



Roj: STSJ M 18975/2010 - ECLI:ES:TSJM:2010:18975
Id Cendoj: 28079340042010100838
Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social
Sede: Madrid
Sección: 4
Nº de Recurso: 5487/2010
Nº de Resolución: 830/2010
Procedimiento: RECURSO SUPPLICACION
Ponente: MARIA LUZ GARCIA PAREDES
Tipo de Resolución: Sentencia

RSU 0005487/2010

T.S.J.MADRID SOCIAL SEC.4

MADRID

SENTENCIA: 00830/2010

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID

SALA DE LO SOCIAL-SECCIÓN 4ª- (C/ GENERAL MARTÍNEZ CAMPOS, 27)

N.I.G: 28079 4 0043421 /2010, **MODELO:** 46050

TIPO Y Nº DE RECURSO: RECURSO SUPPLICACIÓN 5487/2010

Materia: Derechos y Cantidad

Recurrente/s: Eulalio

Recurrido/s: INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL,

BOUNCOPY S.A., BOUNCOPY MEDIACIÓN SOCIEDAD AGENCIA DE SEGUROS VINCULADA S.L. e IBERMUTUAMUR

JUZGADO DE ORIGEN/AUTOS: JDO. DE LO SOCIAL Nº 31 de MADRID, DEMANDA nº: 421/2010

J.S.

Sentencia número: 830/2010

Ilmos/as. Sres/as. D/Dª.

MIGUEL ÁNGEL LUELMO MILLÁN

MARIA LUZ GARCIA PAREDES

LUIS GASCON VERA

En MADRID a 23 de Diciembre de 2010, habiendo visto las presentes actuaciones la Sección 4ª de la Sala de lo Social de este Tribunal Superior de Justicia, compuesta por los/as Ilmos/as. Sres/as. citados/as, de acuerdo con lo prevenido en el

artículo 117.1 de la Constitución Española,

EN NOMBRE DE S.M. EL REY

Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE

EL PUEBLO ESPAÑOL

ha dictado la siguiente

S E N T E N C I A

en el RECURSO SUPPLICACIÓN 5487/2010, formalizado por el/la Sr/a. Letrado D/D^a. Santiago **Satué González** en nombre y representación de Eulalio , contra la sentencia de fecha quince de julio de dos mil diez, dictada por el JDO. DE LO SOCIAL N^o 31 de MADRID, en sus autos número 421/2010, seguidos a instancia de la parte recurrente frente al INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, BOUNCOPY S.A., BOUNCOPY MEDIACIÓN SOCIEDAD AGENCIA DE SEGUROS VINCULADA S.L. e IBERMUTUAMUR, sobre Derechos y Cantidad, ha sido Magistrado-Ponente el/la Ilmo/a. Sr/a. D/D^a. MARIA LUZ GARCIA PAREDES.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Según consta en los autos, se presentó demanda por la citada parte actora contra la mencionada parte demandada, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, tras los pertinentes actos procesales de tramitación y previa celebración de los oportunos actos de juicio oral, en el que quedaron definitivamente configuradas las respectivas posiciones de las partes, dictó la sentencia referenciada anteriormente.

SEGUNDO.- En dicha sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos en calidad de expresamente declarados probados:

"PRIMERO.- El demandante Eulalio ha prestado sus servicios por cuenta y orden para BOUNCOPY SA, con la categoría profesional de teleoperador especialista, con antigüedad de 13 de febrero de 2006, y un salario diario de 1.899,90 euros con inclusión de pagas extraordinarias.

SEGUNDO.- El actor inició la prestación de sus servicios en la fecha antes indicada; con fecha 24 de junio de 2009, y con fecha de efectos 1 de julio de 2009, la empresa BOUNCOPY MEDIACION AGENCIA DE SEGUROS VINCULADA SL se subrogó en la relación laboral.

TERCERO.- El actor se ha encontrado en situación de ILT derivada de enfermedad común en el período 14 de abril a 26 de mayo de 2009, siendo la base de cotización al mes anterior a la baja de 2.736,67 euros. Desde el 10 de junio de 2009 el actor se encuentra en situación de ILT, siendo la base de cotización del mes anterior a la baja de 1.709,16 euros.

CUARTO.- El actor, por diferencias entre lo percibido y lo que estima que debiera haber percibido por el concepto de prestación por incapacidad temporal, reclama en su demanda la cantidad de 4.656,39 euros, de acuerdo al desglose que se recoge en el Hecho Quinto de su demanda, y que se da por reproducido.

La empresa ha efectuado las siguientes cotizaciones en nombre del actor en los meses anteriores a las situaciones de ILT:

Marzo de 2008: 2.016,93 euros.

Abril de 2008: 1.385,71 euros.

Mayo de 2008: 2.133,48 euros.

Junio de 2008: 2.034,04 euros.

Julio de 2008: 1.734,23 euros.

Agosto de 2008: 1.685,93 euros.

Septiembre de 2008: 1.448,71 euros.

Octubre de 2008: 1.477,93 euros.

Noviembre de 2008: 2.349,93 euros.

Diciembre de 2008: 1.144,73 euros.

Enero de 2009: 1.480,68 euros.

febrero de 2009: 1.846,68 euros.

marzo de 2009: 2.736,68 euros.

abril de 2009: 1.491,26 euros.

mayo de 2009: 1.709,16

CUARTO.- La nómina del actor en el mes de marzo de 2009 recoge las siguientes partidas y conceptos:

Salario Base: 925,44 euros.

Prorrata de pagas extras: 154,24 euros.

Incentivos 1.657 euros.

La nómina del actor en el mes de mayo de 2009 recoge las siguientes partidas y conceptos:

Salario Base: 123,39 euros.

Prorrata de pagas extras: 20,57 euros.

Enfermedad SS 60%: 108,36 euros.

Enfermedad SS 75%: 1.038,45 euros

QUINTO.- La trabajadora no ha ostentado la condición de delegado de personal, miembro del comité de empresa, o ha sido delegado sindical.

SEXTO.- Se celebró el preceptivo acto de conciliación con el resultado de sin efecto."

TERCERO.- En dicha sentencia recurrida en suplicación se estimó la excepción planteada por el INSS y TGSS y se desestimó la demanda formulada por la parte actora.

CUARTO.- Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por la parte demandante. Tal recurso fue objeto de impugnación por la contraparte.

QUINTO.- Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos principales, en unión de la pieza separada de recurso de suplicación, a esta Sala de lo Social, tuvieron los mismos entrada en esta Sección en fecha ocho de noviembre de dos mil diez, dictándose las correspondientes y subsiguientes decisiones para su tramitación en forma.

SEXTO.- Nombrado Magistrado-Ponente, se dispuso el pase de los autos al mismo para su conocimiento y estudio, señalándose día para los actos de votación y fallo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia de instancia ha desestimado la demanda en la que se reclama por la parte actora el incremento de la base reguladora del subsidio de incapacidad temporal, en el periodo recogido en demanda, reclamando el importe de 4.656,39 euros.

Frente a dicha sentencia se ha interpuesto recurso de suplicación por el demandante en el que como primer motivo, al amparo del apartado b) del artículo 191 de la Ley de Procedimientos Laboral, interesa la ampliación del relato fáctico mediante la adición de un nuevo hecho probado en el que se indique lo que percibió mensualmente en concepto de incentivos por su actividad en la empresa desde enero de 2008 a marzo de 2009, citando a tal fin como prueba documental las nóminas que figuran a los folios 59 a 71.

El motivo debe ser admitido porque la prueba documental invocada ha sido valorada por la sentencia recurrida y admitida como válida en su contenido, de forma que resultando de los citados documentos los conceptos que se pretenden introducir es procedente su admisión que, por otra parte, aunque sin el detalle que la parte ofrece, ya se han tomado en consideración por la sentencia de instancia, al haber acudido el juez de instancia a las cantidades ofrecidas por la Mutua, que figuran al folio 85 de las actuaciones, y que se corresponden con lo que se quiere introducir, con lo cual, reiteramos, procede admitir el motivo quedando de esta forma más claro y completo el relato fáctico, sin que en modo alguno se deba rechazar por defectos formales en su planteamiento, tal y como expone la parte recurrida en su escrito de impugnación del recurso: el hecho es trascendente para el fallo y revela el error evidente en el que ha incurrido la sentencia de instancia, como luego se dirá. Por otro lado, el que la empresa haya realizado unas determinadas cotizaciones, que son las que refleja el hecho probado cuarto, nada impide para dejar constancia de lo que el demandante percibió como retribución en ese mismo periodo y el concepto en que le fue abonado para con ello dejar constancia de lo que debe tomarse en consideración para el cálculo de la base reguladora.

SEGUNDO.- En el siguiente motivo, siguiendo con la revisión de los hechos probados, se quiere adicionar otro hecho probado en el que se diga que en los contratos de trabajo suscritos en febrero y octubre de 2006 se pactó que la empresa podría establecer de forma discrecional y sin ser consolidable, una retribución variable de periodicidad mensual, vinculada a la productividad.

El motivo resulta intrascendente para el signo del fallo en tanto que ya se ha recogido en el anterior motivo que se abonaba mensualmente el concepto "incentivo", aunque en cuantías variables.

TERCERO.- Con amparo en el apartado c) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral, se denuncia la infracción del artículo 129 y 109 de la Ley General de la Seguridad Social y jurisprudencia recogida en la sentencia de 16 de diciembre de 2006, R. 1471/2005. Según la parte recurrente, al ser el incentivo un concepto retributivo mensual no debe aplicarse en la base reguladora del subsidio de incapacidad temporal en cómputo anual sino mensual por ser un devengo periódico no superior a ese espacio temporal.

El motivo debe ser estimado porque la sentencia de instancia ha incurrido en la infracción legal y jurisprudencial que denuncia el recurso.

En efecto, la resolución recurrida, a pesar de que se ampara en la jurisprudencia que cita y que se recoge en la misma sentencia que se invoca en el recurso, llega a una conclusión contraria. Se afirma por el órgano judicial de instancia que la Entidad Colaboradora y la empresa, ambas como partes demandadas, acuden en apoyo de su tesis de mensualización (sic) de las cantidades percibidas como incentivo, surgiendo aquélla de la valoración que se otorga a dicho concepto retributivo que, en ese caso, no es posible acoger al no ser una obligación salarial que corresponda a meses concretos anteriores y, por tanto, no procede aplicar a las cantidades que exceden el importe de las precedentes el criterio de la mensualización sino el de anualización al ser un concepto de periodicidad irregular, superior al mes.

A la vista del relato fáctica, tal y como ha quedado configurado en este momento procesal, no cabe alcanzar la conclusión que ha obtenido el órgano judicial de instancia.

Precisamente, la sentencia de la Sala 4ª del Tribunal Supremo, que se cita en el recurso, de 16 de Noviembre del 2006 (ROJ: STS 8191/2006) Recurso: 1471/2005 y reproduce la sentencia aquí recurrida - fundamento jurídico segundo de esa sentencia que comienza con la cita de la sentencia de contraste, de 14 de diciembre de 1999 - lo que viene a resolver es un tema similar al que aquí se ha planteado, al igual que lo hiciera la sentencia de 9 de Julio del 2004 (ROJ: STS 4953/2004) Recurso: 226/2003, en la que se dijo que " *...estos pluses o incentivos vinculados a la actividad que se perciben en cuantía muy variable, tienen la condición de periódicos, pues esa periodicidad se refiere al devengo, no a la cuantía del mismo. Por otra parte, aunque no se perciban todos los meses su naturaleza no cambia, pues por su propia razón de ser y vinculación a la productividad, cuando ésta resulta inferior a los umbrales previstos para su devengo ninguna cantidad se abonará al trabajador. De esta forma, en nuestra sentencia se viene a afirmar que "... aparte las pagas extraordinarias, que para nada juegan aquí, lo retenido por el repetido artículo 13, punto cuarto, son los "conceptos retributivos que tengan una periodicidad en su devengo superior a la mensual" o aquellos otros que "no tengan carácter periódico". A ellos solamente se aplica el criterio del promedio anual. Pero el plus de actividad cuestionado no se identifica con los mismos, ya que sí tiene carácter periódico, y precisamente mensual. En casos como el del actor, forzosamente se cuenta con una estipulación, por lo común incluida en un convenio colectivo, muy rara vez en contrato individual tratándose de un peón, la cual mensualiza el devengo del plus, en función de un determinado rendimiento, por lo que el plus solo permite una consideración y un tratamiento mensuales -- así se desprende de los hechos probados, donde no aparece indicio alguno de lo contrario --, con independencia de que la cuantía real devengada cada mes sea más alta o más baja, o hasta no exista ocasionalmente, según los resultados productivos conseguidos en cada momento. Con estos antecedentes, solo cabe tener en cuenta, para el cálculo del subsidio de incapacidad temporal, el plus de actividad que se devenga en el mes anterior a la baja, y no el que se percibe en los doce meses anteriores. En definitiva, es lo que requiere la norma, y es además algo que pone de manifiesto la inevitable aleatoriedad a que se sujetan las operaciones de cálculo prestacional".*

En este caso no es posible afirmar que los incentivos que ha venido percibiendo el trabajador no tenga carácter periódico mensual. Al contrario, en primer lugar nos encontramos con una incapacidad temporal derivada de enfermedad común, iniciada el 14 de abril de 2009 y concluida el 26 de mayo de 2009, con recaída el 10 de junio. Igualmente, el demandante ha venido percibiendo, en el periodo comprendido entre el mes de enero de 2008 y el de marzo de 2009, un incentivo por actividad en cuantía muy variable pero mensual, que ha oscilado desde los 69 euros del mes de diciembre de 2008 a los 1294 del mes de noviembre de 2008 o 1657 euros del mes de marzo de 2009, sin que haya dejado de percibir cantidad alguna por tal concepto en el periodo de referencia. Con ello se pone de manifiesto que no estamos ante un concepto retributivo no periódico, aunque su cuantía tenga esas oscilaciones, producto de su naturaleza, pero que, como ha señalado la jurisprudencia, no obsta a que se mantenga su carácter mensual porque esa doctrina hace abstracción de la irregularidad en su cuantía.

Llegados a este punto y no cuestionándose que las cantidades reclamadas en la demanda, conforme a los cálculos que aquí se han admitido como correctos -esto es, tomando el importe del incentivo que corresponde al mes anterior a la baja, marzo de 2009, y que se fija en el hecho probado cuarto -bis-, ya que así

lo señala la sentencia de instancia al indicar que las cantidades reclamadas nacen de ese cómputo -aunque finalmente y de forma no ajustada a derecho no lo haya aceptado-, procede estimar la pretensión articulada en la demanda.

Por último, siendo evidente que la empresa ha incurrido en una infracotización por cuanto que, según consta en el hecho probado cuarto, en el mes de marzo de 2009 la base de cotización realizada lo fue en cuantía inferior a lo que correspondería de computar el incentivo que le fue abonado al trabajador en el citado mes, procede declarar la responsabilidad de la misma en el pago de las cantidades que se reclaman como diferencia entre lo abonado y lo que se reclama, sin perjuicio del anticipo por parte de la Mutua demandada, en su condición de entidad colaboradora en la gestión de la incapacidad temporal, conforme a lo dispuesto en el artículo 126 de la Ley General de la Seguridad Social, en relación con los artículos 94 a 96 de la Ley de Seguridad Social.

Por lo expuesto,

FALLAMOS

Que estimando el recurso de suplicación interpuesto por Eulalio , contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 31 de Madrid, de fecha quince de julio de dos mil diez, debemos revocar y revocamos parcialmente la sentencia recurrida y, estimando la demanda planteada por la parte recurrente debemos condenar y condenamos a la empresa demandada al pago de la cantidad de CUATRO MIL SEISCIENTOS CINCUENTA Y SEIS EUROS CON TREINTA Y NUEVE CENTIMOS (4.656,39 euros) en el período reclamado, por diferencias en la prestación de incapacidad temporal, sin perjuicio del anticipo de la cantidad por parte de la Mutua demandada, confirmando la sentencia en el resto de sus pronunciamientos, referidos a la Entidad Gestora y Servicio Común.

Incorpórese el original de esta sentencia, por su orden, al Libro de Sentencias de esta Sección de Sala.

Expídanse certificaciones de esta sentencia para su unión a la pieza separada o rollo de suplicación, que se archivará en este Tribunal, y a los autos principales.

Notifíquese la presente sentencia a las partes y a la Fiscalía de este Tribunal Superior de Justicia, haciéndoles saber que contra la misma solo cabe RECURSO DE CASACIÓN PARA LA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA que se preparará por escrito ante esta Sala de lo Social dentro de los DIEZ DIAS siguientes a la notificación de la sentencia de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 219, 227 y 228 de la Ley de Procedimiento Laboral, advirtiéndose en relación con los dos últimos preceptos citados que por todo recurrente que no tenga la condición de trabajador o causahabiente suyo o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social, deberá acreditarse ante esta Sala al tiempo de preparar el recurso: el ingreso en metálico del **depósito de 300 euros** conforme al art. 227.2 LPL y la **consignación del importe de la condena** cuando proceda, pudiéndose sustituir esta última consignación por el aseguramiento mediante aval bancario en el que se hará constar la responsabilidad solidaria del avalista, presentando resguardo acreditativo de haber efectuado ambos ingresos separadamente en el c/c 2829-0000-00-5487-10 que esta Sección Cuarta tiene abierta en el Banco Español de Crédito, oficina 1026 Calle Miguel Ángel nº 17, 28010 Madrid.

Si la condena consistiere en constituir el capital-coste de una pensión de Seguridad Social, el ingreso de éste habrá de hacerlo en la Tesorería General de la Seguridad Social y una vez se determine por ésta su importe, lo que se le comunicará por esta Sala.

En el supuesto de que la parte recurrente hubiere efectuado las consignaciones o aseguramientos necesarios para recurrir, así como los depósitos precisos a igual efecto, procédase de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 201, 202.1 y 202.3 de la citada Ley de 1.995, y siempre en atención a la parte dispositiva de esta sentencia.

Una vez adquiera firmeza la presente sentencia, devuélvanse los autos originales, para su debida ejecución, al Juzgado de lo Social de su procedencia, dejando de ello debida nota en los Libros de esta Sección de Sala.

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

PUBLICACIÓN

Publicada y leída fue la anterior sentencia en por el/la Ilmo/a. Sr/a. Magistrado-Ponente en la Sala de Audiencias de este Tribunal. Doy fe.