 hasta abril de 2012 la suma de 1.978,18 euros cada uno de los cuatro meses lo que hace un total percibido de 7.912,72 euros y de mayo de 2012 a octubre de 2012, la suma de 1.773,54 euros cada uno de los seis meses, y por tanto, un total de 10.641,24 euros.

DECIMO: Las cantidades que ha percibido desde el mes de diciembre de 2009 lo ha hecho previo firma mensual de un documento titulado "contrato de préstamo" en la que el trabajador se obliga a devolver las cantidades que le han sido entregadas en concepto de préstamo renunciando a entablar acciones legales contra MERCASEVILLA en reclamación de las cantidades derivadas del compromiso asumido en el expediente de regulación de empleo y a denunciar en exclusiva la compañía aseguradora, y en concepto de anticipos, documentos que se han aportado como documental número 12 y también en el ramo de prueba de la parte actora.

Es decir, el trabajador reconoce haber percibido durante este período y previa la suscripción de los contratos ya referidos, la suma de 66.399 euros, por lo que reclama la diferencia. 79.664,97 euros y 66.399 euros, es decir 13.265,97 euros.

Reclama inicialmente el trabajador los importes devengados y no percibidos en el periodo comprendido entre diciembre 2009 a noviembre 2010 por importe de 25.718,35 euros, así como aquellas cantidades que se vaya devengando conforme a lo dispuesto en el expediente de regulación de empleo autorizado y contrato de adhesión suscrito al efecto a contar desde el mes de diciembre de 2010 hasta la terminación del procedimiento más los intereses legal, y al cumplimiento estricto íntegro de las obligaciones asumidas en el expediente de regulación de empleo con la obligación de abonar las cantidades pactadas de autorizar mensualmente hasta

el mes de marzo de 2033, si bien en el acto del juicio concreta la suma total devengada a la cantidad de 79.664,97 euros, de las que ha percibido la cantidad de 66.399, euros por lo que la cantidad a esa fecha pendiente asciende a la suma de 13.265,97 euros.

UNDECIMO: Presentada papeleta de conciliación y celebrado dicho acto de conciliación en fecha 27.12.2010, concluyó sin avenencia.

TERCERO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por Mercasevilla, que fue impugnado por la parte contraria.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El presente recurso de suplicación lo interpone la empresa "Mercasevilla S.A.", al amparo del artículo 193 a), b) y c) de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social, contra la sentencia de instancia que estimó la demanda interpuesta por el actor, y le reconoció el derecho a las diferencias reclamadas derivadas del Plan de prejubilaciones pactado en el expediente de regulación de empleo nº NUM012, en el que se acordaba la extinción de 63 contratos laborales de los 176 que componían la plantilla, absolviendo la sentencia a la Consejería de Empleo de la Junta de Andalucía y a la entidad aseguradora "Generali España S.A. de Seguros y Reaseguros".

Como primer motivo de recurso solicita por la vía del apartado b) del artículo 193 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social, la inclusión de un nuevo hecho probado en el que se consigne la existencia de las actuaciones penales seguidas ante el Juzgado de Instrucción nº 6 de Sevilla, iniciadas por la querrela interpuesta por "Mercasevilla S.A." contra sus anteriores directivos, que ha dado lugar a las Diligencias Previas nº 6143/2009 de ese Juzgado, que se siguen por la presunta comisión por estos directivos de un delito societario, revisión que debemos aceptar por deducirse de la documental aportada y ser un hecho notorio la existencia de estas Diligencias Previas, que versan sobre la presunta actuación defraudatoria de los directivos que pactaron con la representación de los trabajadores el expediente de regulación de empleo en el que se funda el derecho del actor a las diferencias salariales reclamadas.

Así debemos incluir un nuevo hecho probado en el que se declare que *"Por el Juzgado de Instrucción nº 6 de Sevilla se siguen actuaciones de instrucción, parte de las cuales aparecen recogidas en los documentos aportados en el ramo de prueba de Mercasevilla con los números 1 a 5 (folios 417-536), 10 a 18 (folios 633 a 901), 29 y 30 (folios 1103 a 1118) y 33 a 35 (folios 1133 a 1191), actuaciones penales iniciadas por querrela de esta entidad contra sus directivos (Diligencias Previas 6143/2009) y de las que han dimanado las Diligencias Previas nº 174 y 182/2011, relativas a las irregularidades en las ayudas sociolaborales de ERES en empresas de Andalucía, actuaciones todas del citado Juzgado de Instrucción.*

En dichas actuaciones penales están siendo objeto de investigación, entre otros hechos, los compromisos económicos asumidos en el seno del expediente de regulación de empleo nº NUM012 de Mercasevilla por presuntas irregularidades en la concesión de las prestaciones públicas que pudieran ser constitutivas de los delitos de prevaricación, malversación de caudales públicos, tráfico de influencias, delito societario y otros.

Las irregularidades detectadas sobre las rentas reclamadas están relacionadas con la falsedad documental en la causa, produciéndose ERES anteriores por sobredimensionamiento de la plantilla cuando ésta en un corto espacio de tiempo volviera a incrementarse, tanto que la misma empresa tuviera que solicitar poco después otro ERE, del mismo modo que se relacionan con la atribución de la condición de empleados de "Mercasevilla S.A." a quienes no la tienen o por la inclusión como empleados de "Mercasevilla S.A." a quienes lo eran de la Fundación, así como respecto del cobro de comisiones ilegales que recargaban el importe de las primas de las pólizas de seguro que instrumentaban las rentas de prejubilación pactadas en los expedientes de regulación de empleo".

Vinculado a esta revisión fáctica plantea la empresa recurrente la existencia de una prejudicialidad penal, por la vía del apartado a) del artículo 193 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social, que obligaría a la suspensión del procedimiento hasta que recaiga resolución definitiva en las Diligencias Previas, alegando la infracción de los artículos 4.2 y 86 de la Ley de Procedimiento Laboral, que era la norma vigente en la fecha de celebración del acto del juicio.

El artículo 86 de la Ley de Procedimiento Laboral, aplicable a este caso por razones cronológicas, pero cuya redacción es idéntica al actual artículo 86 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social disponía que *"1. En ningún caso se suspenderá el procedimiento por seguirse causa criminal sobre los hechos debatidos. 2. En el supuesto de que fuese alegada por una de las partes la falsedad de un documento que pueda ser*

de notoria influencia en el pleito, porque no pueda prescindirse de la resolución de la causa criminal para la debida decisión o condicione directamente el contenido de ésta, continuará el acto de juicio hasta el final, y en el caso de que el Juez o Tribunal considere que el documento pudiera ser decisivo para resolver sobre el fondo del asunto, acordará la suspensión de las actuaciones posteriores y concederá un plazo de ocho días al interesado para que aporte el documento que acredite haber presentado la querrela. La suspensión durará hasta que se dicte sentencia o auto de sobreseimiento en la causa criminal, hecho que deberá ser puesto en conocimiento del Juez o Tribunal por cualquiera de las partes."

La Sala no puede aceptar la existencia de la prejudicialidad penal reclamada, ya que la Ley de Procedimiento Laboral con base en el principio de independencia de los órdenes jurisdiccionales, establece la excepcionalidad de la suspensión de un procedimiento laboral por la existencia de un proceso penal en el que se enjuicien hechos que puedan afectar a la procedencia de la reclamación planteada y así establece de forma categórica que *"En ningún caso se suspenderá el procedimiento por seguirse causa criminal sobre los hechos debatidos."*, admitiendo un único supuesto cuando el delito investigado por la jurisdicción penal sea el de falsedad documental y dicha falsedad afecte a un documento de *"notoria influencia en el pleito"*, circunstancias que no se dan en este caso en el que se están investigando por un lado la existencia de irregularidades constitutivas de delito en la concesión de ayudas públicas, para la aprobación de expedientes de regulación de empleo que autorizaban la extinción de relaciones laborales con los trabajadores en la empresa "Mercasevilla S.A." y que afectan por tanto a autoridades administrativas y a funcionarios públicos y por otro la presunta conducta defraudatoria que los directivos de la empresa que pactaron los ERES en perjuicio de la empresa, pero admitiendo la realidad de estos ERES no siendo la jurisdicción penal competente para determinar si estos ERES son o no regulares al ser competencia de la jurisdicción social el enjuiciamiento de la existencia de irregularidades en el pacto alcanzado entre la empresa y los trabajadores la tramitación del ERE y de la jurisdicción contencioso-administrativa en el control de los aspectos formales relativos a la tramitación del ERE y la concurrencia de la causa que justificaba el mismo.

Así el artículo 51.5 del Estatuto de los Trabajadores que regulaba la tramitación de los ERES, en la redacción vigente el 7 de Mayo de 2.007 fecha de la resolución administrativa que autorizaba la extinción de los contratos de trabajo por la empresa "Mercasevilla S.A.", disponía que *"Cuando el período de consultas concluya con acuerdo entre las partes, la autoridad laboral procederá a dictar resolución en el plazo de quince días naturales autorizando la extinción de las relaciones laborales. Si transcurrido dicho plazo no hubiera recaído pronunciamiento expreso, se entenderá autorizada la medida extintiva en los términos contemplados en el acuerdo."*

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, si la autoridad laboral apreciase, de oficio o a instancia de parte, la existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en la conclusión del acuerdo, lo remitirá, con suspensión de plazo para dictar resolución, a la autoridad judicial, a efectos de su posible declaración de nulidad. Del mismo modo actuará cuando, de oficio o a petición de la entidad gestora de la prestación por desempleo, estimase que el acuerdo pudiera tener por objeto la obtención indebida de las prestaciones por parte de los trabajadores afectados por inexistencia de la causa motivadora de la situación legal de desempleo."

Igual disposición establecía el artículo 11 del también derogado Real Decreto 43/1996, de 19 de enero, que aprobaba el Reglamento de los procedimientos de regulación de empleo y de actuación administrativa en materia de traslados colectivos, que era la norma vigente en la fecha de tramitación del expediente de regulación de empleo nº NUM012, hasta que fue derogado por el Real Decreto 801/2011 de 10 de junio.

Conforme a estas normas la autoridad judicial que debía pronunciarse sobre la irregularidad detectada en la tramitación del ERE es la jurisdicción laboral, por aplicación del artículo 146 b) de la Ley de Procedimiento Laboral, a través del procedimiento de oficio, al disponer el precepto que, *"El proceso podrá iniciarse de oficio como consecuencia:..b) De los acuerdos de la autoridad laboral competente, cuando ésta apreciara, dolo, coacción o abuso de derecho en la conclusión de los acuerdos de suspensión o extinción a que se refieren los artículos 47 y 51. 5 del Estatuto de los Trabajadores."*

En el presente caso no nos encontramos ante una defectuosa tramitación del expediente de regulación de empleo NUM012, sino ante una falta de control del contenido del acuerdo alcanzado entre la representación de la empresa y los trabajadores, homologado por la Delegación Provincial de la Consejería de Empleo de la Junta de Andalucía, cuando el mismo podría resultar fraudulento, abusivo o irregular por pactarse indemnizaciones muy superiores a las previstas en el Estatuto de los Trabajadores y en la Ley de Procedimiento Laboral, para los casos de despido improcedente, alegando una crisis económica en la empresa para que se autoricen las extinciones de los contratos de trabajo y pérdidas que no justifican en forma alguna

el exceso en la indemnización, por lo que la competencia para examinar el título del que deriva el derecho del actor a la cantidad reclamada, es decir, la legalidad del ERE, es de la jurisdicción social, ya que el control de la autoridad laboral en el ERE debía limitarse a la aprobación del acuerdo y de la concurrencia de la causa justificativa de la extinción de los contratos de trabajo, sin poder examinar los términos del acuerdo al que habían llegado la representación de los trabajadores y la empresa, términos del acuerdo que sólo pueden ser controlados por la jurisdicción social .

Nos encontramos ante una doble competencia judicial, el orden jurisdiccional contencioso administrativo que examina los aspectos formales del ERE y la concurrencia de la causa alegada para la procedencia de las extinciones de contratos de trabajo, ya que la autoridad laboral si consideraba que el acuerdo era válido estaba vinculada por el mismo y debía proceder a su aprobación, y el orden jurisdiccional social que es el competente para conocer de las cuestiones de fondo relativas al acuerdo alcanzado entre la empresa y la representación de los trabajadores, para determinar si el mismo es regular o fue acordado de una forma fraudulenta o con abuso de derecho, competencia que se puede ejercer tanto a través del procedimiento de oficio, pronunciamiento que hubiera impedido la aprobación del ERE o en un procedimiento ordinario de reclamación de cantidad, al ser necesario examinar la legalidad del título en el que funda su derecho el actor a la cantidad reclamada.

En este sentido se pronuncia la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo de Sentencia de 23 noviembre 2011 (RJ 2012\3489) en la que se declara que *"en los supuestos de acuerdo entre la empresa y la representación legal de los trabajadores, la Autoridad Laboral puede homologar el acuerdo y autorizar la extinción de los contratos de trabajo o bien denegar una cosa y otra si aprecia un vicio en la voluntad negocial o abuso de derecho. Reseña que el conocimiento si se ha concluido dicho acuerdo con fraude, dolo, coacción o abuso de derecho se ventila ante la jurisdicción social, ante la que la Autoridad laboral debe acudir a través del correspondiente procedimiento de oficio, conforme a lo dispuesto en el artículo 51.5 del Estatuto de los Trabajadores . En caso contrario, como ocurre en el supuesto debatido, debe autorizar las extinciones contractuales, ya que los acuerdos logrados inter- partes (empresa y representación legal trabajadores) resultan vinculantes para la Autoridad Laboral, conforme a lo dispuesto en los artículos 51.4 del Estatuto de los Trabajadores y 3 del Real Decreto 43/1996 "*

Bien entendido que la competencia de la jurisdicción social se extiende únicamente a determinar *"si el acuerdo impugnado adolece de los indicados vicios, ...sin afectar esta pervivencia de la resolución administrativa, en cuanto tal pronunciamiento es ajeno a este orden jurisdiccional social."* (Sentencia del Tribunal Supremo de 15 julio 1994 (RJ 1994\7157).

En consecuencia, la única jurisdicción competente para conocer si en el acuerdo suscrito entre la representación de la empresa y de los trabajadores ha concurrido la existencia de dolo, abuso de derecho o fraude es la jurisdicción social.

La jurisdicción penal no puede pronunciarse sobre la existencia de dolo, fraude o abuso de derecho en el expediente de regulación de empleo, ya que su competencia se limita a determinar la existencia o no de una conducta delictiva de los directivos que adoptaron el acuerdo, encontrándonos ante un supuesto de competencia funcional por conexión (artículo 4º de la Ley de Procedimiento Laboral), que permite a los tribunales del orden social a pronunciarse sobre cuestiones atribuidas a otros órdenes, como el contencioso administrativo, que es el competente para dejar sin efecto la resolución final aprobatoria del ERE enjuiciado, y no de una prejudicialidad penal por no encontrarnos ante un supuesto de falsedad documental, y todo ello entendido sin perjuicio de que *"La decisión que se pronuncie no producirá efecto fuera del proceso en que se dicte."*, como establece el apartado 2 del artículo 4 de la Ley de Procedimiento Laboral , competencia que se mantiene en el actual artículo 4 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social .

Por lo expuesto, no procede estimar la existencia de una prejudicialidad penal al no encontrarnos ante un procedimiento penal en el que se examina la existencia de una falsedad documental, siendo esta jurisdicción competente para examinar la legalidad del expediente de regulación de empleo que justifica el derecho del actor a las cantidades reclamadas, y en el que justifica la sentencia de instancia su pronunciamiento condenatorio de la empresa "Mercasevilla S.A."

SEGUNDO.- Seguidamente procede examinar la existencia de las demás revisiones fácticas solicitadas, pretendiendo en primer lugar la empresa "Mercasevilla S.A." que se adicione al hecho probado 3º dos nuevos párrafos en los que se declare que "El acta acuerdo entre empresa y comité de fecha 29 de marzo de 2.007 disponía que: 1.- Se acepta la realización de un expediente de regulación de empleo, concretado en la extinción de los contratos de trabajo de los trabajadores de la Empresa Mixta "Mercasevilla S.A." y la Fundación Socio-

Asistencial de "Mercasevilla S.A.", relación de trabajadores que figuran reflejados en el documento que se acompaña a este acta como Anexo I. Dicho expediente de regulación de empleo, acordado mediante el Plan de Prejubilaciones presentado por la Dirección de la Empresa tendrá los mismos términos y condiciones fijados en el plan anterior, igualmente elaborado por la Consultora Vitalia S.A., admitiéndose como edad de prejubilación a partir de los 50 años. Las condiciones del Plan de Prejubilaciones, como antes se indicó, se fijan en los mismos términos, que las acordadas en el expediente de regulación de empleo, realizado con anterioridad en fecha 17 de noviembre de 2.003 elaborado igualmente por la Consultora Vitalia S.A..

El citado plan de prejubilaciones del ERE 2.003, fue financiado por la Junta de Andalucía, y concretamente, el acta de acuerdo entre la empresa y el comité de fecha 18 de enero de 2.002, establecía que: "Segundo.- Se establecería un Plan de Prejubilaciones, con apoyo de la Administración Andaluza para este colectivo, con la condición de que las percepciones económicas no superasen el 90% de la base de cotización".

La Sala no admite la adición solicitada, aunque así se deduzca de la documental invocada, ya que la revisión carece de trascendencia para modificar el sentido del fallo, pues el hecho de que el expediente de regulación de empleo de 2.007 se remita en cuanto a las condiciones económicas aplicables a los prejubilados al que se aprobó en 2.003, no supone identidad entre ambos planes, ni mucho menos puede determinar la asunción de compromisos económicos por parte de la Junta de Andalucía, ya que se refieren a una situación económica distinta y que en principio afectan a trabajadores diferentes, aunque alguno de ellos esté incluidos en ambos ERES, es decir, no nos encontramos ante una ampliación del ERE pactado en 2.003, sino ante un nuevo expediente de regulación de empleo, como lo acredita además el hecho de que se pactaran ayudas que superaban el 90% de la base de cotización de los trabajadores, alcanzando el 93%, como declara del hecho probado 2º de la sentencia.

La Sala tampoco puede admitir la adición de un nuevo hecho probado para que se declare que "El actor ha percibido en concepto de premio de jubilación el importe bruto de 39.569,14 euros ", revisión que no podemos aceptar ya que el concepto que figura en el certificado a que se remite el recurso denomina el concepto por el que se percibió la citada cantidad "Complementos premio servicios", por lo que a falta de más datos es necesario realizar una serie de presunciones para afirmar que la cantidad corresponde al premio de jubilación que prevé el convenio colectivo, lo que es inadmisibles en el recurso de suplicación por su naturaleza extraordinaria.

La Sala sin embargo debe admitir la siguiente revisión propuesta para que se declare que "*La Dirección General de Trabajo y Seguridad Social con fecha 5 de noviembre de 2.007, 2 de enero de 2.008 y 29 de abril de 2.008 emitió compromisos de abono relativos a la Póliza de Seguro Colectivo de rentas nº NUM011 suscrita por "Mercasevilla S.A." con el Banco Vitalicio de España (ahora Generali Seguros) respecto del ERE de 2.007 (documentos 15 de nuestro ramo en folios 724 a 729). Por Orden de 27 de abril de 2.012 la Consejería de Empleo (documento 28 de nuestro ramo, en folio 1099) acordó iniciar procedimiento de revisión de oficio de los compromisos de abono citados, sin que conste la conclusión de dicho procedimiento*", sin que sea necesario incluir la referencia al dictamen del Consejo Consultivo por ser un documento posterior al acto del juicio y que no modifica el dato fáctico, ya que la adición de este hecho además de deducirse de la documental aportada los oficios remitidos por el Director General de Trabajo, permite una mejor comprensión del litigio.

La Sala sin embargo no puede aceptar la siguiente revisión pretendida que se refiere a un expediente de regulación de empleo tramitado en la empresa "Surcolor S.A." y que por tanto no tienen ninguna trascendencia en este procedimiento.

Por último debemos admitir la siguiente revisión propuesta para que se adicione un nuevo hecho probado en el que se declare que "*La indemnización por despido máxima a percibir en aplicación del tope de 42 mensualidades por el actor sería 102.023,46 euros (folio 1.044) y la del conjunto de la plantilla de 2.540.820,73 euros (folio 1044), mientras que el costes de las primas de la póliza de seguros, incluidas comisiones era de más de 9 millones de euros (folios 1044, 1110 y póliza en documento nº 14 del ramo de prueba de la empresa) y las del actor de 153.236,52 euros más el 20,03% de comisiones (folio 1116)*".

La masa salarial en los años 2.007 y 2.008 fue de 5.643.903,89 euros y de 5.801.654,98 euros respectivamente (folio 1045)", ya que la revisión propuesta permite conocer las consecuencias económicas que se derivan para la empresa una vez pactado el ERE de 2.007, por lo que tiene trascendencia para la resolución del presente recurso de suplicación.

TERCERO.- En relación con el Derecho aplicado en la sentencia se denuncia en el recurso, por la vía del apartado c) del artículo 193 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social , la infracción por aplicación

errónea del artículo 51.8 del Estatuto de los Trabajadores en la redacción vigente en la fecha del ERE de 2.007 y la falta de aplicación de las Órdenes de 5 de octubre de 1.994 y 5 de abril de 1.995 sobre ayudas a la prejubilación.

Para determinar el derecho del actor a las diferencias que reclama, hemos de tener en cuenta que el expediente de regulación de empleo NUM012 , autorizaba la extinción de los contratos de trabajo por causas económicas y organizativas al existir pérdidas en la empresa y un sobredimensionamiento de la plantilla, y en ese ERE se acordó en el acta de 29 de marzo de 2.007, que homologó la autoridad laboral, un Plan de Prejubilaciones en el que se fijaba para los trabajadores comprendidos entre 50 y 54 años, como el actor que tenía 54 años en la fecha en que se adhirió al plan, la garantía del *"89% del salario neto mensual de la base reguladora anterior a la fecha en que se hará efectiva la prejubilación"* comprometiéndose la empresa a suscribir una póliza de seguro con una entidad solvente que garantice a los trabajadores las diferencias entre las cantidades de las distintas prestaciones públicas y las resultantes una vez aplicados los porcentajes a los que tenían derecho los trabajadores, teniendo derecho además a un incremento anual de estas ayudas del 2%.

De lo pactado en el expediente de regulación de empleo NUM012 , se deduce que lo que se abona al actor es la indemnización por extinción de la relación laboral, indemnización que en este caso excede exageradamente de la fijada en el artículo 51.8 del Estatuto de los Trabajadores , que en la redacción vigente en la fecha de extinción del contrato de trabajo era de *"veinte días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año, con un máximo de doce mensualidades."* , indemnización que también supera la prevista para un despido improcedente, pero además cuando este acuerdo se materializa en la póliza suscrita con el Banco Vitalicio de España Compañía Anónima de Seguros y Reaseguros S.A., hoy "Generali España S.A. de Seguros y Reaseguros", todavía se incrementan más el importe de esta indemnización al incluir no sólo el complemento salarial del que habla el acuerdo, sino una cantidad para cubrir el Convenio Especial de la Seguridad Social, y una renta vitalicia y constante, por lo que debemos afirmar que el acuerdo alcanzado entre la representación de la empresa y el Comité de Empresa, y su posterior materialización en el seguro pactado con Banco Vitalicio de España Compañía Anónima de Seguros y Reaseguros S.A., constituye un auténtico abuso de derecho y un fraude de ley.

El fraude de ley, proscrito en el artículo 6.4 del Código Civil , ha sido definido por la Sala Civil de Tribunal Supremo en sentencia de 19 de mayo de 1.997 como *"la realización de uno o varios actos productores de un resultado contrario a una Ley, que aparece amparado por otra Ley dictada con una finalidad diferente; por lo que los requisitos son, en primer lugar, el acto realizado al amparo de una norma, la llamada «Ley de cobertura», y en segundo lugar, que persiga un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico o contrario a la «Ley defraudada»"* , en el ámbito laboral la sentencia del Tribunal Supremo 16 de enero de 1.996 (RJ 1996\191) conceptúa el fraude de ley como *"una conducta intencional de utilización desviada de una norma del ordenamiento jurídico para la obtención de un resultado antijurídico"*.

Los expedientes de regulación de empleo son utilizados para mejorar la situación de una empresa en crisis como es "Mercasevilla S.A.", por lo que el ordenamiento laboral fija una indemnización menor de 20 días por año de servicio, que la que correspondería por despido improcedente que es de 45 días por año de servicio, constituyendo una indemnización tasada que compensa los daños y perjuicios sufridos por el trabajador como consecuencia de la pérdida de empleo.

Es aceptable que un ERE se puede acordar por las partes una indemnización superior a la prevista en el Estatuto de los Trabajadores, pero siempre que guarde proporción con la situación económica de la empresa, es decir, una empresa con beneficios y por causas organizativas puede pactar con los trabajadores la indemnización que tenga por conveniente, pero una empresa en una precaria situación económica no puede acordar indemnizaciones que superen con mucho los límites legales, mucho menos como en este caso en el que se pretendía pactar estas indemnizaciones pero no pagarlas sino que fueran financiadas por la Junta de Andalucía, al parecer con la anuencia del Director General de Trabajo de la Junta de Andalucía, indemnizaciones excesivas que pueden conducir, como así ha ocurrido, a la descapitalización de la empresa por superar con mucho los recursos económicos de la misma y a precarizar aún más su situación económica, asumiendo deudas que ponen en peligro su viabilidad.

CUARTO.- Es cierto que el Acuerdo pactado entre los representantes de los trabajadores y el Comité de Empresa el 29 de marzo de 2.007 fue aprobado por Resolución de la Delegación Provincial de la Consejería de Empleo de la Junta de Andalucía de 7 de mayo de 2.007, pero dicha autorización no ha controlado debidamente las condiciones pactadas.

La autorización administrativa en los expedientes de regulación de empleo según la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo de Sentencia de 23 junio 2003 (RJ 2003\5785), tiene por objeto **"evitar que los despidos colectivos se produzcan sin un mecanismo de control previo en defensa de los intereses generales que pueden resultar afectados. Entre ellos, desde luego, los intereses de los trabajadores considerados en su globalidad, pero también la competitividad empresarial, costes económicos de los procesos de reestructuración o ajuste de plantilla"**. Se establece, de esta forma, la sujeción de los poderes empresariales de disposición sobre el término de los contratos a la existencia de causas justificativas previstas legalmente, sin que la limitación administrativa instrumental en que consiste la necesaria autorización pueda desligarse de su condición causal, en los términos previstos en la norma que reconoce a la Administración la correspondiente potestad de intervención, conectada, además, con las exigencias de la economía general.

Por consiguiente, la actividad que la Administración desenvuelve, al otorgar o denegar la autorización pedida no es otra que la confrontación de la solicitud empresarial con las causas legales que permiten al empresario adoptar los despidos ...

La concurrencia efectiva de las causas legales de los despidos colectivos y su adecuación a los objetivos señalados por el legislador se sujeta a un procedimiento de verificación por las Administraciones de carácter reglado, sin que éstas dispongan de facultades discrecionales que les permitan oponerse a los despidos ni tampoco arbitrar o solucionar conflictos entre intereses de los empresarios y trabajadores al margen de las previsiones causales de los despidos colectivos establecidas por el legislador...

Y así, la autorización por la autoridad laboral de la extinción de las relaciones laborales se condiciona a una doble exigencia: la concurrencia de la causa económica o productiva que constituya un hecho no previsto ni buscado intencionadamente por el empresario, y que la medida propuesta de despido colectivo sirva instrumentalmente a superar o atenuar dicha crisis económica o de productividad; lo que, por otra parte beneficia también a los trabajadores en la medida en que repercute en la viabilidad o continuidad de la actividad empresarial

La homologación de la propuesta de extinción de las relaciones laborales por la autoridad laboral se condicionaba, por tanto, según el artículo 51.3 y 5 Estatuto de los Trabajadores , a que ésta se acompañara del pacto suscrito por el empresario y los representantes de los trabajadores ..Dicho acuerdo, en lo que se refiere a la extinción de los contratos, vinculaba a la Administración que tenía que homologarle."

En este mismo sentido se pronuncia la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo de 23 noviembre 2011 (RJ 2012\3489) en la que se declara que "los acuerdos logrados inter partes (empresa y representación legal trabajadores) resultan vinculantes para la Autoridad Laboral..".

En este caso se observa que la autoridad laboral, vinculada por el acuerdo alcanzado en el ERE NUM012 , no valoró suficientemente las consecuencias económicas del mismo para la empresa, además de la inclusión indebida de trabajadores, posiblemente por la presunta connivencia de altos cargos de la Consejería de Empleo de la Junta de Andalucía, cuya actuación esta siendo enjuiciada en la jurisdicción penal y sobre la que no podemos pronunciarnos en este procedimiento, pero es evidente que el acuerdo adoptado al superar las indemnizaciones fijadas en el mismo para la extinción de los contratos de trabajo a las que corresponden por el despido improcedente, determinan que se haya utilizado el ERE de forma ilegítima para lograr que los trabajadores obtuvieran indemnizaciones superiores que las fijadas legalmente, incluso si se declarara la improcedencia del despido del actor.

QUINTO.- La Sala sin embargo no puede estimar la existencia de la infracción de los artículos 21.5 de la Ley 42/2006 de Presupuestos Generales del Estado para el año 2.007 y 22.4 de la Ley 51/2.007, de 26 de diciembre de Presupuestos Generales del Estado para 2.008, ya que ambos preceptos se refieren a los Planes de Pensiones de los trabajadores en activo, y en el recurso nos encontramos ante el pago de la indemnización por extinción de la relación laboral, mediante una renta vitalicia, que se asegura a través de una Compañía de Seguros.

El artículo 21.5 de la Ley 42/2006 de Presupuestos Generales del Estado para el año 2.007, dispone que: "Además del incremento general de retribuciones previsto en los párrafos precedentes, las Administraciones, entidades y sociedades a que se refiere el apartado Uno del presente artículo podrán destinar hasta un 0,5 por 100 de la masa salarial a financiar aportaciones a planes de pensiones de empleo o contratos de seguro colectivos que incluyan la cobertura de la contingencia de jubilación, para el personal incluido en sus ámbitos, de acuerdo con lo establecido en la disposición final segunda del Texto Refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones .", regulación que es idéntica en el artículo 22.4 de la Ley 51/2.007,

de 26 de diciembre de Presupuestos Generales del Estado para 2.008, siendo evidente que se refiere a los trabajadores en activo y no a los que ven extinto su contrato de trabajo como consecuencia de un expediente de regulación de empleo.

Tampoco procede aplicar la Disposición Final 2ª del Real Decreto Legislativo 1/2002, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones, que se menciona en el recurso, ya que también se refieren a los planes de pensiones de personal con contrato en vigor con la sociedad participada con capital público, así esta disposición regula la Previsión social complementaria del personal al servicio de las administraciones, entidades y empresas públicas, estableciendo que *" Las Administraciones públicas, incluidas las Corporaciones Locales, las entidades, organismos de ellas dependientes y empresas participadas por las mismas podrán promover planes de pensiones de empleo y realizar aportaciones a los mismos, así como a contratos de seguro colectivos, incluidos los formalizados por mutualidades de previsión social empresarial, al amparo de la disposición adicional primera de esta Ley, con el fin de instrumentar los compromisos u obligaciones por pensiones vinculados a las contingencias del artículo 8.6 de esta Ley referidos a su personal funcionario o laboral o en relación de servicios regulada por normas administrativas estatutarias."*

Conviene señalar que el artículo 8.6 de la Ley se refiere a planes de pensiones complementarios a las prestaciones que pueda recibir el empleado de la sociedad mercantil en el caso de jubilación, aún cuando el trabajador haya extinguido su relación laboral con anterioridad, mientras que en el presente caso no se garantiza a los trabajadores incluidos en el ERE de 2.007 el pago de la prestación de jubilación sino de la diferencia entre las prestaciones a que tiene derecho por su situación de desempleo y un porcentaje del salario que percibía al extinguirse la relación laboral, por lo que las normas citadas no tienen aplicación en el presente caso, procediendo desestimar este motivo de recurso.

SEXTO.- En el siguiente motivo de recurso "Mercasevilla S.A." denuncia la infracción de los artículos 104 y 106 de la Ley 30/1992 de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, reclamando la responsabilidad de la Consejería de Empleo de la Junta de Andalucía en el pago de las primas necesarias para el pago al actor de las cantidades reclamadas que derivan del boletín de adhesión a la póliza NUM011, suscrita por "Mercasevilla S.A." y el Banco Vitalicio de España Compañía Anónima de Seguros y Reaseguros S.A., hoy "Generali España S.A. de Seguros y Reaseguros".

Se pretende en el recurso que se declare la responsabilidad de la Consejería de Empleo de la Junta de Andalucía en el pago de unas ayudas, a pesar de que las mismas se autorizaron por el Director General de Trabajo, sin existir un procedimiento previo que autorizara su concesión, lo que determina de facto que la Junta de Andalucía no puede estar vinculada por actos particulares, aunque sean emitidos por una autoridad pública, que no sigan los procedimientos reglamentarios.

En este sentido se pronuncia la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sala de lo Contencioso-Administrativo de Sevilla, referida a una reclamación vinculada al ERE nº NUM012 en sentencia de 17 de diciembre de 2.012, dictada en el recurso nº 69/2012, en la que se declara: "a) *Que los controles de legalidad que incumben a la autoridad laboral respecto al ERE fallaron, al autorizar la inclusión de un trabajador/es que no reúnen los requisitos para ello.*

b) Que la ayuda socio laboral, para financiar las obligaciones asumidas por la empresa derivadas del ERE, con cargo al erario público, es nula de pleno derecho al prescindirse total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido, como ha declarado esta Sala en sentencia firme, de 2 de noviembre de 2011 recurso 989/10, referida a una ayuda directa con cargo a la partida presupuestaria 0.1.14.00.01.00.440.51.31.L.O.: "El art. 62.1.e) de la Ley 30/92 establece que son nulos de pleno derecho, los dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido.

En el caso de autos es evidente que concurre la causa de nulidad expresada, por cuanto no existe procedimiento alguno, limitándose el Director General de Trabajo y Seguridad Social a dictar resolución en la que se indica haberse resuelto conceder la subvención, pero sin que exista trámite en expediente previo alguno, ni siquiera existe solicitud de otorgamiento por parte de la actora.

La nulidad de pleno derecho constituye el grado máximo de invalidez, gozando de eficacia ex tunc, esto es, priva de efectos al acto desde el momento en que se dicta, y como ha señalado la doctrina y la jurisprudencia (sentencias de 4 de enero e 1983 y 24 de abril de 1985), puede ser declarada de oficio por el órgano jurisdiccional."

En consecuencia habiendo ya declarado nulo el orden jurisdiccional contencioso administrativo la ayuda indebidamente abonada por la Consejería de Empleo de la Junta de Andalucía, no es posible que se declare en estos autos responsabilidad para la Junta de Andalucía en el abono de la cantidad reclamada, ya que sería como conceder efectos a una ilegalidad manifiesta como es la de conceder una ayuda pública, sin que ni siquiera haya sido solicitada por la empresa beneficiada por la misma.

SÉPTIMO.- Por similares motivos debemos rechazar la infracción alegada del artículo 14 de la Ley 50/1980 de 8 de octubre de contrato de seguro, motivo en el que la empresa "Mercasevilla S.A." vuelve a mantener que la Junta de Andalucía es un tomador impropio de la póliza de seguro y que por tanto está obligada al pago de las primas del mismo que garantizan el pago de las cantidades reclamadas por el actor, ya que al justificarse el pago de las anteriores primas en un acto administrativo radicalmente nulo, nada cabe exigir a la Junta de Andalucía en el cumplimiento del contrato de seguro.

En conclusión el ERE en el que funda su derecho el actor es notoriamente irregular, ya que permite al trabajador obtener una indemnización por extinción de la relación laboral superior a la que le correspondería, aún en el caso de que se declarara la improcedencia del despido, habiendo suscrito los representantes de la empresa "Mercasevilla S.A." el acuerdo con el Comité de Empresa en el seno del ERE, sin velar por los intereses de la misma, en la creencia de que estas indemnizaciones indebidas serían sufragadas en su mayor parte por la Consejería de Empleo de la Junta de Andalucía, por lo que hemos de considerar el ERE irregular y nulo por fraudulento, al utilizar un mecanismo previsto por la ley como es el expediente de regulación de empleo para garantizar la viabilidad de empresas en situación de crisis económica, para permitir obtener a los trabajadores unas indemnizaciones superiores a las que les hubiera correspondido en el caso de reconocerles la improcedencia del despido, hechos que están siendo investigados penalmente para depurar las responsabilidades de los directivos de la empresa, por lo que no puede ésta ser obligada a unos pagos que resultan ilegítimos y abusivos, mucho más si tenemos en cuenta que en la posterior póliza de seguros suscrita por la empresa Banco Vitalicio de España Compañía Anónima de Seguros y Reaseguros S.A., incluso se incrementaron las prestaciones pactadas en el ERE con otras de carácter de vitalicio, por lo que hemos de considerar el ERE nulo a efectos de la presente reclamación.

No obstante como el mismo mantiene su vigor hemos de reconocer al actor el derecho a las indemnizaciones por despido improcedente al tener el origen de su reclamación en un cese producido irregularmente, estando conforme la empresa en que la cantidad debida por este concepto ascendería a 102.023,46 euros, siendo esta la única responsable de las consecuencias económicas por la extinción de la relación laboral improcedente e irregularmente acordada, por lo que habiendo percibido el actor de la demandada "Generali España S.A. de Seguros y Reaseguros" la cantidad de 12.707,76 euros en 2.008, 12.093,84 euros hasta noviembre de 2.009 (hecho probado 6º) y la cantidad de 66.399 euros desde diciembre de 2.009 hasta octubre de 2.012 (hecho probado 9º), ha percibido 91.200,60 euros restándole por percibir 10.822,86 euros y a esta cantidad debe reducirse la cantidad a la que condena la sentencia dejando sin efecto la condena de futuro que contiene la misma.

OCTAVO.- Por último se pretende en el recurso que se deduzca de la cantidad debida la suma de 39.569,14 euros que percibió en concepto de premio de jubilación, que está regulado en el artículo 42 del X Convenio colectivo de "Mercasevilla S.A." que dispone que *"Al momento de la jubilación forzosa en la Empresa, a los 65 o 64 años, el trabajador recibirá un premio consistente en una mensualidad de salario base, antigüedad, premio extraordinario y premio a la constancia..."*

5.- En el supuesto de que trabajadores con más de 60 años y menos de 64 se jubilasen voluntariamente en la Empresa, percibirán en concepto de premio cuatro mensualidades de salario base, antigüedad, premio extraordinario, y premio a la constancia, vigentes en cada momento, por año que falte hasta cumplir los 65 años de edad, abonándose las fracciones a prorrata."

En este caso, como ya hemos dicho no sabemos si la cantidad abonada por "Mercasevilla S.A." en concepto de "complemento premio servicios" es equivalente al premio de jubilación o su abono responde a otro motivo, pero es evidente la falta de homogeneidad con la indemnización por extinción del contrato de trabajo, por lo que vista esta falta de homogeneidad entre las cantidades que se reclaman mutuamente, diferencias en la indemnización por extinción del contrato, el "premio de jubilación" que es una mejora voluntaria de la Seguridad Social, o el "complemento de premio de servicios", cuyo objeto y finalidad desconocemos, no es posible la compensación entre ambas cantidades, además de haberse tenido que formular en el acto de conciliación la reconvencción procedente para que se examinara en este procedimiento la reclamación de la empresa "Mercasevilla S.A." de la citada cantidad al actor.

Esta Sala ha declarado reiteradamente que la reconversión y compensación son motivos de oposición distintos, pues mientras aquella consiste en una nueva acción que el demandado introduce en el proceso contra el actor, acción nueva que actúa con independencia de la primitiva de la parte actora hasta el punto de que si prospera puede ser condenado el actor - demandado en la reconversión-, aunque su pretensión sea desestimada, por el contrario, la compensación es una excepción perentoria íntimamente ligada a la acción de la parte actora, que tiene por finalidad extinguir o enervar la misma en la cantidad concurrente de ambos créditos, por lo que han de ser de análoga naturaleza, conforme se deduce del nº 2 del artículo 1.196 del Código Civil .

Es importante esta homogeneidad o analogía de ambos créditos en el proceso laboral, dadas sus peculiaridades, derivadas de los principios de concentración y celeridad que lo informan, según el artículo 74.1 del al Ley de Procedimiento Laboral, principios que, a tenor del nº 2 del mismo precepto, orientarán la interpretación y aplicación de las normas procesales propias de las modalidades procesales reguladas en dicha ley .

Efectivamente, la circunstancia de que la celebración de lo actos de conciliación y juicio hayan de tener lugar en una única convocatoria (artículo 82.2 de dicho texto procesal), en cuyo acto se contesta a la demanda (artículo 85.2), justifica que la compensación de deudas deba limitarse a concepto retributivos, porque no se haya abonado un concepto o se ha satisfecho en cuantía inferior a la debida, y en cambio se ha pagado otro no debido, o en cuantía superior a la legal o convencionalmente establecida, o se han entregado cantidades a cuenta de haberes o como anticipo de los mismos, abonos que quien reclama diferencias retributivas, está obligado a tener en cuenta, para determinar con la mayor exactitud posible lo que realmente se le debe.

Por el contrario, si se trata de deudas de distinta naturaleza, que no estaba obligado a tomar en consideración al ejercitar su acción, su reclamación por vía de la excepción de compensación en el acto del juicio, sin previo conocimiento de que en él le iban a ser exigidas, puede ocasionarle indefensión, proscrita, en el artículo 24.1 de la Constitución Española , al no ir preparado para acreditar los posibles motivos de oposición que pudiera alegar.

Estas aludidas peculiaridades del proceso laboral justifican que el artículo 85.2 de la Ley de Procedimiento Laboral disponga que *"en ningún caso podrá formular -el demandando- reconversión, salvo que la hubiese anunciado en la conciliación previa la proceso o en la contestación a la reclamación previa, y hubiese expresado en esencia los hechos en que se funda y la petición en que se concreta"*.

En consecuencia, no habiéndose formulado la reconversión oportunamente no procede por vía de la compensación descontar la cantidad abonada en concepto de premio de jubilación, sin perjuicio del derecho de la empresa a reclamar la misma en un procedimiento independiente, en el que el demandante pueda alegar los motivos de oposición a la reclamación y las excepciones que le pudieran corresponder.

Por lo expuesto procede la estimación parcial del recurso de suplicación interpuesto reduciendo la cantidad a la que condena la sentencia a 10.822,86 euros, dejando sin efecto la condena de pago futuro que contiene la misma y reservando a "Mercasevilla S.A." las acciones que pueden corresponderle para reclamar el premio de jubilación, si lo hubiera abonado o la cantidad satisfecha en concepto de "complemento premio servicios".

NOVENO.- Por último, aunque en el recurso se solicita la condena a la entidad aseguradora "Generali España S.A. de Seguros y Reaseguros", no existen razonamientos específicos que justifiquen la misma por lo que constando la falta de pago de las primas del seguro por parte de "Mercasevilla S.A.", esta entidad tiene derecho a la reducción del seguro dejando de abonar las rentas a los beneficiarios del mismo.

El artículo 14 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, del Contrato de Seguro establece que *"El tomador del seguro está obligado al pago de la prima en las condiciones estipuladas en la póliza"* , en este caso como se dice en la impugnación del recurso nos encontramos ante un seguro de ahorro que tiene como finalidad cubrir los compromisos asumidos por la empresa "Mercasevilla S.A." con los trabajadores que vieron extinguido su contrato como consecuencia de un expediente de regulación de empleo, a los que le abonaban las indemnizaciones que les correspondían a través de una renta mensual, garantizando su pago mediante el concierto de un seguro colectivo de vida que tiene que estar dotado de fondos suficientes para cubrir las rentas presentes y futuras de los trabajadores beneficiarios del seguro.

Por ello el impago de la prima no da lugar a la extinción del seguro, como facultaría el artículo 15 de la Ley de Contrato de Seguro , sino sólo a su reducción como establece el artículo 95 de la Ley de Contrato de Seguros , al disponer que: *"Una vez transcurrido el plazo previsto en la póliza, que no podrá ser superior*

a dos años desde la vigencia del contrato, no se aplicará el párrafo dos del artículo 15 sobre falta de pago de la prima. A partir de dicho plazo, la falta de pago de la prima producirá la reducción del seguro conforme a la tabla de valores inserta en la póliza.", reducción del seguro por impago de la prima que también está reconocido en la póliza suscrita por la empresa "Mercasevilla S.A.", por lo que fue adecuada la actuación de la aseguradora de no asumir el pago de unas rentas a los beneficiarios del seguro, si el asegurador, en este caso "Mercasevilla S.A.", incumple las obligaciones de pago de la prima que les corresponde, por lo que carece de responsabilidad en el pago de la cantidad reclamada, debiendo confirmarse su absolución en la sentencia de instancia.

FALLAMOS

Que debemos estimar y estimamos parcialmente el recurso de suplicación interpuesto por la empresa "MERCADOS CENTRALES DE ABASTECIMIENTOS DE SEVILLA S.A. (MERCASEVILLA)" contra la sentencia dictada el día 3 de diciembre de 2.012, aclarada por auto de fecha 6 de Febrero de 2.013 por el Juzgado de lo Social nº 5 de Sevilla en el procedimiento seguido por la demanda interpuesta en reclamación de cantidad a instancias de D. Cayetano contra la empresa "MERCADOS CENTRALES DE ABASTECIMIENTOS DE SEVILLA S.A. (MERCASEVILLA)", "GENERALI ESPAÑA S.A. DE SEGUROS Y REASEGUROS" y la CONSEJERÍA DE EMPLEO DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA-DIRECCION GENERAL DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL, habiendo sido parte el MINISTERIO FISCAL y revocando parcialmente la sentencia condenamos a la empresa "MERCADOS CENTRALES DE ABASTECIMIENTOS DE SEVILLA S.A. (MERCASEVILLA)" a abonar a D. Cayetano la cantidad de 10.822,86 euros, dejando sin efecto la condena de futuro que contiene la misma y reservando a la empresa "MERCADOS CENTRALES DE ABASTECIMIENTOS DE SEVILLA S.A. (MERCASEVILLA)" las acciones para reclamar la cantidad que hubiera podido abonar al actor en concepto de "premio de jubilación" o "complemento premio servicios".

Se ratifica la absolución de la empresa "GENERALI ESPAÑA S.A. DE SEGUROS Y REASEGUROS" y la CONSEJERÍA DE EMPLEO DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA-DIRECCION GENERAL DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL, de todas las pretensiones deducidas en su contra en la instancia.

Notifíquese esta sentencia a las partes y al Excmo. Sr. Fiscal de este Tribunal, advirtiéndose que, contra ella, cabe recurso de Casación para la Unificación de Doctrina, que podrá ser **preparado** por cualquiera de las partes o el Ministerio Fiscal dentro de los **DIEZ DÍAS** hábiles siguientes a la notificación de la misma, mediante **escrito** dirigido a esta Sala, firmado por abogado -caso de no constar previamente, el abogado firmante deberá acreditar la representación de la parte-, con tantas **copias** como partes recurridas, expresando el propósito de la parte de formalizar el recurso; y en el mismo deberá **designarse un domicilio** en la sede de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo a efectos de notificaciones, con todos los datos necesarios para su práctica y con los efectos del apartado 2 del artículo 53 Ley reguladora de la Jurisdicción Social.

En tal escrito de preparación del recurso **deberá constar**: a) exposición de "cada uno de los extremos del núcleo de la contradicción, determinando el sentido y alcance de la divergencia existente entre las resoluciones comparadas, en atención a la identidad de la situación, a la igualdad sustancial de hechos, fundamentos y pretensiones y a la diferencia de pronunciamientos";

b) "referencia detallada y precisa a los datos identificativos de la sentencia o sentencias que la parte pretenda utilizar para fundamentar cada uno de los puntos de contradicción";

c) que las "sentencias invocadas como doctrina de contradicción deberán haber ganado firmeza a la fecha de finalización del plazo de interposición del recurso", advirtiéndose, respecto a las sentencias invocadas, que "Las sentencias que no hayan sido objeto de expresa mención en el escrito de preparación no podrán ser posteriormente invocadas en el escrito de interposición".

d) Asimismo la parte recurrente que no goce del beneficio de la justicia gratuita o de la exención de la obligación de constituir depósitos si recurre deberá presentar en esta Secretaría resguardo acreditativo del depósito de 600 euros en la cuenta corriente de «Depósitos y Consignaciones» núm. 4.052-0000-35-0972-13, abierta a favor de esta Sala en el Banco de Santander, especificando en el campo concepto que se trata de un recurso y mantener la consignación efectuada en la instancia

e) Asimismo se advierte que la parte que no estuviera exenta deberá adjuntar al escrito de interposición del recurso de casación para la unificación de doctrina, el ejemplar para la Administración de Justicia, del modelo 696 aprobado por Orden HAP/2662/2012 de 13 de diciembre, con el ingreso debidamente validado, y en su caso el justificante del pago del mismo, en la cuantía establecida para el orden social, por Ley 10/2012, de 20 de noviembre, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia



y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses y en el Real Decreto -Ley 3/13 de 22 de febrero, por el que se modifica el régimen de las tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y el sistema de Asistencia Jurídica Gratuita.

Una vez firme la sentencia por el transcurso del plazo sin interponerse el recurso, únase el original de esta sentencia al libro de su razón y una certificación de la misma al presente rollo, que se archivará en esta Sala.

Devuélvase los autos al Juzgado de lo Social de procedencia con certificación de la misma, diligencia de su firmeza y, en su caso, certificación o testimonio de la posterior resolución que recaiga.

Devuélvase a la parte recurrente el depósito efectuado para recurrir y en su caso devuélvase parcialmente la consignación efectuada o cancelense parcialmente los aseguramientos prestados, destinándolos al cumplimiento de la condena.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- En Sevilla a

La extiendo yo el/la Secretario/a para hacer constar que, una vez extendida la anterior sentencia y firmada por los Magistrados que la dictan, se procede a la publicación y depósito en la Oficina Judicial, en el día de la fecha; ordenándose su notificación y archivo y dándose publicidad en la forma permitida u ordenada en la Constitución y en las Leyes. Doy fé.

FONDO DOCUMENTAL • CENDOJ