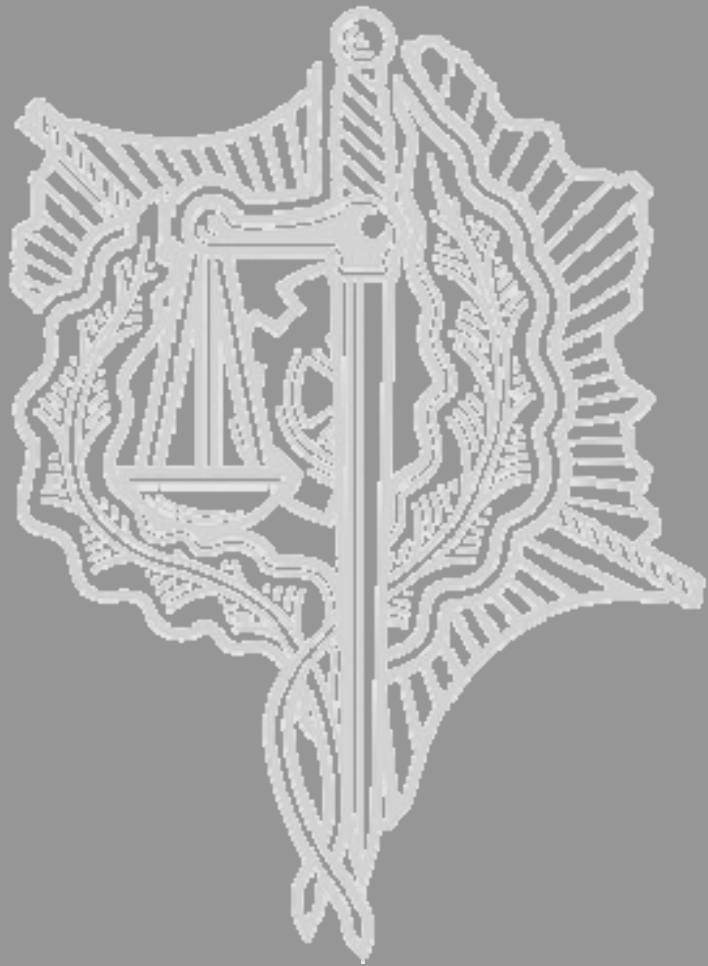




**Tribunal Supremo:  
STS. 17 de octubre de 2008**

DESPIDO DE TRABAJADORA EMBARAZADA.  
Salvo que resulte procedente el despido, la calificación será de nulidad, no de improcedencia. A la vista del contenido de la STC 92/2008 de 21 de julio, el TS rectifica su doctrina contenida en sentencias de 19/7/06 (R. 387/05), de la Sala General, y de 24/7/07 (R. 2520/06).





**Edita:**

**IL.LUSTRE COL.LEGI OFICIAL  
DE GRADUATS SOCIALS DE  
TARRAGONA**

Estanislau Figueres, 17  
43002 Tarragona

Tel. 977 22 45 13 · Fax 977 22 95 25

[colegio@graduados-sociales-tarragona.com](mailto:colegio@graduados-sociales-tarragona.com)

[www.graduats-sociales-tarragona.org](http://www.graduats-sociales-tarragona.org)

[www.graduados-sociales-tarragona.com](http://www.graduados-sociales-tarragona.com)

**Consell editorial:**

Junta de Govern de l'Il·ltre.  
Col·legi Oficial de Graduats  
Socials de Tarragona

**Directora Tècnica:**

Excma. Sra. Rosa Maria Virolès Piñol.  
Magistrada de la Sala Cuarta del  
Tribunal Supremo

**Directora Executiva i Coordinadora:**

Sra. Amparo Pérez Grau.  
Gerent de l'Il·ltre. Col·legi Oficial de  
Graduats Socials de Tarragona

**Disseny i maquetació:**

Sra. Silvia Haro Pozo.  
Responsable Departament Pàgina Web  
Il·ltre. Col·legi Oficial de  
Graduats Socials de Tarragona

**Dipòsit Legal:** T-177-97



**TRIBUNAL SUPREMO****Sala de lo Social (Unificación de Doctrina):** Sentencia de 03/10/2008**Ponente:** Excmo. Sr. D. Mariano Sampedro Corral**Síntesis**

**DESISTIMIENTO** por el empleador del contrato durante el **periodo de prueba** de quince días pactado, en conformidad con el art. 14 del Estatuto de los Trabajadores y el Convenio Colectivo. El contrato es válido, aunque como consecuencia de la incapacidad temporal sobrevenida el día inicial de la actividad laboral, el trabajador solo haya trabajado dos horas.

**Fundamentos de Derecho y Doctrina:**

“**PRIMERO.-** 1. La cuestión litigiosa se concreta en determinar si es válida y eficaz la decisión del empleador de extinguir el contrato de trabajo fijo de obra en la construcción, celebrado el día 10 de julio de 2006, en el que se pactó un periodo de prueba de quince días, en un supuesto en el que el trabajador causó baja por incapacidad temporal el mismo día en que se inició la relación laboral y aunque solamente había prestado servicios durante un período de tiempo de dos horas. La causa de la incapacidad temporal consistió en el desprendimiento de retina, y el cese, por no superación del período de prueba, se notificó al actor por carta fechada el 20 de julio de 2006, dentro del período de prueba.

El Convenio colectivo para el sector de la construcción de Bizcaia, publicado en el BOE de 9 de junio de 2006 estipulaba, (artículo 8) que "2.- Durante el período de prueba el personal tendrá los derechos y obligaciones correspondientes a su categoría profesional y puesto de trabajo que desempeñe, como si fuera de plantilla excepto los derivados de la resolución de la relación laboral, que podrá producirse a instancia de cualquiera de las partes durante su transcurso, sin necesidad de previo aviso y sin que ninguna de las partes tenga derecho a indemnización alguna, debiéndose comunicar el desistimiento por escrito". Se estipuló también en el contrato de trabajo del actor, (cláusula séptima) "un periodo de prueba de quince días naturales no interrumpidos por IT en el transcurso del cual cualquiera de los contratantes podrá dar por extinguido el vínculo laboral, por escrito, sin plazo previo ni abono de indemnización."

La sentencia de instancia desestimó la pretensión en reclamación de despido efectuada por el trabajador, declarando procedente la decisión empresarial extintiva adoptada durante el periodo de prueba. Esta decisión del Juzgado de lo Social fue confirmada por la sentencia de la Sala de lo Social, que desestimó el recurso de suplicación interpuesto por el trabajador, con apoyo en las sentencias de esta Sala Social del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2001, 23 de septiembre de 2002 y 12 de julio de 2004. Se argumenta al efecto, que el despido realizado durante la baja médica del trabajador no es discriminatorio "en el sentido estricto que este término tiene en el inciso final del artículo 14 de la Constitución, aunque pudiera serlo en otras circunstancias en las que resulte apreciable el elemento de segregación" y que "toda vez que ni en el contrato, ni en el pacto colectivo se estableció la suspensión del período de prueba durante la incapacidad temporal, la extinción del contrato, vigente el mismo, se adecua a lo dispuesto tanto en la norma paccionada, como en el Estatuto de los Trabajadores y a la doctrina jurisprudencial expuesta, que es la seguida por esta Sala".

2.- Frente a la sentencia de suplicación se ha interpuesto el presente recurso de casación para la unificación de doctrinal, en

el que se aporta, como contraria, la sentencia pronunciada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Murcia de fecha 11 de enero de 2002, y se alega violación del "artículo 6.4 del Código Civil, al otorgar validez a un acto jurídico cometido en fraude de ley" y el artículo 14.1 del Estatuto de los Trabajadores, (ET), en cuanto que no ha existido período de prueba y el empresario ha utilizado unilateralmente la falsa apariencia del período de prueba para extinguir el contrato, incumpliendo, así, el párrafo tercero del citado artículo 14.1 ET expresivo de que "el empresario y el trabajador están, respectivamente, obligados a realizar las experiencias que constituyan el objeto de la prueba".

**SEGUNDO.-** Previamente al examen de los motivos de la cuestión de fondo debe examinarse si concurre, en el presente caso, el presupuesto procesal más característico del recurso que nos ocupa, cual es el de contradicción, cuya existencia es negada por el Ministerio Fiscal; y, en efecto, concurre el citado presupuesto, pues, en los casos resueltos por las sentencias que se comparan, el trabajador que ha suscrito, en su contrato de trabajo, un período de prueba, ha sido cesado por el empleador, durante la vigencia de la cláusula contractual probatoria y cuando se encontraba en situación de incapacidad temporal, como consecuencia de la dolencia sufrida en el día inicial de la actividad laboral. Ello no obstante, los pronunciamientos han sido diferentes: mientras la sentencia recurrida, como antes se ha expuesto, considera lícito el cese al considerar que el mismo "se adecua a lo dispuesto tanto en la norma paccionada como en el Estatuto de los Trabajadores y a la Doctrina Jurisprudencial expuesta"; la sentencia contraria afirma que "la circunstancia del accidente con la subsiguiente IT a las dos horas de comenzar la actividad laboral, y la posterior cesación de servicios por no superar el período de prueba, estando aún en IPT, y por tanto sin volver a trabajar, no puede suponer más que un abuso de derecho de la parte ahora recurrente, que es contrario al ordenamiento jurídico y prohibido por el Código Civil".

**TERCERO.-** El recurso, en el que se alega, como antes se ha dicho, y ahora se repte violación del artículo 6.4 del Código Civil y 14.1 del ET, debe ser rechazado en virtud de las siguientes consideraciones:

1. El artículo 14.1 y 2 ET disponen, respectivamente, que "podrá concertarse por escrito un período de prueba, con sujeción a los límites de duración que, en su caso, se establezcan en los convenios colectivos" y que "durante el período de prueba la resolución de la relación laboral podrá producirse a instancia de cualquiera de las partes durante su transcurso". En aplicación de este precepto la Jurisprudencia ha reiterado (por todas STS de 30 de marzo de 2007, Rec. 5013/2005, y la en ella citada, STS de 6 de julio de 1990, Rec. 369/89) que la decisión de no proseguir la relación laboral, si se manifiesta antes de la duración del plazo de prueba estipulada, no precisa especificar

la causa que ha determinado tal decisión finalizadora en cuanto que toda motivación es meramente subjetiva de quien la adopta, "salvo que la decisión esté motivada por razón discriminatoria que viole el art. 14 CE o vulnere cualquier otro derecho fundamental" y, a su vez, la STS de 16 de julio de 1982 afirma que la extinción de la relación laboral durante el período de prueba no es equivalente a despido cuyas causas hayan de justificarse, estando facultadas las partes para dar por terminada la relación de trabajo durante tal período de prueba.

2. Hallándose pues, en el caso que nos ocupa el trabajador recurrente sometido al período de prueba, que al amparo del artículo 14 ET y del convenio colectivo se pactó en el contrato, con el carácter de "no interrumpir la IT", se puede válidamente rescindir ésta en cualquier momento y sin necesidad de alegación de causa, siempre que el período de prueba no haya concluido. En esta dirección y en un supuesto muy semejante al que ahora nos ocupa, la STS de 14 de julio de 1986 declaró válido -y no constitutivo de abuso de derecho- el cese de un trabajador, cuyo contrato había sido concertado el día 15 de abril de 1985, con un período de prueba de 15 días, realizado el día 24 de abril de 1985, después de que el día 25 de ese mismo mes y años se le hubiese detectado que padecía un proceso pulmonar.

Esta conclusión debe ser mantenida en los términos que se pasan a exponer:

a) El recurrente alegó en el recurso de suplicación que la sentencia había infringido el artículo 7.2 del C.C., sobre abuso de derecho, y en el actual recurso de casación ha aducido, únicamente, violación del art. 6.4 sobre fraude de ley. No concurre ni uno, ni otro motivo legal de infracción como ha afirmado la STS de 1986 antes citada "la existencia del abuso de derecho, tiene que deducirse de las condiciones objetivas y subjetivas concurrentes en cada caso concreto, impidiendo que el empresario haga uso de las cláusulas del contrato para faltar a los deberes que la Justicia y Equidad social imponen, y se estima abuso de derecho el ejercicio antisocial del mismo o exceso de éste sobrepasando manifiestamente sus límites normales con daño para terceros, art. 7.2 del C. Civ., concurriendo cuando se ejercita el contenido del derecho sin utilidad para su titular y con el exclusivo fin de causar daño a otro, por lo que no se incide en él cuando se ejercita una acción con base en un precepto legal". La aplicación de esta doctrina al presente caso permite excluir la concurrencia de abuso de derecho, pues al resolver el empleador, dentro del período de prueba, el contrato concertado con el ahora recurrente, lo hizo de acuerdo con las facultades contenidas en el artículo 14 ET, en relación con el Convenio Colectivo y pacto concertado en el contrato de trabajo. Negar, al empleador, la facultad resolutoria del contrato en el supuesto que nos ocupa, dentro del plazo del período de prueba, cuando el trabajador permanece en incapacidad temporal supondría, en contra de lo legislado, convenido y pactado, convertir el contrato en indefinido, al no poder ejercer el empleador su derecho resolutorio del contrato fuera del período de prueba de quince días.

b) Tampoco existe fraude de ley en la decisión extintiva empresarial. El fraude de ley es aplicable, conforme el art. 6.4 C.C a "los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigue un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él". La configuración de un período de prueba en el contrato de trabajo constituye un efecto reflejo e inmediato del carácter "intuim personae" característico de la relación laboral y la actuación resolutoria de este "condición" contractual no puede ser tratada, ni examinada en el mismo sentido que las causas de extinción tipificadas en el artículo 49

ET, porque, en otro caso, quizá, constituiría una desmesurada extensión de las instituciones protectoras del trabajador. En el presente proceso no se ha acreditado que el empleador en ejercicio de su facultad decisoria de resolver unilateralmente el contrato, conforme a lo dispuesto en el artículo 42.1 ET, artículo 8 del convenio colectivo aplicable y cláusula séptima del contrato de trabajo, haya tratado de "esquinar" la aplicación de una ley de carácter obligatorio, buscando el amparo "formal" de otras disposiciones o normativas contractuales. El empresario ha cumplido el requisito constitutivo de la forma escrita, no se ha acreditado que la prueba hubiera de ser excluida por una relación laboral anterior y fue adecuada la decisión finalizadora del contrato de trabajo a las disposiciones legales y convencionales aplicables y tampoco se ha comprobado la existencia de un móvil o propósito discriminatorio. La interrupción, durante la vigencia del período de prueba, de una enfermedad común del trabajador, que interrumpe su actividad, que viene a realizarse, únicamente, durante dos horas del período de quince días pactado, y que se extiende más allá de esta duración estipulada -dolencia no buscada ni provocada por el empleador- no debe teñir de fraudulenta la decisión extintiva de éste, producida cinco días antes de la terminación del período probatorio, máxime si se tiene en cuenta que el contrato, en el que se insertó la cláusula, era de fijo para la construcción - lo que pudiera ocasionar que la dolencia persistiera, incluso, una vez terminada la obra determinada para que fue contratado.

3. El cese realizado por el empleador dentro del período de prueba de 15 días, y diez después de haber iniciado el trabajador un período de incapacidad temporal, no afecta a ningún derecho fundamental del mismo. Como reiteradamente se ha sentado jurisprudencialmente (por todas STS 12 de julio de 2004, rec. 4646/2002, que sigue otras anteriores y entre ellas la de 23 de septiembre de 2002 (rec. 4492/2002) "el artículo 14 de la Constitución Española comprende dos prescripciones que han de ser diferenciadas: la primera, contenida en el inciso inicial de este artículo, se refiere al principio de igualdad ante la Ley y en la aplicación de la Ley por los Poderes Públicos; la segunda, se concreta en la prohibición de discriminaciones y tiende a la eliminación de éstas en cuanto implican 'una violación más cualificada de la igualdad en función del carácter particularmente rechazable del criterio de diferenciación aplicado' y 'esta distinción tiene, según la jurisprudencia constitucional, especial relevancia cuando se trata de diferencias de trato que se reproducen en el ámbito de las relaciones privadas, pues en éstos, como señala la sentencia 34/194, la igualdad de trato ha de derivar de un principio jurídico que imponga su aplicación' y dicha doctrina es de razonable aplicación al supuesto origen de estas actuaciones ya que la circunstancia que afecta a su esfera personal como también pone de relieve la sentencia de contraste, la enfermedad, en este caso, origen de una baja laboral que se extiende del 24 de noviembre de 1998 al 24 de abril de 2000, es un aspecto de la relación laboral que la empresa no considera favorable a su propio interés, pero tampoco puede subsumirse en el inciso final del artículo 14 de la Constitución Española cuando establece el derecho de los trabajadores a no ser discriminados por razón de disminuciones físicas, psíquicas y sensoriales, ya que ese factor de diferenciación se incluye tomando en consideración condiciones que históricamente han estado ligadas a formas de opresión o de segregación de determinados grupos de personas o que se excluyen como elementos de diferenciación para asegurar la plena eficacia de los valores constitucionales, dando lugar a la relevancia de la segregación, de la que carecería la extinción contractual impugnada ya que no son las disminuciones físicas, psíquicas o sensoriales las que motivaron el despido sino la reiterada permanencia en situación de baja".

**TRIBUNAL SUPREMO****Sala de lo Social (Unificación de Doctrina):** Sentencia de 07/10/2008**Ponente:** Excmo. Sr. D. Jesús Gullón Rodríguez**Síntesis**

**Modificación sustancial de las condiciones de trabajo.** Se aprecia de carácter individual la que impone una empresa de seguridad al trabajador cambiándole el horario bajo pretexto de hacerlo al amparo de lo previsto en el artículo 35 del Convenio Colectivo de Empresas de Seguridad.

**Fundamentos de Derecho y Doctrina:**

“**PRIMERO.-** El demandante prestaba servicios para la empresa "S." como vigilante de seguridad desde abril de 1.990. Desde entonces su jornada de trabajo la llevaba a cabo en horario de mañana, de 7 a 15 horas, de lunes a viernes. En algunas ocasiones completaba el módulo mensual de horas exigibles por Convenio en jornadas complementarias de 12 horas, de 7 a 19 horas. De esta forma, durante el año 2005 realizó las funciones de vigilancia en el referido horario de mañana en diversas sucursales del Banco Santander Central Hispano hasta que el 18 de Octubre de ese año finalizó el servicio. En ese momento fue asignado a la Fundación Bancaja. En enero de 2.006 no realizó la referida jornada de 7 a 15, sino la de tarde o la de noche en los días 7, 14, 15 y 16. En el mes de Febrero del mismo año ocurrió lo mismo en los días 2, 8 a 14 y 23 a 26. En el mes de Marzo realizó esa jornada de tarde o de noche en los días 6 a 9, 11, 18, 19, 21 a 24 y 26.

A la vista de esa situación, el trabajador se dirigió al jefe de personal de la empresa, para poner de manifiesto por escrito su absoluta disconformidad con la alteración o modificación de las condiciones de trabajo anteriores. Como la empresa sostuviese la licitud de la medida al amparo de lo establecido en el artículo 35 del Convenio Colectivo de Empresas de Seguridad para los años 2.005-2008, el trabajador planteó demanda para que se reconociese su derecho a permanecer en el horario inicial, en tanto no se acudiera por al empresa a los procedimientos previstos legalmente para adoptar la modificación sustancial de las condiciones de trabajo efectuada.

Por sentencia de 22 de septiembre de 2.006, el Juzgado de lo Social número 34 de los de Madrid estimó la demanda y declaró la nulidad de la modificación de las condiciones de trabajo que se le había impuesto al demandante, condenando a la empresa demandada a reponer al trabajador en su horario de trabajo de 7 a 15 horas de lunes a viernes, con libranza en sábados y domingos, sin perjuicio de la realización de jornadas ocasionales para completar el cómputo mensual de su jornada de trabajo.

**SEGUNDO.-** Recurrió la empresa en suplicación, y la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en la sentencia de 26 de junio de 2.007 que ahora se recurre en casación para la unificación de doctrina, desestimó el recurso y confirmó la decisión de instancia. Para llegar a tal solución, la sentencia recurrida afirma que el artículo 35 del Convenio Colectivo no autoriza a la empresa a la modificación sustancial de las condiciones de trabajo, sino únicamente a la movilidad del personal en función de las necesidades de la empresa en función de la distribución de sus empleados en los distintos centros de trabajo. La vía a utilizar para esas situaciones ha de ser -se dice en la sentencia de la Sala de Madrid- la prevista en el artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores.

**TERCERO.-** El recurso de casación para la unificación de doctrina lo plantea ahora la empresa contra la referida sentencia, denunciando como infringido el artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores, en relación con el artículo 35 del Convenio Colectivo Estatal de Empresas de Seguridad, proponiendo como sentencia de contradicción la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de fecha 23 de enero de 1.993.

En ella, tal y como afirma el Ministerio Fiscal en su informe, se contempla una situación en la que los hechos, los fundamentos y las pretensiones guardan en relación con los de la recurrida la igualdad sustancial que exige el artículo 217 de la Ley de Procedimiento Laboral para la viabilidad del recurso de casación para la unificación de doctrina y sin embargo, la solución adoptada fue diametralmente opuesta a la de la sentencia recurrida.

Se trataba en la sentencia de contraste también de un vigilante de seguridad sujeto al mismo Convenio Colectivo, al que la empresa tenía asignada desde 1.984 a marzo de 1.991 la vigilancia nocturna en cuatro centros de trabajo, la Escuela de Estomatología, Facultades Llamaquique, Cuartel de Milán y Almacenes Repón. Desde abril de 1.991 pasó a prestar servicios en la empresa Hidroeléctrica del Cantábrico, rotando en tres turnos, por tratarse de un servicio de 24 horas. A partir del 1 de enero de 1.992, dejó de hacer turnos rotatorios y pasó a prestar servicio únicamente nocturno para Almacenes .

Disconforme con tal decisión empresarial, el trabajador interpuso demanda para que se mantuviese el sistema u horario de trabajo anterior, lo que fue desestimado por el Juzgado de Instancia. La sentencia de contraste ratifica esa decisión aplicando para ello las previsiones del artículo 35 del Convenio Colectivo para Empresas de Seguridad, que autoriza a éstas, dadas las especiales características y circunstancias de la actividad de vigilancia, a la movilidad de los trabajadores, sin que las efectuadas en ese caso pudiesen entenderse como sustanciales del contrato de trabajo, encuadrables en el entonces aplicable artículo 39 del Estatuto de los Trabajadores.

De lo dicho se desprende con claridad que existe la contradicción denunciada entre la sentencia recurrida y la de contraste, pues en situaciones sustancialmente iguales se llegó a decisiones opuestas. Procede entonces que la Sala entre a conocer del fondo del asunto y señale la doctrina que resulte ajustada a derecho.

**CUARTO.-** No discutido el hecho de que el actor vio modificado su horario de trabajo por parte de la empresa demandada de manera unilateral, cabe afirmar que esa actuación se produjo en contra de lo previsto en el artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores, tal y como acertadamente se

afirma en la sentencia recurrida. Este precepto incardina sin duda en el concepto de sustancial en su número 1 una modificación tan importante del horario como el efectuado que se impuso al trabajador en este caso por la empresa. Modificación sustancial que tiene carácter individual y que para llevarla a cabo, la empresa debió acudir a las previsiones o exigencias que se contienen en el número 3 de dicho precepto, esto es, la notificación por el empresario al trabajador afectado y a sus representantes legales con una antelación mínima de treinta días a la fecha de su efectividad.

Afirma la empresa en su recurso que el artículo 35 del Convenio Colectivo de Empresas de Seguridad le autorizaba a adoptar una medida como la aquí cuestionada. Pero el citado precepto no contempla en absoluto la posibilidad de realizar modificaciones sustanciales de carácter individual o colectivo. Así, se dice en él, bajo el enunciado de "lugar de trabajo" lo siguiente:

*"Dadas las especiales circunstancias en que se realiza la prestación de los servicios de seguridad y vigilancia, la*

*movilidad del personal vendrá determinada por las facultades de organización de la Empresa, que procederá a la distribución de su personal entre sus diversos lugares de trabajo de la manera más racional y adecuada a los fines productivos dentro de una misma localidad ... El personal de las Empresas que desempeñen tareas de vigilancia podrá ser cambiado de un centro de trabajo a otro, de acuerdo con las facultades expresadas, dentro de una misma localidad, destinando a ser posible, para cada lugar de trabajo, a aquellos trabajadores del servicio de seguridad y vigilancia que residan más cerca de aquél."*

En ningún momento se aprecia la existencia de atisbo alguno por el que pudiese llevarse a cabo la modificación del horario pretendida, pero es que además, el propio Convenio Colectivo en su artículo 43, con el enunciado de "*Modificación de horario*" dice categóricamente que cuando por necesidades del servicio las Empresas precisen la modificación de los horarios establecidos, *podrán cambiarlos de conformidad con el art. 41 del Estatuto de los Trabajadores.*"

2561/07

003

## TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social (Unificación de Doctrina): Sentencia de 08/10/2008

Ponente: Excmo. Sr. D. José Manuel López García de la Serrana

### Síntesis

**DESEMPLEO EN SU MODALIDAD DE PRESTACION DE PAGO UNICO, POR INCORPORACION A COOPERATIVA.** El pago no alcanza a la íntegra prestación, sino tan sólo a la necesaria para adquirir la calidad de socio. El resto de la prestación será abonable trimestralmente para subvencionar la cotización del trabajador a la Seguridad Social. Reitera doctrina ( STS 16-01-08 –rec.908/07-).

### Fundamentos de Derecho y Doctrina:

**“PRIMERO.-** La cuestión debatida en este recurso, interpuesto por el INEM, es la de si en un supuesto de desempleo contributivo en su modalidad de pago único, para constituir una Sociedad Cooperativa, el INEM debe abonar la prestación en su totalidad capitalizando aquella o solo la aportación obligatoria para adquirir la condición de socio.

**SEGUNDO.-** En el caso de la sentencia recurrida, dictada por la Sala de lo Social de Málaga en 29 de marzo de 2007, consta de acuerdo con los hechos probados que la Sociedad A., se constituyó el 5-03-04, con un capital social -art. 2º de la escritura de constitución- de 63.000 euros, suscribiendo el actor 21.000 euros, desembolsando el 25% del total de la aportación obligatoria inicial para ser socio; que mediante escritura de subsanación y desembolso del capital social, de fecha 16-06-04, se señaló que con la aportación de bienes por los socios por valor de 47.520 euros, quedaba completamente desembolsado dicho capital social, modificando de este modo la previsión inicial en la que se manifestaba que el desembolso inicial era menor; el INEM mediante resolución de 11-06-04 reconoció la prestación de la cuantía correspondiente a 119 días de prestación, en total 5.275,37 euros de aportación obligatoria a la Cooperativa, en lugar del total de los días de capitalización; el 16-07-04 el actor amplió su petición de abono de la prestación dada la modificación llevada a cabo en los Estatutos, por lo que se acordó el desembolso total del capital social, cuyo pago inicialmente se había diferido cuatro años. La reclamación previa fue desestimada, estimándose la demanda,

lo que se confirmó en suplicación, condenando al INEM al pago único de la prestación por su importe total. Lo que se justificó en el art. 36 de los Estatutos, del que se desprendía que aunque inicialmente la aportación que había que realizar en el momento de constituir la Sociedad era de 5250 euros (25% de la aportación mínima obligatoria de 21.000 euros), debiendo el resto, hasta completar la aportación mínima desembolsarse en un plazo máximo de cuatro años, ello significaba que para adquirir la condición de socio se exigía una aportación mínima obligatoria de 21.000 euros, aunque el pago del 75% restante se diferiría aplazándole lo que no desnaturalizaba el carácter obligatorio del mismo para adquirir la condición de socio cooperativista, añadiéndole a mayor abundamiento, que por escritura de 16-06-04, los propios socios acordaron desembolsar la totalidad del capital social, sin esperar el plazo máximo de cuatro años, por lo que el actor ha suscrito y desembolsado los 21.000 euros de capital social aportación obligatoria inicial para ser socio.

**TERCERO.-** En el caso de la sentencia de contrato de la Sala de lo Social también de Málaga de 6 de abril de 2006 (Rec.520/06), dictada en un procedimiento seguido a instancia de uno de los socios de la Cooperativa La M., el actor igualmente solicitó del INEM el pago único de la prestación por desempleo siéndole parcialmente reconocida por Resolución del INEM en cuantía de 5.000 euros, como capitalización de las prestaciones por desempleo reconocidas con fecha de inicio 1-08-03. Contra dicha resolución se interpuso demanda reclamando que la capitalización se extendiera a la cuantía del capital suscrito y no desembolsado; el



Juzgado de lo Social y la Sala desestimaron la demanda razonando que de la Ley 2/1999 de las Sociedades Cooperativas Andaluzas, solo se deduce la necesidad de desembolsar un 25% inicial para adquirir la condición de socio, sin perjuicio de que después se desembolse el resto en la forma y plazo fijado dada la finalidad del plazo único que es solo de fomentar el autoempleo, siendo ajustada a derecho la decisión del INEM.

**CUARTO.-** Es evidente que coincide la identidad exigida en el art. 217 LPL porque existe contradicción entre ambas sentencias al tratarse de decisiones dispares sobre una misma cuestión planteada por dos trabajadores que se integraron en Cooperativas, que suscribieron el 25% del capital social inicialmente. No es relevante el hecho de que en la recurrida, en virtud de una modificación posterior de los Estatutos de la Cooperativa se acordara adelantar el desembolso del resto del capital social, lo que no consta en la de contraste, pues ello no afecta a la controversia a resolver, como razona la recurrida a mayor abundamiento, aparte de que en la referencial también consta en la fundamentación jurídica, que un día antes de la reclamación previa se desembolsó el resto del capital pendiente, ascendente a 15.000 euros, aparte que en este caso, al mes se otorgó, también, una escritura que cambió los Estatutos exigiendo el desembolso total de las participaciones suscritas por el actor y otro socio.

**QUINTO.-** La cuestión de fondo planteada por el Abogado del Estado en su recurso, en el que se denuncia infracción del art. 228-3 LGSS, y R.D. 1044/1985 de 19 de junio, así como de la Disposición Transitoria 4ª 1-1ª, párrafo 2º de la Ley 45/02 de 12 de diciembre en relación con los Art. 12-6 y 13-2 f) de la Ley 2/1999 de Sociedades Cooperativas Andaluzas, ya ha sido resuelta por la Sala en su sentencia de 4-10-07 (R-3925/06) y de 16-01-08 (Rec. 908/07), dictadas ambas en supuestos de hecho sustancialmente idénticos al de autos, en los que se alegó la misma sentencia de contraste con la particularidad de que en la última de ellas las aportaciones se hacían a la misma cooperativa que en el presente caso por una persona con los mismos apellidos que el demandante en estas actuaciones. No existen motivos que justifiquen un cambio de criterio mantenido en esas sentencias donde se decía lo siguiente:

**"SEGUNDO.-** 1.- Siendo varios los preceptos reguladores de la materia que se somete a nuestro enjuiciamiento, ofreciendo los mismos una cierta complejidad -cuando menos en lo que a la cuestión debatida se refiere- y habiendo sido reformados poco antes de que se hubiese producido el hecho causante de la prestación, parece de elemental sistemática que la argumentación de esta sentencia sea precedida por la reproducción literal del texto normativo, tanto del vigente a la fecha del desempleo de que tratamos [año 2004], cuanto de su precedente objeto de reforma; lo que resulta clave para determinar el sentido y alcance de la modificación legal producida.

2.- Con carácter general -y escaso detalle, pero en expresión reveladora- dispone el actual art. 228.3 LGSS que «Cuando así lo establezca algún programa de fomento del empleo, la Entidad Gestora podrá abonar de una sola vez el valor actual del importe, total o parcial, de la prestación por desempleo de nivel contributivo a que tenga derecho el trabajador y que esté pendiente por percibir. Asimismo, podrá abonar a través de pagos parciales el importe de la prestación por desempleo de nivel contributivo a que tenga derecho el trabajador para subvencionar la cotización del mismo a la Seguridad Social». A destacar que el texto reformado era expresivo de que «cuando así lo establezca algún programa de fomento de empleo, la entidad gestora podrá abonar de una sola vez el valor actual de la prestación de nivel contributivo, correspondiente al periodo a que tenga derecho el trabajador en función de las cotizaciones

efectuadas». Obsérvese que la nueva redacción introduce la expresión «total o parcial» para referirse al valor actual del importe de la prestación por desempleo; y que se contempla *ex novo* que parte de la prestación sea destinada a «subvencionar la cotización» del trabajador.

3.- En aplicación del art. 228 LGSS, la DT Cuarta de la Ley 42/2002 [12/Diciembre], reproduciendo literalmente su homónima del RD-Ley 5/2002 [24/Mayo] establece como reglas:

1ª La Entidad Gestora podrá abonar el valor actual del importe de la prestación por desempleo de nivel contributivo a los beneficiarios de prestaciones cuando pretendan incorporarse, de forma estable y a tiempo completo, como socios trabajadores o de trabajo, en cooperativas [...] en las que previamente no hubieran cesado, o constituirlos [...] En estos supuestos, el abono de la prestación se realizará de una sola vez por el importe que corresponda a la aportación obligatoria establecida con carácter general en cada cooperativa [...] en lo necesario para acceder a la condición de socio [...]. No obstante, si no se obtiene la prestación por su importe total, el importe restante se podrá obtener conforme a lo establecido en la regla 2ª siguiente. [...]

2ª La Entidad Gestora podrá abonar trimestralmente el importe de la prestación por desempleo de nivel contributivo para subvencionar la cotización del trabajador a la Seguridad Social, y en este supuesto: a) La cuantía de la prestación a abonar corresponderá al importe de la aportación íntegra del trabajador a la Seguridad Social, calculada en días completos de prestación. b) El abono se realizará trimestralmente por la Entidad Gestora, previa presentación por los trabajadores de los correspondientes documentos acreditativos de la cotización».

Se ha de tener en cuenta que tal texto deja sin efecto en gran medida [Disposición Derogatoria Única] el RD 1044/1985 [19/Junio], que regulaba el abono de la prestación por desempleo en su modalidad de pago único por el valor actual del importe, y en cuyo art. 1 se preceptuaba que los «titulares del derecho a la prestación por desempleo del nivel contributivo [...], podrán percibir de una sola vez, el valor actual del importe de la que pudiera corresponderles en función de las cotizaciones efectuadas»; añadiéndose en el 4 que «El INEM abonará a los trabajadores [...] el 100 por 100 de la aportación del trabajador en las cotizaciones del correspondiente régimen de la Seguridad Social, durante el tiempo que se hubiera percibido la prestación por desempleo de no haberse percibido en su modalidad de pago único». Con lo que es destacable que reforma operada en 2002 excluye el abono íntegro de la prestación capitalizada [ahora se limita a la aportación obligatoria y necesaria para adquirir la cualidad de socio], a la par que las cuotas a la Seguridad Social a satisfacer por el trabajador, y que antes eran objeto de subvención adicional -por parte de la Entidad Gestora- añadida al pago único, ahora pasan a ser satisfechas por la parte no entregada de la prestación por desempleo capitalizada.

Y ni que decir tiene que esta nueva ordenación del abono de las cotizaciones debidas por el trabajador integrado en la Cooperativa o Sociedad laborales, deroga absolutamente la OM de 13/04/94, por la que se establecían las bases reguladoras de la concesión de las subvenciones consistentes en el abono de cuotas a la Seguridad Social; bases de completa divergencia con el régimen actual.

4.- Por su parte, el art. 12 de la Ley 2/1999 [31/Marzo] de Sociedades Cooperativas andaluzas, dispone que «Los Estatutos de las sociedades cooperativas deberán regular, como mínimo, las siguientes materias: [...] 6.- Aportación obligatoria inicial

para ser socio y la parte de la misma que debe desembolsarse en el momento de la suscripción, así como la forma y plazos de desembolso del resto de la aportación». el art. 13 de la misma norma señala que «2.- La escritura de constitución deberá contener: [...] f.- Manifestación de los otorgantes de cada uno de los fundadores ha desembolsado, al menos, el 25 por 100 de la aportación obligatoria inicial para ser socio, fijada en los Estatutos...»; y en términos prácticamente idénticos, el art. 78.1 dispone que «Los estatutos sociales fijarán la aportación obligatoria inicial para adquirir la condición de socio de la cooperativa. El importe de las aportaciones obligatorias iniciales deberá desembolsarse, al menos, en un veinticinco por ciento en el momento de su suscripción, y el resto en las condiciones y plazos que fijen los estatutos con el límite máximo de cuatro años».

5.- Finalmente, el art. 36 de los Estatutos de la Sociedad Cooperativa dispone que «2.- El capital social mínimo asciende a ochenta mil euros... Estará representado por títulos nominativos de un valor de un euro (1 euro) cada uno, debiendo poseer cada socio, al menos, veinte mil títulos... Los socios que no hubiesen desembolsado en su totalidad el capital suscrito, deberán realizarlo mediante aportación dineraria en el plazo de cuatro años... 4.- ... Las aportaciones voluntarias para integrar el capital social deberán ser desembolsadas, al menos, en un veinticinco por ciento en el momento de su suscripción, y el resto en las condiciones y plazos que fije el acuerdo social, que no podrá exceder de un año... 6.- El socio o asociado, en su caso, que no desembolse las aportaciones en los plazos previstos, incurrirá en mora por el sólo vencimiento del plazo y deberá abonar a la cooperativa el interés legal y resarcirla de los daños y perjuicios causados por morosidad».

" **TERCERO.**- 1.- Ciertamente se ha destacado en doctrina que la reforma operada por el RD-Ley 5/2002 y por la Ley 45/2002 implicó un giro -negativo- en la política favorecedora del fomento del empleo y activación de la prestación, siendo así que -se argumenta- el pago inicial único es el que verdaderamente fomenta la inversión en un proyecto empresarial, de manera que la limitación de su cuantía a la cantidad precisa para adquirir la cualidad de socio, prescindiendo del real importe que corresponda a la inversión necesaria para desarrollar la actividad [como con el RD 1044/1985], a la par que la desvirtuación de emplear la restante capitalización de las prestaciones en el abono -trimestralmente aplazado- de las cuotas a la Seguridad Social correspondientes al trabajador [pagos que en la OM 13/04/94 eran una prestación adicional añadida al pago único, como compensación al hecho de que la Entidad Gestora dejaba de abonar las cotizaciones debidas en la situación de desempleo], llevan a la paradójica consecuencia de que cuanto más importante sea la prestación capitalizada, en igual medida se incrementa el perjuicio del trabajador al percibir aquella en la modalidad de pago único, hasta el punto de que con ello se desincentiva una medida de fomento del empleo autónomo y de la participación financiera de los trabajadores en la empresa que incluso ha sido recomendada por la Comisión Europea, llegándose a afirmar que «la reforma penaliza más que fomenta la constitución de empresas de economía social o el trabajo autónomo, salvo en caso de minusválidos».

2.- Ahora bien, tales consideraciones de censura en forma alguna pueden ser tenidas en cuenta por este Tribunal, cuya misión -en la hermenéutica aplicativa del Derecho- ha de ser escrupulosamente respetuosa con el mandato legal (arts. 9 y 117 CE); y si las traemos a colación es únicamente para destacar la uniforme lectura -siquiera pronunciadamente crítica- que los

operadores jurídicos han llevado cabo sobre la reforma operada en el año 2002 en torno a la prestación de desempleo en su modalidad de pago único; interpretación que por fuerza nos ha de llevar a las conclusiones que acto continuo pasaremos a exponer, y que ni siquiera pueden obviarse con el «principio de valoración positiva del trabajo en nuestro ordenamiento constitucional, con el fin de no frenar las iniciativas de ocupación por cuenta propia de los desempleados con posibilidad de aliviar las obligaciones de protección del sistema de la Seguridad Social» (SST5-SG 18/03/98 (R-2381/97); 24/03/98 (R-2975/97); y 11-07-01 (R-2638/00); la claridad de la norma excluye otras interpretaciones favorables para el beneficiario.

3.- Las precedentes indicaciones normativas, convencionales y doctrinales nos llevan a las siguientes conclusiones: a) tal como evidencia el art. 12.6 de LSCA es perfectamente diferenciable la «aportación obligatoria inicial para ser socio» y la «parte de la misma que debe desembolsarse en el momento de la suscripción», de manera que en principio no parece factible identificar aquella con ésta; b) aclarado este extremo, un recto entendimiento de la norma nos lleva a considerar que la cualidad de socio se adquiere por la suscripción de la aportación obligatoria y el desembolso que en la misma fecha ha de realizarse de la parte correspondiente de aquella, sin perjuicio de la obligación que tal socio tiene para llevar a cabo el pago aplazado de los siguientes reembolsos, hasta cuya fecha ejerce -desde luego- los derechos inherentes a la condición de socio; c) la distinción se proyecta sobre la DT Cuarta de la Ley 42/2002, de forma que la frase «*aportación obligatoria establecida* [...] *en lo necesario para acceder a la condición de socio*», no puede sino entenderse razonablemente alusiva al concreto desembolso inicial que consiente ejercer los derechos sociales, no a la totalidad de aporte dinerario que se suscribe y que ha de ingresarse aplazadamente, pues de interpretarse en esta última forma el sentido del precepto, resultaría absolutamente superfluo el segundo inciso [particularmente la adjetivación «*en lo necesario*»] y bastaría con la referencia la «*aportación obligatoria establecida*»; y d) en el caso de autos, la aportación inicial [obligatoria para ser socio] es la cantidad fijada en los Estatutos, pero la condición de socio se ostenta desde el momento en que se suscriben la totalidad de los títulos que integran aquella [veinte mil] y se abona el importe fijado como primer pago [cinco mil]. Por ello es correcto que la EG satisfaga en pago único la cantidad -inicialmente desembolsada- de 5.000 euros y que destine la restante prestación capitalizada a atender los futuros devengos cotizatorios del trabajador; tal como inequívocamente norma la regla segunda de la DT Cuarta de la Ley 42/2002."'''



**TRIBUNAL SUPREMO****Sala de lo Social (Unificación de Doctrina):** Sentencia de 08/10/2008**Ponente:** Excm. Sra. D<sup>a</sup>. Rosa María Virolés Piñol**Síntesis**

**DEVENGO DE RETRIBUCIÓN VARIABLE EN CASO DE CESE VOLUNTARIO ANTES DE FINALIZAR EL EJERCICIO.** Circular interna de la empresa, carente de eficacia obligatoria cuando no se ha contado con el acuerdo de los trabajadores. No prevalece sobre lo pactado en el contrato.

**Fundamentos de Derecho y Doctrina:**

“**PRIMERO.**- 1.- La sentencia recurrida ha sido dictada en procedimiento de reclamación de cantidad, instado por el demandante, frente a la empresa (...) , para la que prestó servicios desde el 18-05-2001, con categoría profesional de Jefe de Proyectos Grupo I, hasta que causó baja voluntaria en la empresa el 6-11-2005.

2.- Reclama el demandante la condena de la adversa al pago de la suma de 5.330,35 euros (cuantía no contradicha) en concepto de porcentaje de retribución variable correspondiente al año 2005.

El Juzgado de lo Social desestima la pretensión. Recurrida en suplicación la sentencia dictada, la Sala Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en sentencia de fecha 27 de diciembre de 2007, estima el recurso formulado por el actor, y estimando la demanda condena a la empresa demandada a abonar al actor la cantidad reclamada.

3.- Por la empresa demandada se formula el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, designando como sentencia de contraste la dictada por la Sala Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en fecha 10 de mayo de 2005 (rec. 6249/2004).

**SEGUNDO.**- El artículo 217 de la Ley de Procedimiento Laboral exige para la viabilidad del recurso de casación para la unificación de doctrina que exista una contradicción entre la resolución judicial que se impugna y otra resolución judicial que ha de ser una sentencia de una Sala de lo Social de un Tribunal Superior de Justicia o de la Sala IV del Tribunal Supremo. La contradicción requiere que las resoluciones que se comparan contengan pronunciamientos distintos sobre el mismo objeto, es decir, que se produzca una diversidad de respuestas judiciales ante controversias esencialmente iguales y, aunque no se exige una identidad absoluta, sí es preciso, como señala el precepto citado, que respecto a los mismos litigantes u otros en la misma situación, se haya llegado a esa diversidad de las decisiones pese a tratarse de "hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales". Por otra parte, debe tenerse en cuenta que la contradicción no surge de una comparación abstracta de doctrinas al margen de la identidad de las controversias, sino de una oposición de pronunciamientos concretos recaídos en conflictos sustancialmente iguales (Sentencias de 27 y 28 de enero de 1992 (R. 824/1991 y 1053/1991), 18 de julio, 14 de octubre, y 17 de diciembre de 1997 (R. 4035/4996, 94/1997, y 4203/1996), 23 de septiembre de 1998 (R. 4478/1997), 7 de abril de 2005 (R. 430/2004), 25 de abril de 2005 (R. 3132/2004) y 4 de mayo de 2005 (R. 2082/2004).

Del análisis comparativo de la sentencia recurrida y la designada de contraste resulta:

1.- De la sentencia recurrida resultan las siguientes circunstancias fácticas relevantes: El trabajador demandante, con antigüedad en la empresa de 18/5/2001, ostenta la categoría de Jefe de Proyectos grupo I y percibe un salario fijo bruto anual de 42.000,- euros, incrementado en un 15% variable en función de los objetivos fijados y alcanzados cada año. En fecha 6/11/2005 causó baja voluntaria en la empresa demandada siendo cuestión no discutida que, a esa fecha, había cumplido los objetivos de área y empresa del año 2005 en un 99.62%.

La Sala de suplicación, en sentencia de 27 de diciembre de 2007, frente a la que se interpone el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, estima el recurso interpuesto por el trabajador argumentando que, si bien es cierto que en la empresa existe una normativa interna denominada "sistema de evaluación del desempeño" –en anagrama, SED-, que establece que el derecho al cobro de la retribución variable en ningún caso se generará hasta el fin del ejercicio, por lo que no tendrán derecho a percibirla los trabajadores que por cualquier causa, causen baja en la empresa antes del 31 de diciembre, dicha normativa, además de ser posterior a la contratación del actor, no consta que se haya incorporado al contrato en virtud de pacto específico y ni siquiera que fuera conocida por el trabajador, por lo que hay que estar al salario pactado en el contrato, que no puede ser variado por la voluntad unilateral de la empresa. Añade que incurre la empresa en enriquecimiento injusto al no abonar el salario variable reclamado, puesto que el actor ha contribuido con su trabajo a la obtención de los beneficios empresariales hasta el momento del cese.

2.- La recurrente designa como sentencia de contraste la dictada por la misma Sala Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de fecha 10 de mayo de 2005 (rec. 6249/2004), que resuelve asimismo una reclamación de cantidad deducida por el demandante frente a la misma empresa demandada en las presentes actuaciones. En el caso la actora prestó servicios como gerente de formación entre el 5 de diciembre de 2000 y el 19 de septiembre de 2003, fecha en la que causó baja voluntariamente. Las partes habían estipulado una retribución variable desglosada en dos conceptos: bonus y comisiones. Para el año 2003 la empresa fijó un salario variable de 6000 euros y consta que la actora había conseguido sus objetivos antes de la baja voluntaria y, asimismo, que otros trabajadores que cesaron en la empresa antes de fin de año habían cobrado la retribución variable. La empresa no abonó a la actora cantidad alguna en concepto de paga variable correspondiente al año 2003. Interpuesta la demanda en reclamación de la misma –entre otros conceptos- la sentencia de instancia estimó la pretensión. La Sala de suplicación, en cambio, estima el recurso de la parte demandada al entender que es de aplicación la normativa interna de la empresa reguladora de la retribución variable que establece que no tendrán derecho al cobro de la misma los

trabajadores que causen baja en la empresa antes de finalizar el ejercicio. Añade que la retribución variable sólo se ha abonado a los trabajadores que han sido despedidos por la empresa antes de finalizar el año, lo que justifica la diferencia de trato puesto que distintas son también las causas de la baja en la empresa.

3.- Ha de apreciarse la contradicción, por cuanto, aún reclamándose la retribución variable correspondiente al año 2005, y en el de la sentencia referencial la del año 2003, se aplica, en lo que aquí importa, la misma norma interna de la empresa an ambos casos demandada, interpretándose de modo divergente en las resoluciones comparadas. Debe tenerse en cuenta que ambos trabajadores causan baja voluntaria en la empresa antes de terminar el año. Todo ello, sin que obste a los efectos de la contradicción el hecho de que en la sentencia recurrida se resuelva acerca de la procedencia de las retenciones y descuentos efectuados por la empresa, ni que en el caso de la ahora recurrida se hubieran cumplido los objetivos por el trabajador a la fecha del cese sólo en un 99,62% y en el de la referencial en su totalidad, ni que la antigüedad y categoría de los trabajadores fuera distinta, ni que en la de contraste se planteara la cuestión de si otros trabajadores que causaron baja en la empresa antes del 31 de diciembre habían cobrado la retribución variable y en la recurrida no, puesto que ello no es trascendente en relación con la materia ahora discutida. Se estima, en consecuencia, que se cumplen los requisitos exigidos por el art. 217 LPL.

**TERCERO.-** 1.- Superado el requisito de la contradicción, procede examinar los motivos de recurso relativos a la cuestión de fondo.

Denuncia la recurrente la infracción del art. 3.1.c) del Estatuto de los Trabajadores, y arts. 1091, 1254 y 1256 por aplicación indebida y 1261.1º, todos ellos del Código Civil.. En primer lugar, se refiere la recurrente a la eficacia de las circulares internas de la empresa como fuente de derechos y obligaciones en el ámbito de las relaciones individuales, con cita de las STS. de 25 de mayo de 1992 y de 25 de marzo de 1993; y en segundo lugar, se refiere a la admisión jurisprudencial del consentimiento tácito a la hora de asunción de obligaciones contractuales en el ámbito laboral (STS. de 13 de octubre de 2005 y de 30 de abril de 2002, y 27 de julio de 2005).

2.- Siguiendo el hilo argumental del recurso, cabe indicar que, efectivamente como señala esta Sala del Tribunal Supremo, en sentencia de 25 de marzo de 1993, entre otras, aunque las circulares referidas por el recurrente carecen de valor normativo, si lo tienen como "lex privata", con plena eficacia entre las partes de acuerdo con los artículos 1091 y 1278 del Código Civil a los que se remite el recurso, en cuanto constituyen una oferta de la empresa que, aceptada por el trabajador, regula obligaciones derivadas de la relación laboral.

Por otro lado, conforme al art. 1284 del Código Civil, la interpretación de todo contrato debe conducir a evitar su ineficacia, pero no exige que la interpretación atribuya a la cláusula dudosa un efecto determinado, sino que lo que excluye es una hermenéutica que conduzca a hacer baldías o ilusorias las cláusulas contractuales.

Pero no se trata aquí de examinar la naturaleza jurídica de las circulares internas de la empresa y su fuerza vinculante, al igual que tampoco los efectos interpretativos de posibles cláusulas oscuras. Se trata de examinar en primer lugar, y como cuestión previa, si la circular interna en cuestión, deviene aplicable al caso.

3.- En el supuesto enjuiciado, ciertamente existe en la empresa una normativa interna conocida por todos los empleados y también por el actor, referente a la retribución variable (Sistema de Evaluación del Desempeño SED) donde se detallan sus objetivos, contenido y sistema de devengo. Expresamente se estipula que "El devengo y derecho de cobro en ningún caso se consolidará ni devengará hasta el fin del ejercicio y será calculado según el Plan vigente al cierre del mismo. No tendrán derecho a percibir la retribución variable del año aquellos trabajadores que causen baja en la Compañía por cualquier causa antes del 31 de diciembre de ese año –SED de 2005 teniendo idéntica previsión el SED para el 2004-. Dicha normativa interna es posterior al ingreso del actor en la demandada". El actor cumplió los objetivos de área y empresa fijados para el año 2005 en un porcentaje del 99,02% (cuestión no discutida).

Ahora bien, sin perjuicio de la eficacia en general y el valor normativo que la circular interna pueda tener, así como su contenido, no es posible apreciar las infracciones denunciadas, por cuanto se constata acreditado que las partes pactaron en el contrato de trabajo una retribución fija y otra variable consistente en el 15% del salario fijo, que la empresa no puede modificar ni suprimir unilateralmente mediante normativa posterior. Por otro lado, no se constata que la normativa interna en cuestión, sea anterior a la contratación, puesto que no fue incorporada al contrato de trabajo del actor; y por el contrario sí se afirma en el hecho probado tercero –modificado en duplicación- de la sentencia de instancia que "dicha normativa interna es posterior al ingreso del actor en la demandada".

Por ello, como acertadamente señala la sentencia recurrida, no obstante el conocimiento por los trabajadores de la existencia de esta circular interna, lo cierto es que no consta que su contenido haya sido objeto de pacto ni siquiera que el trabajador se haya adherido a la misma, por lo que ninguna eficacia tiene para regular la relación entre las partes al margen de lo previsto en el contrato de trabajo, cuyo cumplimiento no puede quedar al arbitrio de una de las partes, tal y como establece el art. 1256 del Código Civil. En consecuencia, ha de estarse a lo previsto en el contrato de trabajo suscrito entre las partes, del que resulta el derecho del actor a un salario fijo y otro variable, que se estableció en el porcentaje acreditado, al no existir pacto alguno al respecto y de contrario, ni resulta del Convenio Colectivo aplicable, ni del Estatuto de los Trabajadores. El salario pactado no puede ser modificado por voluntad de una de las partes, aunque tal voluntad se plasme en una circular interna, carente de eficacia obligatoria cuando no se ha contado con el acuerdo de los trabajadores; debiendo distinguirse entre las normas empresariales en orden a la organización de la empresa, como instrumento de dirección y control, que tienen validez para obligar a los trabajadores, de aquellas que exceden de tales facultades, como es el cumplimiento del pago del salario pactado, cuyo pago no puede obviarse por medio de una declaración unilateral de voluntad de la empresa. De ello resulta el derecho del actor a la retribución variable reclamada –cuya cuantía no se discute-, como parte integrante de su salario (art. 26 ET.), que no puede dejar de satisfacerse, según el art. 9.2 del Estatuto de los Trabajadores, y el deudor-empresario no puede exonerarse de su pago, pues, conforme al artículo 1.256 del Código Civil "la validez y cumplimiento de un contrato no puede dejarse al arbitrio de uno sólo de los contratantes".

La Sala estima que no se aprecia infracción alguna de los preceptos denunciados, y que la doctrina correcta es la contenida en la sentencia recurrida."".

**TRIBUNAL SUPREMO****Sala de lo Social (Unificación de Doctrina):** Sentencia de 13/10/2008**Ponente:** Excmo. Sr. D. Aurelio Desdentado Bonete**Síntesis**

**Fondo de Garantía Salarial. Garantía del crédito por indemnización por despido reconocida en conciliación administrativa.** No se aplica la garantía y no hay trato desigual, pues el distinto tratamiento de la conciliación administrativa puede justificarse en atención al art. 10.a) de la Directiva 80/987. Se reitera doctrina anterior, actualizándola en atención a la STJCE 21.2.2008

**Fundamentos de Derecho y Doctrina:**

“**PRIMERO.-** La cuestión que se debate en el presente recurso consiste en determinar si el Fondo de Garantía Salarial ha de hacerse cargo de una indemnización por despido, saldo y finiquito que la empresa reconoció al actor en conciliación ante el SMAC. Consta que la cantidad global que la empresa se comprometió a pagar fue de 14.665 euros, de la que se abonaron 3.847,08 euros en el propio acto de conciliación y un primer pago de 601,01 euros. En relación con esta deuda se despachó ejecución por importe de 10.217,21 euros en el auto de 22 de julio de 2002, declarándose la insolvencia de la empresa por auto de 2 de septiembre de 2005. El Fondo de Garantía Salarial denegó la solicitud por haberse pactado el abono de la cantidad en conciliación administrativa. Presentada demanda por el trabajador, la misma fue estimada por la sentencia de instancia, que ha condenado al Fondo a pagar la cantidad ya mencionada; pronunciamiento que ha sido confirmado por la sentencia recurrida, que, partiendo de la doctrina establecida por las sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 12 de febrero de 2002 (sic) y 16 de diciembre de 2004, argumenta que no es admisible la diferencia de trato a efectos de la garantía frente a la insolvencia empresarial entre los créditos reconocidos por sentencia y resolución administrativa, de una parte, y los créditos reconocidos en conciliación, de otra.

El recurso aporta como sentencia contradictoria la de esta Sala de 23 de abril de 2004, que en una solicitud de la prestación de garantía para el abono de una indemnización por despido pactada en conciliación administrativa en 1993 y que no se abonó por la empresa, que fue declarada insolvente en 1998, estimó el recurso del Fondo de Garantía Salarial y declaró que dicha prestación no era exigible, al estar reconocida por conciliación administrativa. La sentencia de contraste descarta la aplicación de la doctrina de la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 12 de diciembre de 2002, señalando que la misma se refiere a los créditos reconocidos por conciliación judicial, pero no a los que lo han sido por conciliación administrativa, que han de entenderse excluidos por el artículo 33.2 del Estatuto de los Trabajadores, conforme tiene declarado una reiterada doctrina de esta Sala. Niega la contradicción la parte recurrida, señalando, como diferencias, que en el caso de la sentencia de contraste era aplicable la Directiva 80/987, mientras que ahora lo es la Directiva 2002/74 y que la sentencia de contraste no ha podido tener en cuenta la doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas contenida en las sentencias de 13 de diciembre de 2005 y 7 de septiembre de 2006.

La contradicción ha de apreciarse, sin que puedan aceptarse estas objeciones. La evolución de la doctrina jurisprudencial no afecta a ninguno de los elementos de identidad del artículo 217

de la Ley de Procedimiento Laboral, aparte de que no se indica en qué podrían ser relevantes las nuevas decisiones del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas que se citan. Tampoco lo son los cambios introducidos en la Directiva 80/987 por la Directiva 2002/74, porque España contaba con un plazo hasta el 8 de octubre de 2005 para transponer la Directiva, según su artículo 2, con lo que hasta esa fecha no han tenido efectividad las modificaciones acordadas en la misma, como señala la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 17 de enero de 2008, caso *Velasco Navarro* en relación con la sentencia del mismo Tribunal de 29 de noviembre de 2007, que condenó a España por falta de transposición en plazo. Dice la sentencia del caso *Velasco Navarro* que sí, a 8 de octubre de 2005, no se ha adaptado el Derecho interno a la Directiva 2002/74/CEE "el eventual efecto directo del artículo 3, párrafo primero, de la Directiva 80/987/CEE del Consejo, de 20 de octubre de 1980, ...en su versión modificada por la Directiva 2002/74, no puede en ningún caso invocarse en relación con un estado de insolvencia producido antes de dicha fecha". La normativa aplicable al presente caso se determina, como ha señalado la doctrina de esta Sala, en atención a la fecha de declaración de la insolvencia que es anterior -2 de septiembre de 2005- a la fecha del efecto directo -8 de octubre de 2005- (sentencia de 12 de febrero y 24 de julio de 2007). Por lo demás, el dato sería irrelevante si el ámbito de la garantía se abordase no desde el objeto de la misma -la inclusión de las indemnizaciones entre los créditos garantizados-, sino en atención a la forma del reconocimiento del crédito.

**SEGUNDO.-** Debe examinarse, por tanto, la infracción que se denuncia por el Abogado del Estado en relación con el artículo 33.2 del Estatuto de los Trabajadores. Pero antes hay que hacer una referencia al objeto de la presente controversia. La sentencia de instancia ha condenado al Fondo a abonar una prestación de garantía de 10.217,71 euros, correspondiente al acta de conciliación, pero en ese acta de conciliación se recogía de forma global una cantidad que, según se dice, responde a la indemnización por despido y saldo y finiquito, con lo que en la misma podría haber conceptos con regímenes de garantía distintos. Por otra parte, el actor en su demanda -hecho primero- afirma que la cantidad total acordada en conciliación "se correspondía a la indemnización legal de 45 días por año de servicio y salarios de tramitación por 25 días". Hay que aclarar que el precepto al que se refiere la denuncia es el artículo 33.2 del Estatuto de los Trabajadores antes de la reforma introducida por el Real Decreto-Ley 5/2006 y la Ley 43/2006, que establece que el Fondo "abonará indemnizaciones reconocidas como consecuencia de sentencia, auto, acto de conciliación judicial o resolución administrativa a favor de los trabajadores a causa de despido o extinción de los contratos", mientras que la redacción anterior aquí aplicable suprime la referencia a la conciliación judicial.

Tal como está planteado el recurso el problema se refiere únicamente a la indemnización por despido, con lo que, en principio, no afectaría a los conceptos que están comprendidos en el crédito global que no tienen esa consideración, en concreto, a los salarios de tramitación mencionados en la demanda. Los salarios de tramitación son realmente indemnizaciones, pero según la doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, se consideran a estos efectos como retribución (sentencia de 12 de diciembre de 2002, caso *Rodríguez Caballero*). El problema se ha situado en el ámbito del principio de igualdad y ciertamente tanto la sentencia *Rodríguez Caballero*, como las sentencias de los casos *Olaso Valero* (16 de diciembre de 2004), *Guerrero* (13 de diciembre de 2005), *Cordero Alonso* (7 de septiembre de 2006) y *Velasco Navarro* (17 de enero de 2008) consideran que sería contrario al principio de igualdad, tal como se define en el Derecho Comunitario, excluir de la garantía una indemnización acordada en conciliación judicial cuando se incluyen las acordadas por sentencia y resolución administrativa. Podría cuestionarse la aplicación de esta doctrina a las indemnizaciones del Derecho español antes de la efectividad de la garantía introducida en la redacción del artículo 3 por la Directiva 74/2002 en los términos ya examinados de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea en el caso *Velasco Navarro*. Pero, aparte de que el problema no es relevante aquí en orden a la decisión, ello llevaría a abordar el mismo problema desde la perspectiva del artículo 14 de la Constitución, tema sobre el que ya se pronunció el Tribunal Constitucional en la sentencia del Tribunal Constitucional 306/1993, en la que se afirmó que "no hay tratamiento diferenciado de situaciones idénticas que permita trabar cabalmente un juicio constitucional de igualdad, toda vez que la situación de partida (trabajadores que acuerdan la conciliación) es objeto de igual tratamiento en la interpretación del órgano judicial. Y sólo ha contemplado de manera distinta la conciliación respecto de la sentencia judicial o resolución administrativa, pero es evidente que se trata de situaciones de partida distintas cuyo tratamiento diferente -sobre todo desde el punto de vista de la prevención de posibles fraudes en nada vulnera el artículo 14 de la Constitución Española".

**TERCERO.-** El problema es aquí más sencillo, porque no estamos ante una conciliación judicial, sino ante una conciliación administrativa, y el propio Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha aclarado en su sentencia de 21 de febrero de 2008 (caso *Robledillo*) que la exigencia de igualdad no rige para la conciliación administrativa. La sentencia citada establece que un Estado miembro está facultado para excluir las indemnizaciones concedidas por despido improcedente de la garantía de pago asegurada por la institución de garantía cuando han sido reconocidas en un acto de conciliación extrajudicial y que tal exclusión, objetivamente justificada, constituye una medida necesaria con el fin de evitar abusos en el sentido del artículo 10, letra a), de la misma Directiva. El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha justificado esta decisión por las diferencias que, en orden a la efectividad del control de la realidad del crédito, se derivan de las dos formas de conciliación y, en concreto, porque en la conciliación administrativa no hay intervención judicial, el conciliador carece de funciones específicas de control y no interviene el Fondo de Garantía Salarial. Pueden, por tanto, excluirse del ámbito de la garantía los créditos reconocidos en la conciliación administrativa y esto es lo que ha hecho el artículo 33.2 del Estatuto de los Trabajadores, tanto en su versión actual como en la anterior, que no son, contrarias al artículo 14 de la Constitución Española, ni al Derecho Comunitario.

Procede, por ello, la estimación del recurso, como propone el Ministerio Fiscal, para casar la sentencia recurrida y, resolviendo el debate planteado en suplicación, hay que casar la sentencia recurrida con estimación del recurso para revocar la sentencia de instancia. Ahora bien, como en la cantidad reclamada se incluyen salarios de tramitación que, de acuerdo con la sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 12 de diciembre de 2002 (caso *Rodríguez Caballero*), se asimilan a estos efectos a retribuciones, la revocación de la sentencia de instancia tiene que ser parcial, de forma que debe mantenerse la condena del Fondo en lo que se refiere a las cantidades que correspondan a los salarios de tramitación con el límite legal aplicable en el importe que se determine en ejecución de sentencia."''.

3165/07

006

## TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social (Unificación de Doctrina): Sentencia de 14/10/2008

Ponente: Excmo. Sr. D. Gonzalo Moliner Tamborero

### Síntesis

**DESEMPLEO NIVEL ASISTENCIAL MAYORES DE 52 AÑOS.** No tiene derecho al subsidio el español retornado que percibió prestaciones por desempleo conforme a la legislación alemana y no ha efectuado cotización alguna en España conforme al art. 67.3 del Reglamento 1408/71 (CE). No se produce **indefensión** en la denegación del INEM referida a un hecho constitutivo de su pretensión.

### Fundamentos de Derecho y Doctrina:

“**PRIMERO.-** 1.- En las presentes actuaciones se ha planteado el problema jurídico consistente en determinar si un trabajador español que ha retornado a su país de origen y percibido prestaciones de desempleo en la cuantía y por el tiempo por el que le fue reconocido su derecho de conformidad con las previsiones de la legislación de Alemania y por un período superior a 360 días, tiene o no derecho a reclamar el subsidio de desempleo para mayores de 52 años fundado en el solo

hecho de haber estado asegurado y cotizado en aquel país comunitario.

En el caso concreto aquí enjuiciado se trataba de una trabajadora española que percibió prestaciones por desempleo a cargo de la correspondiente institución de Alemania, en dicho país desde el 28-5-2001 hasta el 28-10-2002 y desde el 22-5-2003 hasta el 29-6-2003, en España desde el 30-6-2003 hasta el 12-9-2003 como consecuencia de haber exportado aquella prestación. Habiendo solicitado a continuación el derecho a percibir prestaciones correspondientes al subsidio asistencial por

desempleo para mayores de 52 años a cargo del INEM, el cual le fue denegado por dicho organismo por considerar que la solicitante no se encontraba “en ninguna de las causas de acceso al subsidio por desempleo... no acreditando haber sido en ningún momento beneficiaria de prestación por desempleo de nivel contributivo ni asistencial con arreglo a la normativa específica de España”. La tesis de la demandante se concreta en estimar que por el hecho de acreditar haber agotado una prestación por desempleo en Alemania de más de un año de duración, tener en la fecha de la solicitud 52 años cumplidos, y acreditar cotizaciones en Alemania en número suficiente para acceder al cobro de la pensión de jubilación, y más de seis años en aquel país por la contingencia de desempleo, tiene derecho al subsidio asistencial solicitado de conformidad con lo dispuesto en el art. 215.1.1) c) de la LGSS; habiendo reclamado judicialmente contra tal decisión con el resultado de que, aun cuando dicha reclamación le fue denegada por el Juzgado de instancia, le fue reconocida finalmente por la Sala de lo Social del TSJ de Galicia.

2.- El INEM ha interpuesto recurso contra aquella resolución del TSJ por entender que en el caso de la demandante no debe serle reconocido el derecho a la prestación reclamada de conformidad con lo previsto al respecto tanto en la legislación española como en la legislación comunitaria, argumentando sustancialmente sobre el hecho de que la demandante no ha demostrado haber cubierto períodos de seguro en España como exige el art. 67.3 del Reglamento (CEE) 1408/71, relativo a la aplicación de los Regímenes de Seguridad Social a los trabajadores por cuenta ajena, a los trabajadores por cuenta propia y sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad y ha aportado como sentencia contradictoria para fundar su pretensión otra sentencia dictada por la Sala de lo Social de Galicia, de fecha 3 de marzo de 2006 en la cual se le denegó esa misma pretensión de derecho al subsidio en un supuesto en el que la trabajadora allí demandante había percibido prestaciones de desempleo a cargo del sistema alemán por el trabajo prestado en aquel país y al término del mismo había solicitado dicha prestación asistencial, sin haber efectuado tampoco cotización alguna en España.

3.- La contradicción entre ambos supuestos es manifiesta puesto que son los mismos los hechos, las pretensiones y la fundamentación jurídica de una y otra lo que hace que deba entenderse que se hallan en la misma situación frente a la misma normativa jurídica aplicable. La parte recurrente sostiene, sin embargo, en su escrito de impugnación al recurso la inexistencia de esa necesaria contradicción, sobre el argumento de que, mientras la demandante solicitaba el “subsidio asistencial por desempleo para mayores de 52 años previsto y regulado el art. 215, 1, subapartado 3 LGSS”, en el supuesto contemplado por la sentencia de contraste se había solicitado “el subsidio asistencial por desempleo para emigrantes retornados previsto y regulado en el art. 215, apartado 1 subapartado 1) letra c) LGSS”; pero, con independencia de que ello no es así, pues de la sentencia de contraste se desprende que se reclamaba lo mismo que aquí sobre el mismo precepto y apartado – como se aprecia en el fundamento jurídico tercero, punto 4 de la sentencia -, lo cierto es que los argumentos de la parte reclamante, tanto en este proceso como en el que resolvió la sentencia de contraste como los de las dos sentencias comparadas necesariamente han tenido que jugar con ambos preceptos en sus alegatos y motivación, lo que hace que en cualquier caso deban estimarse concurrentes los requisitos exigidos por el art. 217 de la LPL para que el presente recurso haya de ser admitido y resuelto unificando la diversidad de doctrinas que se refleja en una y otra sentencia.

**SEGUNDO.-** 1.- En el presente recurso el INEM denuncia la infracción por parte de la sentencia recurrida del art. 215,

apartados 3 y 1.1.b) de la LGSS; así como los arts. 67 y 71 del Reglamento 1408/71 (CE) y la jurisprudencia comunitaria y española sobre el particular, a lo que se opone la demandante en origen y el Ministerio Fiscal con argumentos fundamentalmente derivados de lo que consideran constituye la normativa de la Unión Europea y la doctrina tanto del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas como del Tribunal Supremo sobre esta materia.

2.- Aunque el recurso del INEM ha denunciado formalmente como infringidos los “apartados 3 y 1.1.b)” de la LGSS, desde el momento en que todo el proceso, y también el escrito de interposición del recurso, se han concretado en determinar si en el caso concurren o no de las exigencias para que la actora tuviera o no derecho a percibir el subsidio para mayores de 52 años regulado en el art. 215.1.3) de la LGSS, habrá que entender que la denuncia se refiere precisamente a este precepto y no a otro ya que es el mismo donde se dispone que serán beneficiarios del subsidio por desempleo “los trabajadores mayores de 52 años, aun cuando no tengan responsabilidades familiares, siempre que se encuentren en alguno de los supuestos contemplados en los apartados anteriores, hayan cotizado por desempleo al menos durante seis años a lo largo de su vida laboral y acrediten que en el momento de la solicitud reúnen todos los requisitos salvo la edad, para acceder a cualquier tipo de pensión contributiva de jubilación en el sistema de la Seguridad Social”

3.- En relación con este problema la parte recurrida se ha centrado en señalar cómo, dado que la actora reunía todos los requisitos generales del art. 215.1.1) y 1.2), así como los específicos del 1.3) discutido, habría de serle reconocida la prestación que reclamaba, fundamentando desde el principio su argumentación en el hecho de que al haber acreditado la percepción de 360 días de desempleo procedente de Alemania debía estimarse que se hallaba en el supuesto del art. 215.1.1) b) y por ello debían reconocérsele prestaciones por la vía del 215.1.3). Sin embargo el INEM ha insistido en señalar cómo dicha demandante, aun reuniendo los requisitos de la Ley española carecía de uno de los requisitos exigidos por la legislación comunitaria cual es el recogido en el art. 67.3 del Reglamento (CEE) según el cual, el derecho a prestaciones de desempleo en un determinado Estado queda subordinado “salvo en los casos a que se refiere el inciso ii) de la letra a) y el inciso ii) de la letra b) del apartado 1 del art. 71 ...al requisito de que el interesado haya cubierto en último lugar”, períodos de seguro o de empleo.

4.- En el estudio de las dos versiones encontradas de recurrente y recurrido, hay que partir del hecho de que, aun cuando la demandante sostiene que por el hecho de haber percibido prestaciones por desempleo en Alemania ya está en condiciones de que se le reconozca el subsidio para mayores de 52 años, la realidad jurídica nos lleva a entender que en todo caso se podría decir que reúne uno de los requisitos del art. 215.1.3) pero no todos necesariamente puesto que este precepto exige algunos más cual se deduce de su simple lectura. Pero resulta que, además de estas concretas exigencias del precepto precitado la normativa a aplicar al caso no se limita únicamente a la legislación española reguladora de esta materia, sino que la solución a la reclamación efectuada ha de venir dada por el estudio conjunto de la legislación española y de la comunitaria en la que ha insistido en su recurso el organismo recurrente. Para ello hay que partir de la previsión que en materia de desempleo se contiene en la Disposición Adicional Trigesimotercera de la LGSS, añadida a esta Ley por la Ley 45/2002, de 12 de diciembre que modificó la normativa española en materia de desempleo y en la cual se dispuso que “los trabajadores que provengan de los países miembros del Estado Económico Europeo o de los países con los que exista

convenio de protección por desempleo obtendrán las prestaciones por desempleo en la forma prevista en las normas comunitarias o en los convenios correspondientes”. Esta misma norma legal – la Ley 45/2002 – es la que suprimió el subsidio para emigrantes retornados que regía en la versión de la LGSS de 1994 de forma que, mientras en la versión original se preveía el reconocimiento del subsidio por el hecho de ser emigrante retornado, cualquiera que fuera su procedencia (sólo se exigía “ser trabajador emigrante que, habiendo retornado del extranjero, no tenga derecho a prestación por desempleo y hubiera trabajado como mínimo seis meses en el extranjero desde su última salida de España”) en la actualidad sólo se prevé esa posibilidad de acceso al subsidio por parte de los emigrantes retornados cuando reúnan ciertos requisitos, pero sólo si no proceden de países del Espacio Económico Europeo o asimilados (se requiere “ser trabajador español emigrante que... habiendo retornado de países no pertenecientes al Espacio Económico Europeo o con los que no exista convenios de protección por desempleo...), pues si el emigrante retornado procede de un país comunitario o asimilado la normativa a aplicar es la comunitaria conforme a la precitada D.A. Trigésimotercera de la LGSS.

**TERCERO.-** 1.- La circunstancia relacionada con el cumplimiento por parte de la actora de la normativa comunitaria en materia de desempleo y en concreto de la exigencia contenida en el art. 67.3 del Reglamento (CEE) 1408/71 en el que funda su recurso el Ministerio Fiscal se halla resuelta desde antiguo, bien que con ocasión de pronunciamientos acerca de la concurrencia o no de otros requisitos para el acceso a este tipo de subsidio. En efecto, con ocasión de la duda planteada en un determinado momento anterior al presente – años noventa del siglo pasado – acerca de si para causar derecho a este subsidio de desempleo para mayores de 52 años podían computarse o no las cotizaciones efectuadas en otros países tanto para cubrir la exigencia de tener acreditados los requisitos para acceder a la pensión de jubilación como la relativa a la necesidad de tener cubierta la exigencia de seis años de cotización al desempleo – ambas requeridas por el art. 215.1.3) -, se llegó a la conclusión de que, en efecto, para cubrir ambas exigencias servían cotizaciones realizadas en aquellos otros Estados de la entonces Comunidad Europea. Pero también en aquel momento se discutió acerca de si la exigencia del art. 67.3, o sea la de que para poder causar derecho a prestaciones por desempleo es necesario que la última cotización se hubiera realizado en el Estado competente para reconocerla que ahora nos ocupa se cubría o no con las cotizaciones que el Estado español debía efectuar (sólo por asistencia sanitaria y prestaciones familiares) durante el tiempo en que el emigrante retornado había percibido el subsidio por desempleo para emigrantes retornados entonces existente (y del que ahora como hemos visto se han excluido a los procedentes del E.E.E).

2.- En todos aquellos supuestos el Tribunal Europeo en sus sentencias de 20 de febrero 1997 Martínez Losada y otros, de 25 de febrero de 1999 (Ferreiro Alvite) e incluso en la de 4 de marzo de 2002 Marie-Josée Verwayen se llegó a la conclusión reiterada de que las reglas de totalización de períodos para poder acceder a prestaciones por desempleo en cualquier país comunitario se hallaba supeditada, salvo en los supuestos del art. 71 al que se remite el propio art. 67.3 al requisito de que el interesado hubiera cubierto en último lugar períodos de seguro o de empleo con arreglo a la legislación a cuyo amparo fueran solicitadas las prestaciones por desempleo, bajo la premisa, mantenida con toda claridad en la sentencia Ferreiro Alvite (punto 16 de la misma) de que “según el art. 67 de este Reglamento, la concesión de una prestación de desempleo esta subordinada a dos tipos de requisitos: por una parte, al requisito anunciado en el apartado 3 de dicha disposición (en lo sucesivo “requisito comunitario”), y por otra parte, al

requisito o los requisitos previstos en la legislación nacional (en lo sucesivo “requisitos nacionales”).

La exigencia del “requisito comunitario” sólo se cumple con arreglo a aquellas sentencias y en aplicación del art. 67.3 denunciado si el interesado cotizó en último lugar en el Estado del lugar en que solicita la prestación, de forma que (punto 18 de la sentencia Ferreiro Alvite) “si resultase que el interesado no cotizó en último lugar al régimen de Seguridad Social española y que tampoco procede considerar que así fue, dicho interesado no tendría derecho a la prestación controvertida en virtud del art. 76 ni en virtud del art. 51 del Tratado. Por el contrario, si cotizó en último lugar al régimen de Seguridad Social español o debe considerarse que así fue, procede examinar si se cumplen los requisitos nacionales”.

3.- Es, pues, el concurso o no del “requisito comunitario” el primero que procede examinar si concurre, de acuerdo con lo antes indicado. Y de acuerdo con ello se dictaron reiteradas sentencias por esta Sala del Tribunal Supremo, en concreto SST5 de 7-5-98 (rec.- 4630/96), 18-6-1998 (rec.- 2989/97), 13-10-98 (rec.- 507/98), 25-3-99 (rec.- 1003/98), 7-3-2005 (rec.- 894/04) en todas las cuales se estimó cumplido el indicado requisito cuando el demandante retornado había estado disfrutando de aquel específico “subsidio para emigrantes retornados” (suprimido desde el año 2002). Pero por la misma razón se entendió que dicha exigencia no la cubría quien en ningún momento había cotizado en último lugar en el lugar de reclamación, cual ocurrió en el caso contemplado por la STS 29-6-2006 (rec.- 4133/2004), en aplicación del art. 67.3 discutido.

4.- A partir de tales consideraciones, dado que en el caso de autos la demandante no cumple aquel “requisito” del art 67.3 del Reglamento (CEE), pues en ningún momento aparece acreditado que hubiera cotizado por desempleo después de percibir sus prestaciones con cargo a la legislación alemana, se está en el caso de denegarle la prestación solicitada por no reunir aquella exigencia del Reglamento; y ello por cuanto el hecho de que percibiera durante setenta y cuatro días en España la prestación reconocida en Alemania en virtud de la posibilidad de exportación de dicha pensión prevista y realizada conforme al art. 69 del Reglamento (CEE) no puede considerarse en modo alguno equiparable a período de seguro en los términos exigidos por el art. 67.3, puesto que en estos casos el INEM cumple una nueva función de pagador de la pensión exportada, y con ello no se cubre la exigencia respecto de lo que se debe entender por “periodo de seguro” se contiene en el art. 1 r) del propio Reglamento Comunitario.

Como excepción a esta necesidad derivada de un principio de territorialidad recogido en el art. 67.3 sólo contempla el propio precepto la que se contienen en el art. 71.1.b ii) , pero este precepto, como indica el enunciado de la Sección 3 en que se halla ubicado, se debe estimar previsto para desempleados que residieran, mientras ocupaban su último empleo, en un Estado miembro distinto del Estado competente, lo que no alcanza más que a determinados trabajadores de conformidad con el contenido de la Decisión de la Comisión Administrativa encargada por el art. 81 del Reglamento (CEE) 1408/71 para la interpretación de sus normas (96/172/CE) nº 160 de 28 de noviembre de 1995, entre las que señaló los que trabajan a bordo de un buque, los de temporada, los que desarrollan su actividad a la vez en varios países, los de transportes internacionales etc., pero no a los que ejercen su trabajo estable y duradero en un solo país. El propio impugnante del recurso reconoce que “el art. 71... es de aplicación a los trabajadores fronterizos y es también de aplicación a los trabajadores que aunque no son fronterizos mantienen su residencia habitual en un país miembro diferente del país mismo en el que realizan su



actividad asegurada” y que “su aplicación al presente caso pasaría por forzar el concepto de “emigrante” y mantener que pueda considerarse que el trabajador que – como aquí la actora-estuvo trabajando en Alemania más de 32 años seguidos (desde 1970 a 2003) siguió manteniendo su residencia habitual en España”; pues bien, la propia Decisión 160 antes citada relativa al alcance del inciso ii) de la letra b) del art. 71 ya hemos visto cómo no consideró aceptable incluir en este apartado a trabajadores con empleo estable en otro país como es el caso de la actora, estableciendo respecto de ellos la presunción de que su residencia era la del Estado competente. Ello aparte de que como se desprende claramente de la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 11 de noviembre de 2004, Adanes-Vega, el art. 71 constituye una excepción para determinar cuál es la legislación aplicable a una demanda de prestación por desempleo, para los casos específicos en que no coincide el lugar de prestación de los servicios con el lugar de residencia, habiendo sido dictada por lo demás con otra finalidad. Debiendo decirse lo mismo de la STSCE de 8 de julio, Knoch, y de la STS de 7-12-2005 (rec.-3780/04), dictadas ambas para otros supuestos y distinta finalidad aunque ambas contuvieran consideraciones relacionadas con el art. 71.1.b) ii) aquí controvertido y fueran citadas por el impugnante del recurso y por la sentencia recurrida.

**CUARTO.-** 1.- Siendo ello así de conformidad con las apreciaciones anteriores, no pueden dejarse sin respuesta otras objeciones colaterales efectuadas en el presente recurso por parte de la demandante.

2.- La primera objeción por su parte hace referencia al hecho de que a su entender, negar la prestación solicitada a un emigrante que reúne los requisitos nacionales debe considerarse una decisión contraria al principio comunitario de libre circulación de trabajadores contemplado en los arts. 18 y 39 a 42 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (en su versión consolidada conforme a lo establecido en el Tratado de Amsterdam de 1997). Pero esta objeción debe desterrarse si se tiene en cuenta que el principio lo que encierra es una exigencia de igualdad de trato que no puede considerarse conculcada cuando para gozar de una determinada prestación se exija una mínima conexión de territorialidad cual se halla previsto específicamente en los arts. 3 y 13 del reiterado Reglamento (CEE) 1408/1971 en su función coordinadora de la aplicación de los diversos regímenes de Seguridad Social a los trabajadores que ejerzan aquel derecho dentro de la Unión Europea cuando tal exigencia se aplica a todos los trabajadores comunitarios por igual. Recordemos al efecto cómo la sentencia Ferreiro Alvito entendió con toda claridad que la exigencia del art. 67.3 no podía ser entendida contraria al art. 51 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (cuyo precepto ha pasado a ser el art. 42 en la versión actual derivada del Tratado de Ámsterdam).

3.- Un segundo argumento o queja que formula el demandante en el trámite del presente recurso, en su calidad de impugnante del mismo, es el que se refiere a la circunstancia de que la falta del que se ha denominado “requisito comunitario”, o sea, la de no haber acreditado “períodos de cotización en España en último lugar”, le fue alegado en trámite del presente recurso de casación y por lo tanto en un momento en el que no podía defenderse.

La indefensión que alega es difícilmente sostenible por cuanto a pesar de que es cierto que sólo en trámite de recurso ha sido utilizada y esgrimida “*expresis verbis*” por el INEM la falta del “requisito comunitario”, no es menos cierto que ya en la denegación a su solicitud inicial el indicado organismo público le denegaba el subsidio por “*no estar Vd. en ninguna de las*

*causas de acceso al subsidio de desempleo ya que según datos obrantes en el expediente su vida laboral se ha desarrollado en Alemania...*”, de donde se desprende claramente que se le estaba diciendo que no reunía los requisitos para acceder a la prestación entre los que podía deducirse fácilmente la falta de cotización en España; este hecho no fue negado en ningún momento por la propia reclamante que, en su reclamación previa se limitó a argumentar sobre sus cotizaciones en Alemania, basando en ellas su pretensión porque así estaba mejor defendida la misma. Por otra parte, de todas sus alegaciones se desprende – y muy en concreto de las articuladas en los recursos de suplicación – que su petición la basó en el hecho de haber agotado prestaciones por desempleo en otro país por período superior a 360 días, sin articular alegato alguno demostrativo de haber cubierto períodos de seguro en España. Todo ello teniendo en cuenta que aquella exigencia comunitaria es un hecho constitutivo de su pretensión que el actor debió alegar y probar aun cuando no hubiera sido opuesto por la contraparte, por la misma razón que hubiera debido ser apreciado por cualquier autoridad judicial en aplicación del principio de derecho “*da mihi factum dabo tibi ius*”, cual esta Sala ha establecido en diversas sentencias en materia de Seguridad Social – por todas la STS de 28 de junio de 1994 (recurso 2946/93), dictada en Sala General en casación para la unificación de la doctrina, ha establecido que en los procesos de Seguridad Social, en donde se pide normalmente el reconocimiento del derecho a una prestación “El actor tiene que probar los hechos constitutivos de su derecho (la existencia de la situación protegida, la concurrencia de los restantes requisitos de acceso a la protección ...) y la entidad gestora tiene la carga de probar los hechos impositivos, los extintivos y los excluyentes. La ausencia de un hecho constitutivo puede ser apreciada por el Juez, si resulta de la prueba, incluso aunque no se haya alegado por la parte demandada y lo mismo sucede con los hechos impositivos y extintivos. La razón está, como ha señalado la doctrina científica, en que los órganos judiciales están vinculados por el principio de legalidad y no pueden otorgar tutelas infundadas. Sólo los hechos excluyentes son excepciones propias en el sentido de que el juez no puede apreciarlas si no son alegadas por la parte a quien interesan y ello porque estos hechos no afectan a la configuración legal del derecho. Pero en cuanto a los otros hechos el juez debe apreciarlos cuando se prueben aplicando las normas correspondientes, aunque no exista oposición del demandado o aunque éste no comparezca en juicio para oponerse. En este sentido, el hecho de que la Entidad Gestora desestime la solicitud por una causa cuando está acreditada en el procedimiento la existencia de otra no impone al juez la obligación de estimar la demanda y reconocer la prestación cuando considera improcedente la causa aplicada en la resolución administrativa, pero procedente la que debidamente acreditada no se tuvo en cuenta por el organismo gestor. De no ser así la tutela judicial y la garantía de la cosa juzgada podría no otorgarse en contra del mandato de la ley, que no es disponible ni para el juez (artículo 1 y 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial), ni para la Administración (artículo 52.2 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común”; en doctrina reiterada entre otras en SSTs de 30 de octubre de 1995 (recurso 997/95), 24 de julio de 1996 (recurso 3629/95), 5 de diciembre de 1996 (recurso 1633/96), o 10 de marzo de 2003 (rec.- 2505/2002).

En definitiva, era la actora la que debía haber alegado y demostrado que en contra de lo que el INEM le había respondido, sí que reunía las condiciones exigidas para causar derecho a las prestaciones por no haber desarrollado toda su carrera en Alemania por lo mismo que defendió tu tesis de que con los días de desempleo ganados en Alemania ya había causado derecho al subsidio español; siendo el hecho de que fuera ella la que centrara el debate en esta concreta

problemática el determinante de que el INEM articulara su defensa sobre el mismo problema, y el hecho de que la sentencia de suplicación no acogiera la oposición alegada por el INEM en su escrito de impugnación del recurso - en el que ya alegó dicho Instituto la falta del requisito de la doble cotización - lo determinante de que fuera en casación y no antes cuando se articulara el presente recurso sobre la denuncia concreta del art. 67.3 del Reglamento Comunitario.

En conclusión, la cobertura de un previo periodo de seguro en España como requisito para causar derecho al subsidio reclamado a la prestación solicitada y como contrapartida a la supuesta denegatoria del INEM no aparece acreditada ni por las alegaciones y pruebas de la actora, ni por la documentación obrante en autos, sin que pueda aceptarse como cierta por sí misma la alegación hecha en su último escrito por el recurrente en relación con el hecho de haber suscrito un Convenio Especial con la Seguridad Social cuando este alegato debía hacerse en su momento, con la aportación de la prueba correspondiente.

3.- Por último se aprecia cómo la actora desde un primer momento solicitó que se planteara ante el TJCE la cuestión prejudicial prevista en el art. 234 del Tratado de la Comunidad

Europea encaminada a preguntar si no debía estimarse contraria al derecho comunitario el hecho de no reconocer derecho a la prestación para mayores de 52 años a aquellos trabajadores que acreditaran haber percibido prestaciones por más de 360 días. Pero esta consulta, con independencia de que mezcla la exigencia del art. 215.1.1 b) con la que realmente interesa que es la relativa a los requisitos para poder acceder a la del art. 215.1.3) LGSS que es la aquí reclamada, supone ignorar que el indicado Tribunal ya se ha pronunciado de manera reiterada acerca de lo previsto al respecto en el art. 67.3 en la forma ya expuesta en la presente resolución, lo que hace innecesaria por inútil cualquier pregunta al respecto - no ya la solicitada por el demandante, sino la que podría considerarse adecuada al caso - cuando el Tribunal Europeo ya se ha pronunciado de forma reiterada sobre el particular aclarando de forma suficiente la solución a tomar. Estamos en consecuencia ante una situación de "acto claro" que exime de plantear la cuestión prejudicial prevista en el art. 234 precitado, de conformidad con reiterada doctrina del Tribunal Europeo en el indicado sentido (así SSTJCE de 23 de marzo de 1963, asunto Da Costa y acumulados, 19 de noviembre de 1991, asunto Francovich y Bonifei, de 6 de octubre de 1982, escrito Eilfil).""."

2651/07

007

## TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social (Unificación de Doctrina): Sentencia de 14/10/2008

Ponente: Excmo. Sr. D. Benigno Varela Autrán

### Síntesis

**INSS. BASE DE COTIZACIÓN PARA EL RECONOCIMIENTO DE UNA INVALIDEZ PERMANENTE.** Supuesto de Extinción de contrato en situación de Incapacidad Temporal, durante la que se percibe el subsidio correspondiente en cuantía igual a la prestación por desempleo, pero sin obligación de cotizar. Al extinguirse el contrato en esta situación y posteriormente la I.T., el trabajador no pasa a la situación de desempleo cotizado por el periodo de I.T. Se calculará la base reguladora teniendo en cuenta las bases mínimas de cotización. Reitera doctrina.

### Fundamentos de Derecho y Doctrina:

“**PRIMERO.-** La cuestión que se plantea en el presente recurso hace referencia a cual ha de ser la base de cotización a tener en cuenta para el reconocimiento de una invalidez permanente en los supuestos -como el de autos- en que, hallándose el trabajador en situación de Incapacidad Temporal, en el transcurso de la misma se extingue la relación laboral, continuando el trabajador percibiendo el subsidio correspondiente a la incapacidad en la que se encuentra en cuantía correspondiente a la prestación o subsidio de desempleo, pero sin que haya obligación alguna de cotizar por parte del INEM.

La contradicción judicial entre la sentencia recurrida y la que se propone como término de comparación, procedente de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid y dictada, con fecha 28 de junio de 2004, en el recurso de suplicación 2042/2004, resulta manifiesta, conforme al artículo 217 del Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral, por cuanto planteándose en ambas resoluciones judiciales idéntica pretensión, sin embargo, la solución dada a la misma por ellas es, claramente, contradictoria. La sentencia recurrida, de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de fecha 30 de abril de 2007, confirma, en su integridad, la sentencia de instancia que estimó que el período de Incapacidad Temporal debía computarse como, efectivamente, cotizado. Por su parte la sentencia propuesta

como término referencial entiende que, como durante ese período de incapacidad temporal no existe obligación de cotizar, han de aplicarse respecto al mismo las bases mínimas de cotización.

**SEGUNDO.-** El INSS recurrente alega como infringidos los artículos 222, en relación con el 140, 131 bis), 203, 206.1, 207, 208, 209, 214.1 y 231 de la Ley General de Seguridad Social y debe aceptarse la expresada denuncia de infracción jurídica, de conformidad con el criterio sentado por esta Sala, constituida en Sala General, en su sentencia de 1 de octubre de 2002, dictada en el recurso 3666/2001.

Si bien es cierto que, con relación al tema hoy controvertido, la jurisprudencia de esta Sala ha variado en el transcurso del tiempo conforme a la interpretación de la normativa en cada momento existente, sin embargo, al día de hoy la cuestión jurídica que plantea el presente recurso se contrae a la recta interpretación del art. 222.1 de la LGSS en la nueva redacción que le dio el art. 34.1º de la Ley 24/2001, según la cual *"cuando el trabajador se encuentre en situación de incapacidad temporal y durante la misma se extinga su contrato, seguirá percibiendo la prestación por incapacidad temporal en cuantía igual a la prestación por desempleo hasta que se extinga dicha situación, pasando entonces a la situación legal de desempleo en el supuesto de que la extinción se haya producido por alguna de las causas previstas en el apartado 1 del art. 208 y a percibir, si reúne los requisitos necesarios la prestación por desempleo*

*contributivo que le corresponda de haberse iniciado la percepción de la misma en la fecha de extinción del contrato de trabajo, o el subsidio por desempleo”; añadiendo que “en todo caso, se descontará del período de percepción de la prestación como ya consumido, el tiempo que hubiera permanecido en la situación de incapacidad temporal a partir de la fecha de extinción del contrato de trabajo”, y que “la Entidad Gestora de las prestaciones por desempleo efectuará las cotizaciones a la Seguridad Social...por todo el período que se descuenta como consumido”.*

Como se advierte de dicho precepto, en el mismo se contemplan dos situaciones claramente distintas cuales son la del trabajador que estando en I.T. ve extinguido su contrato de trabajo y no pasa a percibir prestaciones de desempleo -entre otras razones, porque hallándose de baja por enfermedad no se encuentra en situación de poder acceder al trabajo- y la de aquel otro que, una vez extinguido el periodo de I.T. y encontrándose ya en condiciones de poder acceder al trabajo pasa a percibir las prestaciones correspondientes de desempleo por habersele extinguido el contrato laboral durante la expresada I.T.

Es evidente que, en el primer caso, que es al que hoy se contrae el presente recurso habrá de regir la regla del art. 140.4 de la LGSS computándose por las bases mínimas el citado periodo de I.T. para el cálculo de la base reguladora de la invalidez permanente a la que, luego, accede el trabajador. Por el contrario, cuando tras la superación de la baja por enfermedad el trabajador que vio extinguido su contrato laboral durante la

misma pasa a la situación de desempleo cotizado, es lógico que se tengan en cuenta las cotizaciones correspondientes a dicho periodo de desempleo, incluso respecto al periodo que se considera como ya consumido de tal desempleo y que corresponde a la situación de I.T. en la que se produjo la extinción contractual de referencia.

Esta distinta regulación responde a las diferentes situaciones en que se encuentra el trabajador en uno y otro caso, pues en uno de ellos jamás accede a la situación de desempleo cotizado, en tanto en el otro, sí alcanza esa situación en la que se le descuenta el periodo en que percibió el subsidio de I.T. lo que hace que la diferencia de trato legal establecida, no contraría el principio de igualdad establecido en el art. 14 de la Constitución Española ni, tampoco, se oponga a lo previsto en el art. 41 del propio texto constitucional, habida cuenta que es al legislador al que corresponde determinar el nivel de prestaciones que debe garantizar a los ciudadanos y su suficiencia -sentencias del Tribunal Constitucional 68/1982, 65/1987, 189/1987 y 70/1991-, por lo que, a los Jueces y Tribunales corresponde aplicar la legalidad constitucional en los términos y en la medida en que el legislador lo ha establecido, siempre que no se incurra en discriminación o trato desigual injustificado.

Este es el criterio que ha venido manteniendo esta Sala en sus más recientes sentencias de 5 de julio de 2007 (rec. 689/2006), 5 de octubre de 2007 (rec. 3402/2006) y 20 de noviembre de 2007 (rec. 1319/1007).””.

1957/07

008

## TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social (Unificación de Doctrina): Sentencia de 17/10/2008

Ponente: Excmo. Sr. D. Jesús Souto Prieto

### Síntesis

**DESPIDO DE TRABAJADORA EMBARAZADA.** Salvo que resulte procedente el despido, **la calificación será de nulidad, no de improcedencia**, porque el art. 55.5 ET contiene una garantía objetiva y automática, al margen de cualquier móvil discriminatorio, al margen de que el empleador conozca o no el estado de gestación de la trabajadora. A la vista del contenido de la STC 92/2008 de 21 de julio, el TS rectifica su doctrina contenida en sentencias de 19/7/06 (R. 387/05), de Sala General, y de 24/7/07 (R. 2520/06).

### Fundamentos de Derecho y Doctrina:

“**PRIMERO.-** De acuerdo con la relación de hechos probados, la trabajadora celebró un contrato con la Jefatura Provincial de Tráfico de Valencia el 15-6-2005, para obra o servicio determinado, con jornada a tiempo completo y duración hasta el 14-11-2005. El objeto del contrato era mejorar la atención al ciudadano mediante la atención a gestorías y autoescuelas, actualización del fichero informático de expedientes sancionadores y tramitación derivada de los acuerdos firmados para la tramitación de los canjes de los permisos de conducir. Mediante escrito de 19-10-2005 la empresa le comunicó a la actora la próxima extinción del contrato en la fecha pactada. En el momento de efectuarse esa comunicación la actora estaba embarazada y a fecha 24-11-2005 su estado de gestación era de 9 semanas. El juez de instancia, tras calificar de nula la causa de temporalidad del contrato porque la obra o servicio contratado carecían de autonomía y sustantividad propias dentro de la actividad de la empresa, consistiendo en unas funciones que luego vienen desempeñando otros trabajadores con contrato eventual e ingresados con posterioridad, declara la nulidad del

despido y condena a la demandada a la readmisión en las mismas condiciones que regían antes de producirse el despido. La sentencia recurrida confirma íntegramente el fallo y en particular, por lo que ahora interesa, no considera exigible el conocimiento por parte del empleador del embarazo de la trabajadora para que el despido se declare nulo, interpretando literalmente el art. 55.5 b) ET.

Recorre en casación para la unificación de doctrina el Abogado del Estado, en la representación que ostenta y señala como sentencia de contraste la de esta Sala de 19 de julio de 2006 (Rec. 1452/05), en la que se discute la interpretación del art. 55.5.b) ET en los supuestos de despido de mujeres embarazadas y, en concreto, si la declaración de nulidad precisa el conocimiento del hecho de la gestación por parte del empresario, en un caso como el presente en el que el empresario no conocía el estado de la trabajadora despedida. Y lo hace revocando la sentencia recurrida que había condenado a la empresa calificando el despido de nulo por el mero hecho de que la trabajadora despedida estaba embarazada, sin que el empresario conociera tal circunstancia. Esta Sala entiende que el

presupuesto de que un despido sea "motivado" por el embarazo de una trabajadora es el conocimiento por parte del empresario que despide de dicho estado de gestación. De ahí que para la Sala la tesis de la "nulidad objetiva" del despido por embarazo, que por hipótesis prescinde del móvil de la decisión extintiva, no se ajuste a la finalidad de la norma expresa e inequívocamente formulada en la parte expositiva de la Ley.

En ambos casos se produce la identidad sustancial que exige el art. 217 LPL, pues en los dos supuestos se trata de trabajadoras que han sido despedidas, estando en ese momento en estado de gestación, sin que en tal momento tuviese conocimiento de ello el empresario, debatiéndose en ambos casos sí, en tales circunstancias, el despido debe ser calificado como nulo o como improcedente.

**SEGUNDO.-** La censura jurídica se concreta en la infracción del art. 55.5.b) del Estatuto de los Trabajadores, en relación con el art. 9.3 de la Constitución Española, e invoca la jurisprudencia del Tribunal Supremo (sentencia alegada de contraste) y las que cita del Tribunal Constitucional (s. 41/2002, de 25 de febrero y 17/2003, de 23 de enero).

La cuestión había sido resuelta por esta Sala en el sentido de que en tales supuestos no procedía la calificación de nulidad si no existía tal conocimiento. (Sentencia dictada en Sala General de 19 de julio de 2006, Rec. 1452/05, reiterada por la de 24 de julio de 2007 (Rec. 2520/06).

Pero nuestra anterior doctrina tiene que ser modificada dada la doctrina que ahora fija el Tribunal Constitucional, desde la perspectiva constitucional del precepto, en sentencia 92/2008, de 31 de julio, al estimar el amparo en caso sustancialmente idéntico, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 5 de la LOPJ de 1 de julio de 1985, sobre la interpretación de las leyes conforme a la interpretación de los principios constitucionales se haga por dicho Tribunal.

La doctrina del Tribunal Constitucional puede, con sus propias palabras, resumirse así:

*"Resultando inequívoco, conforme a nuestra doctrina, que un despido motivado por el embarazo de la trabajadora -o por la concurrencia de bajas laborales causadas por el embarazo (STC 17/2007, de 12 de febrero, Fj6), constituye una discriminación por razón de sexo, en el asunto ahora considerado, como en los analizados en nuestras SSTC 41/2002, de 25 de febrero, y 17/2003, de 30 de enero, así como, desde una perspectiva diferente, en la STC 62/2007, de 27 de marzo, la cuestión relativa al conocimiento o no por la empresa de la situación de embarazo ha centrado en buena medida el debate en la vía judicial. La importancia de dicha cuestión viene determinada por el hecho de que, para entender vulnerado por la empresa el derecho de la trabajadora a la no discriminación por razón de sexo, no basta con el hecho de que la trabajadora haya sido despedida hallándose embarazada. Como hemos señalado en otras ocasiones, al hecho del embarazo y a la circunstancia concurrente del despido será preciso añadir otros elementos que pongan indiciariamente en conexión lo uno (el factor protegido -por cuanto que el estado de gestación constituye únicamente, en principio, un presupuesto de la posibilidad misma de la lesión del art. 14 CE, pero no un indicio de vulneración que por sí solo desplace al demandado la obligación de probar la regularidad constitucional de su acto. En palabras de nuestras SSTC 41/2002, de 25 de febrero, FJ 4, y 17/2003, de 30 de enero, FJ 4, "para que se produzca la inversión pretendida por la recurrente, no basta con que la trabajadora esté embarazada y demuestre tal dato objetivo, sino que, a partir de tal constatación, es preciso alegar circunstancias concretas en las que fundamentar la existencia de*

*un presumible trato discriminatorio. En la medida en que no basta la mera alegación, sino la muestra de un panorama indiciario, no puede apreciarse una valoración incorrecta de la carga de la prueba por parte de los órganos judiciales por el hecho de que la empresa no haya probado la existencia de una causa real suficiente y sería de extinción que acredite que el despido es ajeno a un motivo discriminatorio...*

*En definitiva, nuestra doctrina ha considerado necesario el conocimiento por parte de la empresa del estado de embarazo de la trabajadora para apreciar la existencia de un panorama indiciario de la lesión del derecho fundamental, bien porque conste dicho conocimiento en los hechos probados de las resoluciones recurridas, bien porque, aun no constando expresamente, existan otros datos que permitan deducir la probabilidad de la lesión. En efecto, difícilmente puede apreciarse la existencia de un tratamiento peyorativo basado en el embarazo de la trabajadora cuando no haya quedado acreditado el conocimiento por la empresa de dicho embarazo o de cualquier otra situación o circunstancia que pudiera entenderse conectada con el mismo, ni existan otros datos de los que, pese a la falta de constancia expresa del conocimiento, pueda deducirse la probabilidad de la lesión...*

*La decisión de las resoluciones judiciales recurridas de no considerar acreditada la existencia de un despido "motivado" por el embarazo es, por tanto, conforme con nuestra doctrina, en los términos en que ha quedado expuesta, al no haber aportado la trabajadora al proceso -como le incumbía- indicios de la vulneración de su derecho fundamental...*

*La anterior constatación no agota, sin embargo, el análisis de la demanda de amparo, dado que en ésta, entremezclada con la queja anterior, se plantea por la demandante una segunda queja, claramente diferenciada y que requiere de un análisis específico. Según dicha queja las resoluciones judiciales recurridas habrían vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE al no haber aplicado la norma que establece que el despido de una trabajadora embarazada será nulo, exigiendo la acreditación del conocimiento por el empresario de la situación de embarazo, requisito que no figura en el precepto legal, el cual, por tanto, habría sido aplicado de manera arbitraria por los órganos judiciales. Se plantea, en definitiva una posible vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva de la trabajadora por la interpretación efectuada por los órganos judiciales del art. 55.5 LET, en la redacción dada al mismo por la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, de conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras...*

*La modificación que introdujo la Ley 39/1999 consistió en añadir, a la precedente cláusula de nulidad de los despidos discriminatorios o con vulneración de derechos fundamentales, diversos supuestos de nulidad relacionados con el embarazo, la maternidad y el disfrute de determinados permisos parentales. Dichas modificaciones se introdujeron por el legislador, como señala expresamente la exposición de motivos de la Ley, con objeto de completar la transposición a la legislación española de las directrices marcadas por diversas normas internacionales y comunitarias -citándose, expresamente, las Directivas del Consejo 92/85/CEE, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia, y 96/34/CE, del Consejo, de 3 de junio de 1996, relativa al Acuerdo marco sobre el permiso parental celebrado por la UNICE, el CEEP y la CES, y la Declaración de los Estados reunidos en la IV Conferencia Mundial sobre las Mujeres, celebrada en Pekín en Septiembre de 1995-, superando los niveles mínimos de protección previstos en las mismas. La propia exposición de*

*motivos enmarca dichas medidas en los derechos y principios contenidos en los arts. 14, 39.1 y 9.2 de la Constitución....*

*Antes de continuar con nuestro análisis resulta preciso establecer que el canon aplicable en este caso es el propio del art. 24.1 en relación con el art. 14 CE, canon que, de conformidad con nuestra reiterada doctrina, conlleva, en primer lugar, el derecho a obtener una resolución fundada en Derecho, favorable o adversa, que es garantía frente a la arbitrariedad e irrazonabilidad de los poderes públicos (SSTC 112/1996, de 24 de junio, FJ 2; 87/2000, de 27 de marzo, FJ 6). Ello implica, en primer lugar, que la resolución ha de estar motivada, es decir, contener los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión (SSTC 58/1997, de 18 de marzo, FJ 2; 25/2000, de 31 de enero, FJ 2); y en segundo lugar, que la motivación debe contener una fundamentación en derecho (STC 147/1999, de 4 de agosto, FJ3), lo que conlleva la garantía de que la decisión no sea consecuencia de una aplicación arbitraria de la legalidad, no resulta manifiestamente irrazonada o irrazonable o incurra en un error patente, ya que, en tal caso, la aplicación de la legalidad, sería tan solo mera apariencia (SSTC 147/1999 de 4 de agosto, FJ3; 25/2000 de 31 de enero, FJ2; 87/2000, de 27 de marzo, FJ3; 82/2001, de 26 de marzo, FJ2; 221/2001, de 31 de octubre, FJ6; 55/2003 de 24 de marzo, FJ6 y 262/2006 de 11 de septiembre, FJ5).*

*Se trata, no obstante, de un canon reforzado (SSTC 84/2001, de 26 de marzo, FJ3; 215/2001, de 29 de octubre, FJ2; 203/2002 de 28 de octubre, FJ3; y 28/2005 de 14 de febrero, FJ3) por tratarse de un supuesto en el que está en juego el derecho fundamental a la no discriminación por razón de sexo (art. 14 CE). En efecto, no puede desconocerse que la interpretación efectuada por los órganos judiciales en el presente procedimiento ha determinado la desestimación de la pretensión de la trabajadora de que se declarara la nulidad del despido del que fue objeto durante su embarazo, afectando con ello al alcance y contenido de las garantías establecidas por el legislador para la protección del derecho a la no discriminación por razón de sexo, del que indudablemente forman parte las garantías frente al despido de las trabajadoras embarazadas (entre otras muchas SSTC 175/2005, de 4 de julio, FJ3; 342/2006 de 11 de diciembre, FJ3; y 171/2007, de 12 de febrero, FJ3). Nos encontramos, por tanto, ante resoluciones judiciales especialmente cualificadas por razón del derecho fundamental a cuya efectividad sirve el precepto legal cuya interpretación se cuestiona, sin que a este Tribunal, garante último de los derechos fundamentales a través del recurso de amparo, pueda resultarle indiferente aquella cualificación cuando se impugnan ante él este tipo de resoluciones, pues no solo se encuentra en juego el derecho a la tutela judicial efectiva, sino que puede producirse un efecto derivado o reflejo sobre la reparación del derecho fundamental cuya invocación sostenía la pretensión ante el órgano judicial, con independencia de que la declaración de la lesión sea sólo una de las hipótesis posibles"(SSTC 84/2001, de 26 de marzo, FJ3; 112/2004, de 12 de julio, FJ4; 28/2005, de 14 de febrero FJ3; 196/2005, de 18 de julio FJ3)...*

*Pues bien, resulta evidente que ninguna de dichas resoluciones judiciales satisface las existencias del canon de motivación reforzado al que hemos hecho referencia. Limitándonos a la Sentencia de Suplicación, única que argumenta sobre la interpretación del art. 55.5 b) LET, baste para dicha conclusión por el momento, con tener en cuenta que la Directiva*

*comunitaria reseñada tiene por objeto el establecimiento de "disposiciones mínimas" para proteger la seguridad y la salud de las trabajadoras embarazadas, como corresponde al fundamento jurídico que la sustenta (art. 118 A del Tratado de la Comunidad Europea); que las Directivas de la Unión Europea obligan a los Estados miembros destinatarios "en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de las formas y de los medios" (art. 249 del Tratado de la Unión Europea); y que, en fin, la exposición de motivos de la Ley 39/1999, que modificó la regulación del precepto legal, afirma expresamente que con ella se procede a la transposición de la Directiva "superando los niveles mínimos de protección previstos" en la misma. En consecuencia, que la Directiva comunitaria contemple la exigencia de comunicación por la trabajadora de su embarazo al empresario como requisito para la activación de los derechos y garantías previstos en la misma no constituye motivación suficiente, por sí misma y con exclusión de cualquier otro criterio interpretativo, para afirmar la exigencia de idéntica condición en la aplicación del art. 55.5 b) LET...*

*La garantía frente al despido del derecho a la no discriminación por razón de sexo de las trabajadoras embarazadas no exige necesariamente un sistema de tutela objetiva como el previsto por el legislador en la Ley 39/1999. Serían posibles, desde esta perspectiva, otros sistemas de protección igualmente respetuosos con el art. 14 CE como, en particular, el que estaba en vigor en el momento de la reforma legal. Sin embargo, una vez que el legislador ha optado por un desarrollo concreto del art. 14 CE, que incrementa las garantías precedentes conectándolas con la tutela también reforzada de otros derechos y bienes constitucionalmente protegidos, no puede el órgano judicial efectuar una interpretación restrictiva y ajena a las reglas hermenéuticas en vigor que prive al precepto legal de aquellas garantías establecidas por el legislador y con las que la trabajadora podía razonablemente entenderse amparada en su determinación personal, pues con ello se estaría impidiendo la efectividad del derecho fundamental de acuerdo con su contenido previamente definido (STC 229/2002, de 9 de diciembre, FJ 4). Tal decisión no satisface las exigencias del canon de razonabilidad y motivación reforzadas y de efectividad del derecho fundamental que impone la afectación - particularmente intensa, en el presente caso- del derecho a la no discriminación por razón de sexo de la trabajadora y de los restantes derechos y bienes constitucionalmente relevantes implicados."''''.*



**TRIBUNAL SUPREMO****Sala de lo Social (Unificación de Doctrina):** Sentencia de 20/10/2008**Ponente:** Excmo. Sr. D. José Luis Gilolmo López**Síntesis**

**ACCIDENTE DE TRABAJO. INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS:** No procede descontar de la misma y de forma automática las prestaciones de Seguridad Social, cuando para el cálculo de la indemnización el Juez de instancia utilizó como criterio orientador, el **Baremo de Circulación** y conforme al mismo se excluyó el factor de corrección al alza del lucro cesante.

**Fundamentos de Derecho y Doctrina:**

“**PRIMERO.-** El actor en el proceso de origen, nacido el 7 de abril de 1952, prestaba servicios como oficial de primera para “Construcciones e ....” desde el 3 de abril de 2000, habiéndose dedicado desde los 16 años, como actividad laboral, a dar yeso e instalar andamios para realizar trabajos de altura. La mencionada empresa fue subcontratada para efectuar los trabajos de yeso por la entidad “Miguel y R. S.L.U.”, promotora de 137 viviendas en la urbanización “Miramar Tívoli” en Málaga, que tenía suscrito un seguro de todo riesgo de la obra en cuestión con la aseguradora “Ocaso Sociedad Anónima de Seguros y Reaseguros” Este seguro incluía bienes, mantenimiento o conservación y responsabilidad civil extracontractual en los términos y condiciones que constan en el ordinal tercero de la incombustible declaración de hechos probados de la sentencia de instancia, transcritos en su integridad en los antecedentes de esta resolución. El día 24 de octubre de 2000, el aludido trabajador procedió a instalar un andamio para realizar los trabajos de guarnecido y enlucido de la zona superior de la escalera de acceso de la planta 4ª de uno de los edificios de la citada urbanización. La instalación concluyó al finalizar la jornada sin que el trabajador colocase un puntal central que se le había proporcionado para la sujeción de la plataforma del andamio. Al día siguiente comenzaba la jornada sobre las 8,30 horas y, cuando se hallaban subidos en dicha plataforma el actor y otro compañero, el andamio se desplomó, cayendo ambos al suelo. Como consecuencia de tal accidente, el actor sufre fractura hundimiento del calcáneo, determinante de una artrosis subastragalina, habiendo permanecido en Incapacidad Temporal (IT), percibiendo el correspondiente subsidio, desde el 25 de octubre de 2000. Estuvo incapacitado 456 días (desde el 25-10-2000 al 24-1-2002) y fue declarado, por Resolución del INSS de 25 de enero de 2002, en situación de incapacidad permanente parcial (IPP) por el accidente, con derecho a percibir una indemnización de 24.130,80 euros.

Por otra parte, se siguió expediente sobre recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad e higiene en el trabajo, en el que, tras las vicisitudes que constan en el ordinal sexto de la resultancia fáctica de la resolución de instancia (inmodificada en la hoy recurrida y, como se dijo, literalmente transcrita en el lugar oportuno de la presente), acabó dictando sentencia de fecha 4 de noviembre de 2004 (R. 1799/04) la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía/Málaga, confirmando la Resolución administrativa de 22 de noviembre de 2001 que había declarado la responsabilidad empresarial y la procedencia de que las prestaciones de Seguridad Social fueran incrementadas en el 30 por 100, con responsabilidad solidaria de “Miguel y Rodríguez S.L.U.” y “Construcciones e ....”.

El referido trabajador entabló la demanda origen del presente recurso, en reclamación de indemnización complementaria por

el mencionado accidente. En la demanda, invocando la aplicación analógica del baremo Anexo a la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, actualizado para el año 2000, solicitaba la condena solidaria de los demandados a que le abonaran la suma total de 35.088,93 euros en concepto de indemnización de daños y perjuicios por el período de incapacidad y secuelas derivados del accidente de trabajo (hundimiento de calcáneo con secuela de artrosis subastragalina [8 puntos X 94.728 ptas./punto]: 757.824 ptas.; factor de corrección por declaración de IPP: 1.500.000 ptas.; y período de incapacidad [456 días improductivos X 6.688 ptas]: 3.049.728 ptas; Total 5.307.552 ptas más un 10% de factor de corrección [530.755] = 5.838.307 ptas [35.088,93 euros]), así como al pago de los intereses previstos en el art. 20 de la Ley de Contrato de Seguro, desde la fecha del siniestro, respecto de la aseguradora Ocaso Sociedad Anónima de Seguros y Reaseguros.

La pretensión fue estimada en parte por el Juzgado de lo Social nº 5 de Málaga que, con absolución de la aseguradora “Ocaso SA”, condenó solidariamente a las dos empresas demandadas al pago al actor de 22.883,94 euros, según razona en Fundamento 3º, “considerando lo percibido y teniendo en cuenta que con arreglo al baremo que a efectos orientativos aplica la actora, y al que las demandadas no se han opuesto, por los días improductivos, 4.554,61 euros, por las secuelas que se valoran en 8 puntos 18.329,23 euros, sin que sea de aplicación el factor de corrección, debido a que el actor ha venido percibiendo las prestaciones de incapacidad”.

Esta decisión fue revocada por la Sala de lo Social ya expresada, en su sentencia de 14 de diciembre de 2006 (R. 2346/06) – contra la que ha interpuesto el presente recurso de casación unificadora el propio demandante-, por entender dicho Tribunal, en esencia, que “deberán tenerse en cuenta la cantidad percibida por el actor en concepto de incapacidad temporal (456 días), así como la cantidad de 24.130,8 euros percibidos en concepto de prestación a tanto alzado por incapacidad permanente parcial, no así el 30% del recargo de prestaciones. Y como resulta [concluye] que la cantidad reconocida en la sentencia de instancia es inferior a la cuantía de tales prestaciones, la pretensión deducida por el actor debe ser rechazada al haber obtenido la correspondiente prestación económica mediante el sistema protector de la Seguridad Social”.

**SEGUNDO.-** Contra la sentencia últimamente reseñada ha interpuesto el trabajador el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, articulando un solo motivo que denuncia como infringidos los arts. 3, 1101 y 1103 del Código Civil, que, según sostiene, imponen una reparación total del daño, pretendiendo, en definitiva, que se mantenga la condena solidaria efectuada por el Juzgado de instancia, en la cuantía de 22.883,94 euros, “mas los intereses de dicha suma desde la interposición de la demanda hasta que tenga lugar el pago”. Se

basa para ello en lo que entiende como “descuento automático y aritmético de la totalidad de las prestaciones de Seguridad Social” practicado por la Sala de suplicación, e invoca como sentencia de contraste, a los efectos prevenidos en el art. 217 de la Ley de Procedimiento Laboral (LPL), la dictada por la Sala de lo Social del TSJ de Madrid el 4 de abril de 2005 (R. 68/2005). A dicha resolución le niegan el carácter de contradictoria con la recurrida los dos escritos de impugnación de las dos empresas demandadas, no así el informe emitido por el Ministerio Fiscal.

El artículo 217 de la Ley de Procedimiento Laboral exige para la viabilidad del recurso de casación para la unificación de doctrina que exista una contradicción entre la resolución judicial que se impugna y otra resolución judicial que ha de ser una sentencia de una Sala de lo Social de un Tribunal Superior de Justicia o de la Sala IV del Tribunal Supremo. La contradicción requiere que las resoluciones que se comparan contengan pronunciamientos distintos sobre el mismo objeto, es decir, que se produzca una diversidad de respuestas judiciales ante controversias esencialmente iguales y, aunque no se exige una identidad absoluta, sí es preciso, como señala el precepto citado, que respecto a los mismos litigantes u otros en la misma situación, se haya llegado a esa diversidad de las decisiones pese a tratarse de “hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales”. Por otra parte, debe tenerse en cuenta que la contradicción no surge de una comparación abstracta de doctrinas al margen de la identidad de las controversias, sino de una oposición de pronunciamientos concretos recaídos en conflictos sustancialmente iguales (SSTS, entre otras muchas, de 27 y 28-1-1992, R. 824/91 y 1053/91; 18-7, 14-10 y 17-12-1997, R. 4035/96, 4203/96 y 94/1997; 23-9-1998, R. 4478/97; 7-4, 25-4 y 4-5-2005, R. 430/04, 3132/04 y 2082/04).

La sentencia referencial enjuició un supuesto de reclamación de daños y perjuicios derivados de un accidente laboral con base también en los arts. 1101 y 1103 del Código Civil. A los efectos de la contradicción que aquí nos interesan, aunque en la declaración de hechos probados no figura el tiempo en el que el demandante permaneció en IT, sí consta, entre otras muchas circunstancias, que el actor, tras sufrir una accidente de trabajo el 22 de julio de 2003, a consecuencia del cual padece en la actualidad un cuadro residual de “perforación del globo ocular derecho con cuerpo extraño no magnético con resultado de pérdida de visión por OD”, fue declarado por el INSS en situación de IPP, con derecho a percibir prestación en cuantía de 24.455,04 euros. Consta así mismo que se levantó Acta de Infracción el 6-4-2004, proponiendo la sanción de 2.000 euros por la comisión empresarial de una falta grave, en su grado mínimo, y el recargo de las prestaciones económicas de Seguridad Social en un 40% por falta de medidas de seguridad en el trabajo. En la demanda, el actor de la sentencia de contraste reclamaba 65.907,68 euros por el concepto de indemnización por los daños y perjuicios derivados del accidente, hallándose integrada dicha cantidad por los conceptos y cuantías siguientes: 1) 4.827,76 euros por los días de incapacidad; 2) 41.849,56 euros por secuelas; y 3) 19.230,36 euros por los perjuicios económicos y daños morales complementarios. La sentencia de instancia, aplicando el Baremo de la Ley 30/1995, estimó parcialmente tal pretensión y condenó a la empresa a abonar al demandante la cantidad de 50.000 euros por el concepto de indemnización por daños y perjuicios derivados del accidente de trabajo. La empresa recurrió en suplicación, pretendiendo que se detrajera de dicha indemnización la cantidad de 24.455,04 euros correspondientes a la prestación de IPP. Pero la Sala de Madrid, partiendo, en esencia, de que un “descuento” exige una cantidad líquida y de que la única con tal condición es la prestación por IPP, que sólo se puede relacionar, según dice, con los 41.849,56 reclamados por secuelas, y sobre la que el Juzgado de instancia ya redujo la pretensión en unos 16.000

euros, desestima el recurso porque llega a la conclusión de que el descuento no es una idea matemática sino una técnica de ponderación equitativa del perjuicio que, en ese caso, tratándose de la pérdida de visión de un ojo a la edad del actor, nacido el 7-11-1983, no resulta desproporcionada.

Así pues, esta resolución sí resulta contradictoria con la recurrida porque, tratándose en ambos casos de reclamaciones de indemnización por daños y perjuicios derivados de sendos accidentes de trabajo, la sentencia impugnada computa de forma automática, para deducirlas de lo pedido, las prestaciones reconocidas en base a la normativa de la Seguridad Social (IT e IPP), sin reparar siquiera en que la resolución de instancia, precisamente porque el actor había percibido las prestaciones de incapacidad, descartó la aplicación al alza, tal como pedía el trabajador en su demanda, de cualquier “factor de corrección”, mientras que, por el contrario, la sentencia referencial no accede a la pretensión empresarial que, sin atender a la ponderación del perjuicio ni a la proporcionalidad de la reparación, pretendía detraer, matemáticamente, de la indemnización reclamada la suma percibida por IPP. Es cierto, como ponen de relieve ambas empresas en sus escritos de impugnación, que en la fundamentación jurídica de la sentencia aquí recurrida se llega a afirmar que hubo concurrencia de culpas en el accidente de trabajo y tal aseveración no aparece en absoluto en la resolución de contraste. Pero, en este caso, a los efectos de la contradicción, esa diferencia carece de relevancia alguna porque, además de que ello no es óbice para que la Sala de Granada rechace el motivo de suplicación en el que se pretendía hacer valer tal circunstancia, lo verdaderamente trascendente a los efectos que ahora nos interesan no es sino que dicha Sala ni siquiera utiliza ese argumento como elemento de ponderación del descuento, porque, insistimos, éste –el descuento–, lo efectúa de manera automática y sin tomar para nada en consideración, como había hecho la sentencia de instancia, los criterios orientativos del Baremo del automóvil invocados por el actor (a los que, como vimos, las empresas demandadas no se habían opuesto) y, muy en particular, la exclusión de los factores de corrección que, en la demanda, incrementaban sensiblemente las cantidades solicitadas. Procede, por todo ello, entrar a decidir el fondo del recurso.

**TERCERO.-** Se trata, pues, de unificar, como con acierto resume el dictamen del Ministerio Fiscal, la manera en que las prestaciones de la seguridad social deben ser descontadas de la indemnización de daños y perjuicios derivados de un accidente laboral causado a consecuencia de la omisión del deber de seguridad del empleador. Y tal cuestión, tratada en múltiples ocasiones por la jurisprudencia de esta Sala, ha sido recientemente unificada por dos sentencias de Sala General, ambas de fecha 17 de Julio de 2007 (R. 4367/05 y 513/06), a cuya fundamentación “in extenso” nos remitimos, pudiendo resumirse la nueva doctrina al respecto, tal como ha hecho nuestra más reciente aún sentencia de 21 de enero de 2008 (R. 4017/06), en los siguientes puntos:

*“1. La mayoría de la doctrina, cuando existe derecho a percibir varias indemnizaciones, es partidaria de la llamada “compensatio lucri cum damno”, compensación derivada del principio jurídico, amparado en el artículo 1.4 del Código Civil, de que nadie puede enriquecerse torticeramente a costa de otro. Por ello, cuando existe el derecho a varias indemnizaciones se estima que las diversas indemnizaciones son compatibles, pero complementarias, lo que supone que, como el daño es único y las diferentes indemnizaciones se complementan entre sí, habrá que deducir del monto total de la indemnización reparadora lo que se haya cobrado ya de otras fuentes por el mismo concepto. La regla general sería, pues, el cómputo de todos los cobros derivados del mismo*

hecho dañoso, mientras que la acumulación de indemnizaciones sólo se aceptaría cuando las mismas son ajenas al hecho que ha provocado el daño, pues la regla de la compensación es una manifestación del principio que veda el enriquecimiento injusto. La aplicación de este principio por parte de este orden jurisdiccional social debe ser objeto, no obstante, de ciertas matizaciones y correcciones, para que los automatismos en su aplicación no lleven a resultados contrarios al pretendido, como está ocurriendo. Si se persigue evitar que la reparación de un daño no sea fuente de un enriquecimiento injustificado, también se debe buscar que la aplicación de la compensación no conlleve un enriquecimiento de quien causó el daño, al pagar de menos, ni el enriquecimiento de la aseguradora con quien contrató el aseguramiento del daño causado su responsable.

2. Los artículos 1101 y 1106 del Código Civil nos muestran que quien causa un daño a la integridad de una persona debe repararlo íntegramente, lo que supone que la norma garantiza al perjudicado la total indemnidad por el hecho lesivo. El daño tiene distintos aspectos: las lesiones físicas, las psíquicas, las secuelas que dejan unas y otras, los daños morales en toda su extensión, el daño económico emergente (como los mayores gastos a soportar por el lesionado y su familia en transportes, hospedajes, etc.) y el lucro cesante, cuya manifestación es la pérdida de ingresos de todo tipo, incluso la pérdida de las expectativas de mejora profesional. Si todos esos conceptos deben ser indemnizados y a todos ellos abarca la indemnización total concedida, es claro que la compensación de las diversas indemnizaciones debe ser efectuada entre conceptos homogéneos para una justa y equitativa reparación del daño real. Por ello, no cabrá compensar la cuantía indemnizatoria que se haya reconocido por lucro cesante o daño emergente en otra instancia, con lo reconocido por otros conceptos, como el daño moral, al fijar el monto total de la indemnización, pues solo cabe compensar lo reconocido por lucro cesante en otro proceso con lo que por ese concepto se otorga en el proceso en el que se hace la liquidación.

3. Sentado lo anterior, lo correcto será que la compensación, practicada para evitar enriquecimiento injusto del perjudicado, se efectúe por el juzgador, tras establecer los diversos conceptos indemnizables y su cuantía, de forma que el descuento por lo ya abonado opere, solamente, sobre los conceptos a los que se imputaron los pagos previos. Consecuentemente, la compensación operará entre conceptos homogéneos, lo que tratándose de prestaciones de la Seguridad Social que resarcen por la pérdida de ingresos que genera la disminución de la capacidad de ganancia, temporal o permanente, supone que las referidas prestaciones sólo pueden compensarse con las indemnizaciones reconocidas por el llamado lucro cesante, así como, que las que se reconocen por la incapacidad temporal no se pueden compensar con las que se dan por la incapacidad permanente y viceversa.

4. Especial consideración merece el descuento del capital coste de la prestación por incapacidad permanente reconocida por la Seguridad Social y, en su caso, del importe de la indemnización por incapacidad permanente parcial o por lesión permanente no invalidante que se hayan reconocido por la Seguridad Social. Ante todo, conviene recordar que estas prestaciones se conceden por la pérdida de la capacidad de ganancia, para compensar la merma económica que supone una incapacidad laboral. Por tanto, es lógico computar y deducir lo cobrado de prestaciones de la Seguridad Social de la indemnización global, ya que, las mismas se han financiado con cargo al empresario, sea por vía del pago de primas de seguro, sea por aportación directa. Pero, como la compensación sólo puede operar sobre conceptos homogéneos, es claro que las prestaciones que

indemnizan por la pérdida de ingresos, sólo se descontarán del total de la indemnización reconocida por lucro cesante”.

A lo que cabe añadir, por incidir directamente en la cuestión planteada en el presente recurso de casación unificadora, como se desprende igualmente de las mencionadas sentencias del Pleno de esta Sala: 1) Que, para el cálculo de la indemnización de daños y perjuicios derivada de un accidente de trabajo, resulta oportuno –que no obligatorio– la utilización, como criterio de orientación analógica –nunca por reproducción mimética de las concretas operaciones contenidas en el Anexo–, del sistema de valoración de daños del Anexo introducido por la Disposición Adicional Octava de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre (hoy Anexo al Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, cuyos módulos han sido cuantitativamente actualizados por Resolución de 7 de enero de 2007 de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones); 2) Ese sistema baremado, cuando se utilice, puede corregirse al alza en los casos en que concurra culpa o negligencia empresarial y, aunque su determinación cuantitativa constituye una competencia fundamental del juez de instancia, cabe su revisión en cualquier alzada en los supuestos en los que sus conclusiones, por resolver de forma errónea, caprichosa, desorbitada o evidentemente injusta, no superen el imprescindible test de razonabilidad; y 3) En principio, y sin perjuicio de la obligada reparación íntegra y total del daño causado, las prestaciones de la Seguridad Social actúan de forma tasada la responsabilidad objetiva del empresario y compensan la pérdida de ingresos profesionales (lucro cesante) del trabajador accidentado, bien para descontar su capital-coste de una previa capitalización del lucro cesante en algunos supuestos, bien para descontar su importe mensual del verdadero lucro (el salario percibido hasta el accidente) cesante en el mismo período de tiempo.

En el presente caso y con arreglo a la doctrina antes expuesta, es también claro que no procedía descontar de la indemnización total debida por el accidente en cuestión el importe de las prestaciones de Seguridad Social (IT e IPP), toda vez que la sentencia de instancia, tras poner claramente de relieve que el sistema de valoración del Baremo de la Ley 30/1995 que utiliza había sido aceptado por todas las partes, ya había dejado de aplicar los factores de corrección invocados en la demanda, precisamente, en razón a que el actor había percibido las prestaciones de incapacidad. Volverlas a descontar, lejos de proporcionar un enriquecimiento injusto al trabajador, impedirían en realidad la reparación íntegra del daño causado. En definitiva, tal como sostiene el Ministerio Fiscal en su informe, al haber solicitado el recurrente en unificación de doctrina el mantenimiento de las indemnizaciones concedidas en la sentencia de instancia, y no habiéndose opuesto las demandadas a su cuantificación siguiendo el criterio orientativo del Baremo del automóvil, procede confirmarlas, resolviendo así el debate planteado en suplicación, al haber excluido dicha sentencia los factores de corrección al alza del daño patrimonial, no apreciándose en ello error, arbitrariedad o incoherencia en su cuantificación, pese a que, evidentemente, los 4.554,61 euros que la fundamentación jurídica de la sentencia de instancia (FJ 3º in fine) parece atribuir a “días improductivos” corresponden realmente a “secuelas” (las 757.824 pesetas pedidas por tal concepto en la demanda, sin el millón y medio de pesetas que también se instaban como “factor de corrección” al alza) y los 18.329,23 euros que aplica a “secuelas” obedecen en realidad a los 456 “días improductivos” (los 3.049.727 pesetas que, por este concepto, se solicitan en la demanda, aunque también sin el 10% que igualmente, como “factor de corrección” al alza, se pedían en el escrito rector), sin que, en cualquier caso, estos meros errores de denominación repercutan en absoluto en el acierto de aquella resolución pues lo decisivo es que condena



solidariamente a las empresas al abono de ambas sumas (22.883 euros).

**CUARTO.-** Lo hasta aquí razonado pone de manifiesto que la sentencia recurrida, al proceder a descontar automáticamente de la indemnización total el importe de las prestaciones de Seguridad Social, no se atuvo a la buena doctrina. Así pues, procede la estimación del recurso, la revocación del fallo impugnado y el consecuente mantenimiento de la condena

acordada por la sentencia de instancia, sin que en este trámite quepa efectuar pronunciamiento alguno con respecto a la petición de intereses por mora procesal que se formula en el suplico del recurso porque, al margen de lo que se pueda decir al respecto en un eventual proceso de ejecución, se trata aquí de una cuestión nueva, ni siquiera plantada en el escrito de demanda, que no puede resolverse en el marco de este recurso extraordinario .””.

1247/07

010

## TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social (Unificación de Doctrina): Sentencia de 21/10/2008

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Martín Valverde

### Síntesis

**SUBCONTRATACIÓN DE OBRAS Y SERVICIOS Y CESIÓN ILEGAL.** Delimitación entre la subcontratación de obra o servicios (art. 42 ET) y la cesión ilegal de trabajadores (art. 43 ET). Falta de contradicción que impide entrar en el fondo del asunto.

### Fundamentos de Derecho y Doctrina:

“**PRIMERO-** La cuestión sustantiva que plantea el presente recurso de casación para unificación de doctrina consiste en determinar si existe cesión ilegal de trabajadores en la relación triangular existente entre las actoras, la empresa L. S.A. y el Gobierno Vasco. Pero, antes de entrar en el fondo del asunto y con carácter previo, habrá que verificar si se cumple o no en el caso el requisito esencial de contradicción entre la sentencia recurrida y las aportadas para comparación.

En virtud de un contrato administrativo suscrito entre el Gobierno Vasco y la empresa L. S.A. ésta se ha encargado por cuenta de aquél del “servicio de asistencia técnica para atención, despacho y coordinación de avisos, llamadas y comunicaciones de urgencia y emergencia”. Este servicio se desarrolla “en los centros de coordinación de SOS Deiak” y las actoras, que suscribieron un contrato laboral con L. S.A., prestan trabajo en uno de estos centros, situado en una comisaría de Bilbao. La petición principal de la demanda conjunta presentada por las mismas es el reconocimiento “de su derecho de opción a adquirir fijeza en la entidad cedente o cesionaria”.

La sentencia recurrida, tras añadir al relato de hechos probados de la sentencia de instancia varias especificaciones relativas al modo en que se desarrolla el trabajo de las demandantes, ha decidido que no existe en el caso cesión ilegal de trabajadores, revocando la sentencia del Juzgado de lo Social, y descartando por tanto la atribución del derecho de opción reclamado y reconocido en la instancia.

Para el juicio de contradicción se aportan dos sentencias para otros tantos motivos de casación. El primero denuncia infracción del art. 43 del Estatuto de los Trabajadores (ET) y el segundo infracción de la jurisprudencia sobre aplicación a los contratos administrativos de servicios de la doctrina sobre delimitación de los supuestos de hechos respectivos de los artículos 42 ET (régimen laboral de la “subcontratación de obras y servicios”) y 43 ET (“cesión ilegal de trabajadores”). Daremos respuesta a estos motivos invirtiendo por razones de método el orden de consideración de los mismos.

**SEGUNDO.-** El segundo motivo del recurso plantea de manera artificial una cuestión que no ha sido debatida en la sentencia de suplicación impugnada. Ni el recurso de suplicación de L. S.A., cuyas alegaciones son compartidas expresamente por el Gobierno Vasco, ni tampoco el escrito de impugnación de las demandantes, se refieren a la doctrina jurisprudencial que aplica a la contratación administrativa de obras o servicios los criterios de delimitación entre la subcontratación lícita y la cesión ilegal de trabajadores. Es más, la Sala de suplicación parte implícitamente de esta doctrina. Debemos concluir, en suma, que el motivo carece de contenido casacional al plantear una cuestión nueva y al razonar al margen de las cuestiones de hecho y de derecho que fueron propuestas en el segundo grado jurisdiccional.

Tampoco puede prosperar el primer motivo del recurso en cuanto que no se aprecia contradicción entre la sentencia recurrida y la aportada para comparación, dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias (Tenerife) el 12 de julio de 2007. En ambas se aborda la misma cuestión en supuestos de encargo de servicios por parte de Administraciones Públicas. Pero los hechos de una y otra son diferentes en aspectos relevantes para la resolución en derecho de la cuestión planteada.

En la narración de hechos probados de la sentencia recurrida, tal como ha quedado fijada en el proceso de suplicación, consta que existe una “coordinadora” de la empresa A. S.A. para el trabajo desarrollado por las trabajadoras demandantes en ejecución del encargo de servicios contratado por dicha empresa con el Gobierno Vasco; y consta también que, aunque la coordinadora no está presente en el lugar donde se atienden las comunicaciones del público, la propia empresa adjudicataria del servicio dispone de “conectividad entre todos los centros de trabajo” y de “monitorización de las conversaciones de voz” desde “sus puestos de supervisión”. Estas circunstancias, relativas a medios de control del modo de ejecución del trabajo de las actoras de atención de avisos y llamadas, no concurren en la sentencia de contraste, donde la empresa Gestión ... S.A. ha contratado a las demandantes para la prestación de trabajos diversos (“notificación”, “recadería”, “archivo de certificaciones”, “asesoramiento en materia de embargos”) en la Consejería de Economía, Hacienda y Comercio de la Junta de

Canarias, y donde no se ha acreditado la puesta en práctica de instrumento alguno de dirección u organización del trabajo de las actoras. Es más, el hecho probado 4º de la sentencia de contraste afirma rotundamente que las trabajadoras dependían “siempre en todo su trabajo de las órdenes e instrucciones de la Tesorería Territorial y los jefes de servicio del referido organismo”.

**TERCERO.-** La disparidad en los hechos de los litigios de las sentencias comparadas impide analizar el fondo del asunto y entrar en la cuestión sustantiva planteada, por lo que el recurso, que pudo ser inadmitido en trámite anterior de este procedimiento, debe ser desestimado en este momento de dictar sentencia.””.



5456/05

011

## TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social (Unificación de Doctrina): Sentencia de 23/10/2008

Ponente: Excmo. Sr. D. Víctor Fuentes López

### Síntesis

**DESPIDO OBJETIVO.** Se formulan dos recursos: El primero en relación a la calificación como nulo del despido, respecto al que no se aprecia el requisito de contradicción. El segundo, contra el Auto aclaratorio de la Sentencia en el que debate la procedencia o no de la fijación del salario modificado en la instancia para fijar la indemnización (art. 123-1 LPL), respecto al que existe contradicción. Se estima el recurso.

### Fundamentos de Derecho y Doctrina:

“**PRIMERO.-** Con carácter previo es preciso hacer constar las sucesivas incidencias producidas en la tramitación del presente recurso.

a) Contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social de Málaga, que desestimó el recurso de suplicación del actor, contra la sentencia de instancia, que en un supuesto de despido objetivo, declaró el mismo procedente, se preparó dentro de plazo, recurso de casación para la unificación de doctrina, insistiendo en la calificación del mismo como despido nulo; también dentro de plazo, se solicitó por el actor aclaración de la sentencia por no haber resuelto la petición subsidiaria, lo que se pedía en todo caso, la condena de la empresa al pago de las diferencias en cuanto a la indemnización y salarios por percibir y los consignados, al haber modificado la cuantía de la base para fijar el montante de la indemnización, al haber aceptado en parte la sentencia de suplicación, pese a desestimar el recurso de suplicación la revisión fáctica solicitada, lo que se rechazó por auto de 22-12-05, dada la invariabilidad de las resoluciones judiciales, pese a reconocer el error sufrido. Contra este auto se preparó también recurso de casación para la unificación de doctrina.

b) La Sala de suplicación tuvo por preparados ambos recursos, emplazando a las partes ante esta Sala. El 29-12-05 se formalizó el primer recurso, en que el se solicitaba la calificación del despido como nulo, invocando como sentencia contraria la dictada por la Sala de lo Social de Cataluña de 14-07-1995. Igualmente, un mes mas tarde, pero dentro de plazo, se formalizó el segundo recurso de casación, contra el auto de aclaración invocando como sentencia contraria la de la Sala de lo Social de Madrid de 28-10-2003.

c) Esta Sala dictó sentencia el 4-10-2007. En la misma solo se resolvió el segundo de los recursos, interpuesto contra el auto

que denegó la aclaración de la sentencia pedida, no resolviendo el primer recurso, relativo a la calificación del despido como nulo, en donde se invocó como sentencia contraria la de la Sala de lo Social de Cataluña.

d) Contra nuestra sentencia, se promovió incidente de nulidad de actuaciones solicitando complementar la sentencia de esta Sala, por incongruencia omisiva. Tramitado el incidente se decretó por auto de 9-07-2008, la nulidad de actuaciones, al no haber resuelto la sentencia el primer recurso, por incongruencia omisiva, reponiendo las actuaciones al momento anterior al proveído de 26-06-2007, que señaló fecha para votación y fallo; posteriormente se señaló para la nueva votación y fallo el día 16-10-2008.

**SEGUNDO.-** Dicho lo anterior procede examinar, el primer recurso, en donde se solicitaba la calificación del despido objetivo nulo, dado el calculo erróneo de la indemnización que procedía consignar por la empresa, por despido objetivo al no haber incluido las comisiones devengadas y el salario en especie percibido, en el computo de la base que fijó aquella.

Se hace preciso examinar en primer lugar si existe contradicción entre la recurrida y la invocada de contraste de la Sala de lo Social de Cataluña de 14-07-1995; constituyendo el núcleo del motivo la determinación de los efectos derivados del calculo erróneo de la indemnización por despido objetivo resultante de la no inclusión de los conceptos antes dichos, en el computo de la base, el análisis comparativo de los hechos de ambas sentencias, nos lleva a la conclusión de que ambas llegan a pronunciamientos distintos, pero no contradictorios, porque las situaciones que contemplan, califican y resuelven no son sustancialmente iguales como exige el art. 217 LPL, aunque sea cierto que en ambos casos se produjo error en el computo de la indemnización. En la recurrida, el actor, trabajador de la empresa Angloandaluza de Alimentación S.A. recibió carta en la que se le comunicaba la extinción del contrato de trabajo en

base a lo dispuesto en el art. 51-1 c) del E.T. por causas organizativas, procediendo a depositar la indemnización de 67.659 euros; planteada demanda por despido, fue desestimada en la instancia; en el recurso de suplicación planteado por el actor, solicitando que el cese fuese calificado como despido nulo por entender que la cantidad prevista a su disposición era inferior a la que legalmente le correspondía, por no comprender las comisiones devengadas y el salario en especie por el uso de un vehículo de la empresa, la Sala, si bien modificó los hechos probados, considerando que hubo una disminución de las comisiones durante la etapa final de la relación laboral, por lo que el computo debía hacerse en atención a lo devengado en el año anterior, fijando la misma en 335,49 euros, en vez de los 314,30 euros establecidos en la instancia, considerando además el uso del vehículo de la empresa salario en especie, que cuantificaba en 250,20 euros al día, cuando el indicado en la sentencia era de 241,13 euros, dicha Sala decidió, que la empresa cumplió con el requisito de la puesta a disposición de la indemnización el mismo día de la declaración extintiva, con la cantidad consignada, ya que si bien la cantidad entregada era inferior a la adeudada, como resultaba de la revisión fáctica llevada a cabo, la diferencia existente no era excesiva, y en todo caso, se debió a una distinta y justificable interpretación de los conceptos a tener en cuenta para su calculo. En la de contraste de la Sala de lo Social de Cataluña, la allí actora, prestaba servicios para la Comunidad de Propietarios de C/ Córcega ... de Barcelona, como empleada de finca urbana, portera, siendo despedida por causas económicas, poniéndole a su disposición la indemnización por importe de 1.326.120 Ptas. no aceptando aquella el talón entregado en pago; planteada demanda por despido nulo, la sentencia de instancia la estimó, ya que percibiendo la actora, un salario en metálico, ocupando además una vivienda gratuita en el inmueble de la comunidad, la indemnización, no cumplía los requisitos legales, al no haber tenido en cuenta el suplemento salarial correspondiente al uso gratuito de la vivienda, percepción no controvertida por estar prevista en el Convenio; dicha sentencia fue confirmada en suplicación, valorando que no se había producido un error de calculo ni otro defecto formal carente de relevancia sino la exclusión definitivamente del computo de la indemnización de un concepto salarial en especie, no discutido.

**TERCERO.-** En cuanto al segundo recurso, subsidiario del primero, contra el auto aclaratorio, al que ya hemos hecho referencia, dos son las cuestiones planteadas por el recurrente, como ya se decía en nuestra anterior sentencia anulada, si bien en este punto en nada le afectaba la nulidad posteriormente acordada, ya que lo allí decidido no fue impugnado por el actor; en la primera se denunciaba, no haber modificado la sentencia recurrida el importe de la indemnización a percibir por el trabajador como consecuencia del despido objetivo pese a haber revisado los hechos probados, en la forma ya dicha, estableciéndolo en 250 euros al día, no aceptándose por el recurrente el argumento de la sentencia, de no haberlo pedido en el súplico del recurso de suplicación lo que además mantuvo en el auto de aclaración de 22-12-2005, donde también, se pidió, rechazándolo de nuevo invocando además el principio de la invariabilidad de las resoluciones judiciales; en la segunda, en donde se invocaba como infringido el art. 123-1 de la LPL, se sostenía la posibilidad de llevar a cabo dicha modificación en suplicación, dado el contenido de dicho precepto.

Esta Sala en nuestra anterior sentencia después de poner de relieve, que existía una cierta descomposición artificial del sentido unitario de la controversia, procedió a examinar ambas cuestiones, analizando la contradicción que en este punto pudiera existir, entre el auto recurrido, y la sentencia de

contrate de la Sala de lo Social de Madrid de 28-10-2003, si bien por error también analizó la de la Sala de lo Social de Cataluña, que ninguna relación tenía con la cuestión planteada en este recurso subsidiario del primero, en donde además había sido invocada como contradictoria dicha sentencia, circunstancias que ya se hacían constar en el auto de nulidad, llegando a la conclusión de que existía contradicción, ya que en ambos casos se debatía, como se deduce de lo antes expuesto, idéntica cuestión invocando infracción del art. 123-1 LPL, precepto este que contiene un mandato imperativo dirigido al Tribunal para que sí declara la procedencia, de la extinción del contrato de trabajo, se condene además a las diferencias de indemnización generadas, en el caso de puesta a disposición insuficiente, de lo que derivaba que dicho extremo es contenido necesario de la sentencia, sin necesidad de que el recurrente expresamente lo pida; siendo esto así, es evidente, como hemos dicho la existencia de contradicción, pues en un caso, en la recurrida en un despido por causas objetivas, declarado procedente en la instancia, al desestimar la demanda también en suplicación, no se atendió a la modificación de la indemnización pese a que por vía de revisión fáctica se modificó el salario regulador, invocando en el auto de aclaración la invariabilidad de las resoluciones judiciales, aun aceptando que el recurrente llevaba razón, negando lo pedido, en las de contraste se consideró que la cuantificación debió hacerse, siendo irrelevante a los efectos debatidos las diferencias existentes entre una y otras sentencias, en cuanto a los conceptos que en cada caso había que incluir en el importe de la indemnización a percibir; añadiéndose que tampoco en la recurrida existía cuestión nueva, porque expresamente no se había pedido lo anterior en suplicación, pues el mayor salario se pidió en la demanda e implícitamente en suplicación por la vía de revisión fáctica, por lo que de aceptarse, como se hizo por ésta, por imperativo legal (art. 123-1 LPL), debía haberse resuelto.

**CUARTO.-** La tesis correcta es la de la sentencia de contraste de Madrid de 28-10-2003, dado los términos del art. 123-1 LPL que impone necesariamente, que la sentencia cuando fuese procedente la decisión del empresario de extinguir el contrato de trabajo, se condene al mismo a satisfacer al trabajador las diferencias que puedan existir, tanto entre la indemnización que ya hubiere percibido y la que legalmente le corresponda, como la relativa los salarios del periodo de preaviso, cuando éste no se hubiera cumplido, sin que sea de aplicación al caso de autos el art. 109 de la LPL, que se refiere al despido disciplinario procedente; siendo esto así, si la sentencia recurrida, al desestimar el recurso de suplicación del actor, contra la sentencia de instancia, que había convalidado la procedencia de la extinción del contrato de trabajo por causas objetivas, rectificó por vía de revisión fáctica el salario regulador para el calculo de la indemnización a percibir, la Sala estaba obligada en la sentencia a rectificar el montante de la indemnización, lo que no hizo tampoco por vía del auto de aclaración, pese a reconocer su error, invocando el principio de invariabilidad de las resoluciones judiciales, sin que sea admisible obligar al recurrente a acudir a otro proceso para obtener la satisfacción de su derecho.

**QUINTO.-** Todo lo dicho lleva a la estimación del recurso, y a la casación y anulación parcial de la sentencia recurrida que confirmó la de instancia, cuyo contenido mantenemos en su totalidad, salvo en el montante de la cantidad que debió ponerse a disposición del actor, en concepto de indemnización del art. 53-1 b) del E.T, que se fija en 70.000 euros (250 euros, por 20 días, por 14 años) atendiendo al salario diario de 250 euros fijado en la revisión fáctica llevada a cabo en suplicación (s.e.u.o.) Sin costas.””

**TRIBUNAL SUPREMO**

Sala de lo Social (Unificación de Doctrina): Sentencia de 23/10/2008

Ponente: Excmo. Sr. D. Jesús Souto Prieto

**Síntesis**

**TRABAJO A TIEMPO PARCIAL. FORMULA DE CÁLCULO DEL PERIODO DE CARENCIA PARA LUCRAR PRESTACIONES POR JUBILACIÓN.** Se estima el recurso del INSS y se desestima la demanda, porque la actora no reúne el periodo de carencia exigido, calculado en la forma que establece la Disposición Adicional 7ª de la LGSS, y el art. 3.1 del RD. 1131/2002, que no se consideran discriminatorios en relación con los trabajadores a tiempo completo. Reitera doctrina ( STS. 11/6/08 Rec. 2706/07).

**Fundamentos de Derecho y Doctrina:**

“**PRIMERO.-** En el supuesto enjuiciado el Juzgado estimó la demanda interpuesta y declaró el derecho de la actora a percibir la pensión de jubilación del 50% sobre una base reguladora de 661,91 euros mensuales. El relato fáctico, tras las modificaciones introducidas en suplicación, es el siguiente: La demandante ha trabajado para la empresa desde el 1-2-88 al 6-11-03, pasando el 12-11-03 a percibir prestación por desempleo. Al cumplir 65 años solicitó pensión de jubilación, que es denegada mediante resolución de 28-11-05 por no reunir el periodo mínimo de cotización de 15 años (es decir, 5475 días). En el informe de vida laboral emitido por la TGSS el 28-11-05 se determina que ha figurado en situación de alta en el sistema de Seguridad Social durante un total de 6506 días. La relación de trabajo con la empresa fue a tiempo parcial, siendo esta parcialidad del 43,73% respecto de un contrato de trabajo a tiempo completo y por la que se ha cotizado a lo largo de su vida laboral. El INSS entiende acreditados a efectos de la pensión de jubilación solicitada 4251 días más 466 días cuota, lo que arroja un total de 4717 días. La Sala señala que la única diferencia interpretativa de las normas reguladoras de la pensión de jubilación de los trabajadores a tiempo parcial existente entre la sentencia de instancia y la que pretende el INSS consiste en la determinación o cómputo de los días cotizados por la actora a tal efecto que, para la primera son los días naturales trabajados, aunque lo fueran a tiempo parcial, y para el segundo, mediante la ficción legal de las jornadas completas cotizadas, no sería aquella suma sino la resultante de dividir por la jornada completa el total de horas trabajadas y cotizadas por la demandante. Y llega a la conclusión que, aplicando la doctrina sentada por el TC en diversas sentencias, entre otras la 253/04 de 12 de octubre y la 50/05 de 13 de marzo, ha de confirmarse la decisión de instancia, si bien la corrige en el sentido que el porcentaje de la pensión no será el 50%, sino el 43,75% de su base reguladora de 661,91 euros mensuales.

El INSS recurre en casación unificadora invocando como contradictoria la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León/Valladolid de 14-11-05 (Rec. 1775/05), que confirma el pronunciamiento de instancia y desestima la demanda. Se trata de un supuesto en el que la actora ha venido prestando servicios laborales por cuenta y bajo dependencia de distintas empresas, en jornada de trabajo a tiempo parcial del 37 por 100, habiendo permanecido en situación de alta durante los siguientes días naturales: de 1-3-87 a 16-1-89, en situación de alta durante 688 días naturales, de 1-2-89 a 9-9-00, con varios periodos de altas y bajas permaneció en situación de alta durante un total de 4.239 días naturales, de 10-10-00 al 15-11-03, con varios periodos de altas y bajas y desempleo,

permaneció en situación de alta durante un total de 1.132 días naturales, por pagas extraordinarias: 361 días asimilados de cotización. Solicitó el 21-1-05 pensión de jubilación, dictándose resolución por el INSS denegándola por las siguientes causas: "Por no reunir el período mínimo de cotización de quince años exigido para poder causar derecho a pensión de jubilación... Acredita cotizado 3.603 días más 432 días por pagas extras, lo que hace un cómputo total de 4.036 días". Posteriormente en resolución administrativa resolviendo la reclamación previa se hace constar: "Acredita 3.298 días de cotización real más 361 días por pagas extras, lo que hace un total de 3.659 días cotizados". La demandante reclama una pensión de jubilación del 56 por 100 de la base reguladora al estimar que tiene acreditados 6.270 días de cotización, computando 4.275 días naturales de 1-3-87 a 28-11-98 como 4.275 días cotizados, y computando a partir de 29-11-98 con coeficiente de 1,5 un total de 1.110 días cotizados, a los que suma 885 días cotizados asimilados por pagas extraordinarias. La trabajadora en suplicación denuncia infracción del artículo 14 de la CE y de la doctrina plasmada en la sentencia del TCO de 22-12-04, por entender que cada día trabajado a tiempo parcial ha de considerarse como un día cotizado, con independencia del número de horas trabajado en cada jornada, a efectos de obtener el reconocimiento de pensión de jubilación. Tal argumentación no es compartida por la Sala que, sin discrepar de la sentencia citada, señala que esta se pronuncia sobre la validez del sistema de cómputo fijado por el artículo 12.4 ET, sin contener afirmación de que cualquier modalidad de cómputo distinta de la sostenida en este recurso fuera contraria al principio de igualdad constitucionalmente exigible, y son cosas absolutamente distintas el sistema de cómputo de días cotizados fijado por el indicado precepto del ET y el actualmente contenido en los artículos 2 y 3 del R.D. 1131/2002, ya que en éste se establece un factor de corrección muy importante, no contemplada en la norma declarada inconstitucional, cual es el de haberse de aplicar, al número de días teóricos cotizados resultante de tomar en consideración la jornada realmente realizada, el coeficiente 1,5, de tal manera que el total de cotizaciones resultantes es un cincuenta por ciento superior al que se derivaba del artículo 12.4 del ET, factor de corrección que ha venido a introducir un criterio de proporcionalidad adecuado para los contratos de trabajo a tiempo parcial.

No obstante tratarse de supuestos sustancialmente iguales, las sentencias comparadas llegan a soluciones opuestas como consecuencia de entender la impugnada que, en base a la doctrina del Tribunal constitucional, cada día de trabajo a tiempo parcial ha de considerarse como un día cotizado, y la referencial, por el contrario, estimar de aplicación el R.D. 1131/02, de 31 de diciembre, según el cual los días teóricos de cotización correspondientes a las horas trabajadas se multiplican por el coeficiente multiplicador de 1,5.

**SEGUNDO.-** Se denuncia la infracción, por no aplicación del art. 3.1 y 2 del RD 1131/2002, de 31 de octubre, por el que se regula la Seguridad Social de los trabajadores contratados a tiempo parcial, así como la jubilación parcial y del art. 161 de la LGSS, texto refundido aprobado por RD Legislativo 1/94, de 20 de junio.

De acuerdo con lo establecido en la Disposición Adicional 7ª de la LGSS: *"La protección social derivada de los contratos de trabajo a tiempo parcial se regirá por el principio de asimilación del trabajador a tiempo parcial al trabajador a tiempo completo"*.

A su vez, el art. 124.2 de la LGSS dispone que: *"en las prestaciones cuya concesión o cuantía esté subordinada, además, al cumplimiento de determinados períodos de cotización, solamente serán computables las cotizaciones efectivamente realizadas o las expresamente asimiladas a ellas en esta Ley o en sus disposiciones reglamentarias"*.

Pues bien, desarrollando estos principios, el RD 1131/02, reproduciendo las normas concretas establecidas en la referida Disposición Adicional 7ª, segunda, a) y b), contiene las reglas que deben aplicarse tanto para acreditar los períodos de cotización necesarios para causar derecho a las prestaciones, como la determinación del período de carencia en los casos en que se exija un período mínimo de cotización para causar derecho a pensión. Así, el art. 3.1 del mencionado RD señala que *"para acreditar los períodos de cotización necesarios para causar derecho a las prestaciones de jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, incapacidad temporal, riesgo durante el embarazo y maternidad, se computarán exclusivamente las cotizaciones efectuadas en función de las horas trabajadas, tanto ordinarias como complementarias, calculando su equivalencia en días teóricos de cotización. A tal fin, el número de horas efectivamente trabajadas se dividirá por cinco, equivalente diario del cómputo de mil ochocientas veintiseis horas anuales"*, añadiendo en el número 2 que *"para causar derecho a las pensiones de jubilación e incapacidad permanente, al número de días teóricos de cotización obtenidos conforme a lo dispuesto en el apartado anterior se le aplicará el coeficiente multiplicador de 1,5 resultando de ello el número de días que se considerarán acreditados para la determinación de los períodos mínimos de cotización. La fracción de día, en su caso, se asimilará a día completo"*.

Se trata de atender al tiempo efectivamente trabajado y cotizado, pero corrigiéndolo con un coeficiente multiplicador con el que se trata de asegurar la protección social de los trabajadores a tiempo parcial, sin que ello suponga establecer una igualdad absoluta en cuanto al cómputo de las cotizaciones efectuadas en relación con las realizadas por el trabajador a jornada completa.

**TERCERO.-** Este es el criterio ya unificado por la Sala, en sus sentencias de 16/10/07 (Rec. 127/07) y de 11/6/08 (Rec. 2706/07). En la primera de ellas, citando la de 10/7/07 (Rec. 3743/05) se decía: *"es oportuno traer a un primer plano la doctrina del Tribunal Constitucional sobre los contratos a tiempo parcial y el modo de determinar los períodos de cotización, a efectos de lucrar prestaciones de la Seguridad Social. En la sentencia 253/2004 de 22 de diciembre, el Tribunal Constitucional declaró inconstitucional y nulo el párrafo segundo del artículo 12.4 del Estatuto de los Trabajadores, según la redacción del Texto refundido aprobado por RD Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, en cuanto establecía que para determinar los períodos de cotización de las prestaciones de la Seguridad Social, se computarán exclusivamente las horas trabajadas; no le pareció al Tribunal justificado el establecimiento de una diferencia de trato entre*

*trabajadores a tiempo completo y trabajadores a tiempo parcial en cuanto al cumplimiento del requisito de carencia para el acceso a las prestaciones contributivas de la Seguridad Social, diferencia que consideró arbitraria y que conduce a un resultado desproporcionado, al dificultar el acceso a la protección del sistema a los trabajadores a tiempo parcial. Además de otras razones, la sentencia tomó en cuenta el hecho de que "el contrato a tiempo parcial es una institución que afecta de hecho predominantemente al sexo femenino, lo que obliga, a la luz de la doctrina antes expuesta, a examinar con mayor cautela el impacto de la regla sobre el cómputo de períodos de carencia contenida en la norma cuestionada, pues, acreditada estadísticamente la realidad sociológica indicada, esto es, que la medida afecta a una proporción mayor de mujeres que de hombre (disparate affect), para descartar la existencia de una discriminación indirecta prohibida por el artículo 14 de la Constitución, habría que constatar que esa medida se explica por razones objetivamente justificadas de política social sin carácter discriminatorio". Esas reflexiones cobran en la actualidad su verdadera dimensión ante los objetivos a los que tiende la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, que si bien no resulta aplicable a este supuesto por razones cronológicas, sirve de apoyo para lograr, mediante una interpretación acomodada a los criterios de esta Ley, la aplicación en su justa medida de las normas que como infringidas se citan en el recurso"* (TS 10-7-2007, R. 3743/05).

En dicha sentencia, después de recordar la norma que exige el período de carencia necesario para la prestación de que se trate -en aquel caso de incapacidad temporal por contingencias comunes- y las meritadas reglas del art. 3 del RD 1131/02, se hace eco de la interpretación constitucional de las mismas con las siguientes palabras: *"Pues bien, aunque la primera de las dos precitadas normas, es decir, la del apartado a), regla 2ª, de la adicional 7ª de la LGSS (que, por su rango legal, en cualquier caso, resulta de obligado cumplimiento para los integrantes del poder judicial, al menos mientras el Tribunal competente no declare su inconstitucionalidad [según publicó el BOE del 11/12/2006, existe al menos una cuestión de constitucionalidad planteada en relación con dicha norma, por posible vulneración del art. 14 CE]), parece mantener un criterio riguroso en orden a la determinación del período de carencia necesario para acceder a la prestación de incapacidad temporal, pues la división por cinco de las horas trabajadas en un empleo a tiempo parcial posiblemente no se aleje del principio de proporcionalidad estricta si lo comparamos con los trabajadores a tiempo completo, sin embargo, el propio Tribunal Constitucional, y con relación a esta nueva previsión, ha admitido que se trata de una regla correctora que tiene la finalidad de facilitar el acceso a la protección de la Seguridad Social de los trabajadores a tiempo parcial: "Así, se fija con carácter general un concepto de día teórico de cotización, equivalente a cinco horas diarias de trabajo efectivo, o mil ochocientas veintiseis horas anuales (esto es, la duración máxima de la jornada anual según el art. 34.1 LET, excluidas las horas extraordinarias), de suerte que para acreditar los períodos de cotización necesarios para causar derecho a las prestaciones de jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, incapacidad temporal y maternidad, se computan las cotizaciones efectuadas en función de las horas trabajadas, pero calculando su equivalencia en días teóricos de cotización, según ha quedado expuesto"* (párrafo 6º, FJ 3º TC 253/04).

Más clara resulta la regla correctora introducida por el párrafo 2º del art. 3.1 del RD 1131/02 cuando prevé, en relación con el período en el que ha de reunirse la cotización mínima para acceder a la prestación debatida (los últimos cinco años anteriores al hecho causante), que dicho período o lapso de tiempo *"se incrementará en la misma proporción en que se*

reduzca la jornada efectivamente realizada respecto a la jornada habitual en la actividad correspondiente" (2º párrafo del nº 1 del art. 31 del RD 1131/02). Esta regla especial sobre el incremento proporcional del período inmediatamente anterior a la fecha del hecho causante [cuestión ésta sobre la que esta Sala se ha pronunciado recientemente en la repetida sentencia de 10 de julio de 2007 y en otra anterior, del 29 de enero de 2007 (R. 4667/05), referida a la prestación de maternidad], tiene por objeto, como el Tribunal Constitucional ha reconocido, "facilitar su cumplimiento cuando las cotizaciones

derivan de contratos a tiempo parcial" (párrafo 8º, FJ 3, TC 253/04). Y aunque en el caso aquí enjuiciado esta concreta previsión carezca de incidencia porque, como se dijo, no consta que la actora tenga otra carrera de seguro sino los 211 días cotizados al 50 por 100 entre el 19 de agosto de 2004 y el 17 de marzo de 2005, lo cierto es que, como se desprende de lo precedentemente razonado, las normas en cuestión corrigen con carácter general el principio estricto de proporcionalidad proscrito en su día por el Tribunal Constitucional (TC 253/04 y 49/05)." "".

1889/07

013

## TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social (Unificación de Doctrina): Sentencia de 01/11/2008

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Martín Valverde

### Síntesis

**EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL. RESPONSABILIDADES LABORALES DE LA ETT Y DE LA EMPRESA USUARIA**, cuando durante la prestación de servicios se incumplen obligaciones legales contraídas con el trabajador. Responsabilidad solidaria por cesión ilegal de trabajadores (art. 43.2 ET). Reitera doctrina TS 4-7-06 y 28-9-06.

### Fundamentos de Derecho y Doctrina:

“**PRIMERO**.- La cuestión que plantea el presente recurso de casación para unificación de doctrina, que ya ha sido abordada y resuelta por esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo, versa sobre el alcance de las responsabilidades laborales de la empresa de trabajo temporal y de la empresa usuaria cuando en el curso de la prestación de servicios se han producido incumplimientos de las obligaciones legales contraídas con el trabajador enviado por aquélla al servicio de ésta.

En concreto, el incumplimiento acreditado en el caso se refiere a la obligación legal establecida en el art. 6 de la Ley de Empresas de Trabajo Temporal (LETT) de emplear al trabajador en misión en los trabajos temporales previstos en el art. 15 del Estatuto de los Trabajadores (ET), constando en la narración de hechos probados de la sentencia recurrida que la empresa usuaria no destinó a la demandante a las tareas previstas en el contrato de puesta a disposición sino a otras distintas. Las responsabilidades reclamadas en la demanda tanto a la empresa de trabajo temporal como a la empresa usuaria son las derivadas de despido declarado nulo por haber sido efectuado durante la suspensión del contrato de trabajo por descanso maternal [art. 55.5.a) ET]; en particular se solicita de la jurisdicción social que “se condene a las empresas demandadas a readmitir a la actora en su puesto de trabajo” y “al abono de los salarios de tramitación”. El objeto de debate de unificación de doctrina se centra exclusivamente en si la empresa usuaria (Endesa) ha de responder de forma solidaria o de forma subsidiaria con la empresa de trabajo temporal (Personal 7 ETT) de las consecuencias del despido nulo declarado en la instancia y confirmado en suplicación.

La sentencia de suplicación recurrida, revocando en este punto la dictada por el Juzgado de lo Social, ha resuelto que la declaración de nulidad del despido afecta únicamente a la ETT, aplicando al caso el art. 16.3 LETT, que parece restringir la responsabilidad solidaria en supuestos de empleo a través de empresas de trabajo temporal, a las obligaciones salariales y de Seguridad Social con incumplimiento de los artículos 6 y 8 LETT. Mientras que la sentencia aportada para el juicio de contradicción, procedente de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias (Las Palmas) ha llegado a la

conclusión contraria en un supuesto sustancialmente igual, declarando la responsabilidad solidaria por despido nulo de la ETT y de la empresa usuaria por incumplimiento de obligaciones legales relativas al trabajador en misión.

Han recurrido la sentencia de suplicación impugnada en casación unificadora tanto la ETT como la trabajadora en misión afectada por el despido nulo. La petición es en ambos recursos que se extienda la responsabilidad solidaria por despido nulo a la empresa usuaria. Pero, sin perjuicio de que el interés de la trabajadora pueda ser satisfecho en los términos que se verán, su recurso de casación unificadora debe ser desestimado por falta de relación precisa y circunstanciada de la contradicción alegada, al carecer de una exposición comparativa pormenorizada de los hechos y fundamentos de la sentencia recurrida y de las invocadas para el juicio de contradicción.

**SEGUNDO**.- Sobre la cuestión controvertida hay doctrina unificada de esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo establecida en sentencias de 4 de julio de 2006 (rec. 1077/05) y 28 de septiembre de 2006 (rec. 2691/05). De acuerdo con esta línea jurisprudencial, que mantenemos en la presente resolución, la responsabilidad solidaria de los empresarios cedente y cesionario que establece el art. 43 ET “por infracción de las obligaciones contraídas con los trabajadores” se aplica a los supuestos de incumplimiento de las “obligaciones legales” derivadas del contrato de trabajo cuando la cesión del trabajador por parte de una empresa de trabajo temporal a una empresa usuaria derivada de un contrato de puesta a disposición no se ha ajustado a “los términos que legalmente se establezcan” (art. 43.1 ET). Siguiendo esta misma doctrina jurisprudencial, la aplicación del art. 43.2 ET a los supuestos en que se utiliza la intermediación de la ETT de una manera distinta a la legalmente establecida se contrae a las obligaciones legales y no comprende “determinaciones reglamentarias” o “elementos accesorios que no alcancen la sustancial regulación efectuada por la Ley” (ST5 28-9-2006, citada).

Las razones expresadas en las sentencias precedentes en favor de la solución a la cuestión planteada se pueden resumir como

sigue: 1) la provisión de fuerza de trabajo a empresas usuarias por medio de empresas de trabajo temporal es en nuestro derecho la excepción a la norma general de la ilegalidad de la cesión de trabajadores, y como tal regla de excepción debe ser interpretada de manera estricta; 2) los incumplimientos de las obligaciones contraídas con el trabajador en estos casos pueden derivar bien de una decisión adoptada por la ETT, bien de un ejercicio irregular del poder de dirección atribuido a la empresa usuaria, bien de la combinación de actos de infracción de una y otra; y 3) la formulación literal del precepto del art. 43.1 ET, donde se acepta en principio la licitud de la intermediación de las empresas de trabajo temporal, precisa que tal intermediación para ser lícita obliga a que ambas empresas implicadas se atengan "a los términos que legalmente se establezcan".

**TERCERO.-** La proyección de la doctrina anterior sobre el presente litigio conduce a estimar el recurso de la trabajadora. Nos encontramos con un incumplimiento de la empresa usuaria de la obligación legal de destinar al trabajador en misión a las tareas previstas en el contrato de puesta a disposición; y este incumplimiento sobrevenido de obligación legal convierte en ilícita la cesión del trabajador en misión, determinando la responsabilidad solidaria de la empresa usuaria cesionaria respecto de los actos de la ETT cedente (despido nulo en el caso).

Teniendo en cuenta el signo estimatorio de la demanda de la sentencia de instancia, la resolución del debate de suplicación con arreglo a doctrina unificada ha de consistir en la desestimación del recurso de Endesa."''

3948/07

014

## TRIBUNAL SUPREMO

**Sala de lo Social (Unificación de Doctrina):** Sentencia de 03/11/2008  
**Ponente:** Excmo. Sr. D. Luís Ramón Martínez Garrido

### Síntesis

**JUBILACION SOVI. CARENCIA EXXIGIDA.** Los 1900 días exigidos por la legislación específica, han de haberse completado mientras en sistema de protección estuvo vigente, sin que puedan completarse con las efectuadas a otros regímenes después del 1 de enero de 1967.

### Fundamentos de Derecho y Doctrina:

“**PRIMERO.-** 1. El tema a decidir en la presente sentencia es, si para reunir los 1800 días de cotización necesarios para la obtención de una prestación de jubilación del extinguido Seguro Obligatorio de Vejez e Invalidez (SOVI), pueden ser tomadas en consideración cotizaciones efectuadas por el beneficiario en fechas posteriores al 31 de diciembre de 1966. El referido sistema de protección social estuvo vigente entre el 1 de septiembre de 1939 y el 31 de diciembre de 1966 y, en principio, pueden lucrarse de sus prestaciones quienes, durante su vigencia, hubieran reunido cotizaciones computables por 1800 días o hubieran cotizado al sistema anterior del Retiro Obrero.

2. La sentencia recurrida, de 5 de julio de 2007, de la Sala de lo Social de Burgos del Tribunal Superior de Justicia de Castilla León, revocando la sentencia de instancia, denegó la prestación de vejez a trabajadora que había reunido cotizaciones computables en el SOVI por 1601 días y acredita otras posteriores a la referida fecha en el Régimen General y en el Especial de Servicio Doméstico, que, de ser unidas a las del SOVI, rebasan en sobrado exceso los 1800 días.

3.- La demandante ha formalizado el presente recurso de casación para la unificación de doctrina en el que, como sentencia de contraste, invoca la del propio Tribunal y Sala de 3 de noviembre de 2004. La recurrida, en su escrito de impugnación del recurso, se opone a su admisión alegando falta de contradicción entre las sentencias recurrida e invocada y la falta de relación precisa y circunstanciada en el escrito de formalización, defecto este último que también es invocado por el Ministerio Fiscal.

**SEGUNDO.-** El art. 222 de la Ley de Procedimiento Laboral, exige que el escrito de interposición del recurso deba contener una relación precisa y circunstanciada de la contradicción alegada. Para cumplir este requisito la parte recurrente debe

establecer la identidad de los supuestos a partir de los que afirma la existencia de contradicción mediante una argumentación mínima sobre la concurrencia de las identidades del artículo 217 de la Ley de Procedimiento Laboral, a través de un examen, que sea suficiente para ofrecer a la parte recurrida y a la propia Sala los términos en que el recurrente sitúa la oposición de los pronunciamientos, lo que exige una comparación de los hechos de las sentencias, del objeto de las pretensiones y de los fundamentos de éstas (Sentencias de 27 de mayo de 1992 (R. 1324/1991), 16 de septiembre de 2004 (R. 2465/2003), 6 de julio de 2004 (R. 5346/2003), 15 de febrero de 2005 (R. 1900/2004), 28 de junio de 2005 (R. 3116/04) y 31 de enero de 2006 (R. 1857/04). La recurrida ha realizado una escueta enumeración de la contradicción quedando suficientemente claros los términos en los que sitúa la controversia, resaltando la identidad de situaciones de hecho entre las dos sentencias objeto de comparación y la contradicción de los pronunciamientos. Es por ello que ha de entenderse cumplido el requisito que los recurridos cuestionan en torno a la relación precisa y circunstanciada de la contradicción.

**TERCERO.-** En cuanto a la contradicción –presupuesto procesal cuya concurrencia también niega la recurrida- ha de tenerse por cumplido. Los términos de la controversia en la sentencia recurrida han quedado expuestos más arriba. La invocada de contraste, de la propia Sala de Burgos de 3 de noviembre de 2004, desestimó el recurso de suplicación frente a la sentencia de instancia que había reconocido prestación de jubilación SOVI a beneficiaria que había cotizado solo 975 días hasta la fecha límite de 1 enero 1967 y, con posterioridad, continuó cotizando en el Régimen Especial Agrario hasta totalizar 1857 días. Invocaba la Gestora en el recurso el mandato de la Disposición Transitoria Séptima de la Ley General de la Seguridad Social. La Sala de Burgos aplicó la Disposición Transitoria del Decreto de 23 de julio de 1978 rector de la Mutualidad Nacional Agraria cuyo art. 3 establecía el cómputo recíproco de cotizaciones. Es cierto que entre ambos supuestos

aparece la diferencia del régimen al que contribuyeron los beneficiarios después de 1 enero 1967: Régimen General, en el caso que hoy resolvemos y Régimen Especial Agrario en la de contraste. Pero tal diferencia carece de relevancia dado que la normativa rectora del Régimen General contiene mandato del mismo contenido que la norma del REA, en disposición Transitoria 2ª. Por tanto, cumplido el requisito de la contradicción, procede que la Sala se pronuncie sobre la doctrina unificada.

**CUARTO.-** Denuncia la recurrente la infracción del mandato de la Disposición Transitoria 1ª del Real Decreto 691/1991 de 12 de abril, que reguló el cómputo recíproco de cuotas entre los regímenes de la Seguridad Social, censura que, de conformidad con el informe del Ministerio Fiscal, no merece favorable acogida.

El seguro obligatorio de vejez e invalidez (SOVI) fue instaurado por Ley de 1 de septiembre de 1939 para sustituir el régimen de Retiro Obrero. Su regulación específica se contiene en la Orden de 2 de febrero de 1940. Cuando el SOVI fue implantado, no existían diferentes regímenes de seguridad social, por lo que estaba regulado de manera aislada de cualquier otro mecanismo de aseguramiento frente a la vejez, con el que podía concurrir. Consecuentemente con este carácter aislado del SOVI, no existía el mecanismo de cómputo recíproco de cotizaciones y cada sistema de aseguramiento funcionaba conforme a sus reglas dando lugar a pensiones diferentes y aisladas si se cumplían los requisitos que cada una establecía. Al

implantarse el nuevo sistema de protección social por la Ley de 21 de abril de 1966, se procedió al reconocimiento de la validez de las cotizaciones efectuadas a los regímenes que habían precedido y, a tal fin en la Disposición Transitoria 3ª de esa Ley se estableció que “las cotizaciones efectuadas en los anteriores regímenes de Seguros Sociales Unificados, Desempleo y Mutualismo Laboral se computarán para el disfrute de las prestaciones del Régimen General de la presente Ley”, mandato que persistió en las sucesivas Leyes hasta la actual, cuya disposición transitoria 2ª.1 tiene idéntico contenido. Y a partir de aquella primera Ley de Seguridad Social quedaba extinguido el régimen SOVI, reconociendo las prestaciones causadas con anterioridad (transitoria 1ª. de la Ley) y ordenándose que el derecho a las pensiones de vejez se regularía en el Régimen General (transitoria 2ª) Y aquel mandato que ordenaba computar las cotizaciones del régimen de protección extinguido para obtener prestaciones en el de nueva implantación es igual al que se contiene en la Disposición Transitoria 1ª del Real Decreto 691/1991, cuya infracción se denuncia. Mandato que obliga a tomar en consideración las cotizaciones efectuadas a los anteriores regímenes, pero que no permite revivir un sistema de protección social ya extinguido y sustituido por el nuevo que dispensa mayor protección.

Fue la expuesta la tesis de la sentencia recurrida, procediendo, en consecuencia la desestimación del recurso, sin imposición de costas al gozar la recurrente del beneficio de justicia gratuita.””.

3287/07

015

## TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social (Unificación de Doctrina): Sentencia de 03/11/2008

Ponente: Excmo. Sr. D. Joaquín Samper Juan

### Síntesis

**DESPIDO IMPROCEDENTE CON OPCION POR LA READMISION. CONSIGNACIÓN:** La falta de consignación para recurrir de la indemnización, cuando se consignan los salarios de tramitación, es requisito subsanable. Se estima el recurso.

### Fundamentos de Derecho y Doctrina:

“**PRIMERO.-** La cuestión que se somete a la consideración de la Sala en el presente recurso consiste en determinar si, a los efectos de admisión del recurso de suplicación frente a una sentencia que declara el despido improcedente, es o no subsanable la falta de consignación de la indemnización, cuando se había optado por la readmisión y se consignaron solo los salarios de tramitación.

La sentencia que ahora se recurre en casación para la unificación de doctrina, dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía en Granada el 4 de julio de 2.007 (rec. 1369/07), da cuenta en su fundamento jurídico primero de la siguiente secuencia procesal:

1) Declarada la improcedencia del despido, la empresa optó por la readmisión del trabajador y simultáneamente anunció recurso de suplicación, consignando solo el importe de los salarios de trámite y efectuando el correspondiente depósito.

2) Recayó providencia del Juzgado teniendo por ejercitada la opción y por anunciado el recurso en tiempo y forma.

3) La providencia fue recurrida en reposición por el trabajador alegando la infracción del art. 193.2 LPL por entender que no se debía haber tenido por preparado el recurso de suplicación, al no haberse consignado la indemnización por despido. La empresa al impugnar la reposición se opuso a ella por extemporánea. Pero afirmó a continuación: “en cualquier caso esta parte quiere manifestar que si a juicio del órgano jurisdiccional se tuviera que consignar el importe de la indemnización, estamos ante un supuesto en que esa falta de consignación puede ser subsanada. (...) consecuentemente, debería darse a esta parte la posibilidad de subsanar la misma”.

4) El Juzgado dictó auto que, estimando en parte la reposición, consideró que la citada falta de consignación constituía un defecto subsanable y en consecuencia, dejó sin efecto su anterior providencia y otorgó a la empresa un plazo de cinco días para que consignara los 160.459,32 euros a que ascendía el importe de la indemnización.

5) La empresa presentó en tiempo aval solidario suficiente, por lo que el juzgado dictó providencia teniendo por formalizado el recurso.



6) En sede de suplicación el trabajador volvió a plantear en su escrito de impugnación, la improcedencia de haberse admitido el recurso de suplicación, con la consiguiente infracción del art. 193 LPL.

La sentencia ahora recurrida acogió la tesis del impugnante, declaró indebidamente admitido el recurso de suplicación, anuló de oficio las actuaciones posteriores a la sentencia de instancia que declaró firme. Razona la sentencia, con cita y transcripción parcial de la de esta Sala IV el 17 de febrero de 1.999 (rcud. 741/98), que el asegurar únicamente los salarios de tramitación y dejar de consignar la indemnización correspondiente al despido constituye un defecto de forma no susceptible de subsanación.

**SEGUNDO.-** Frente a la sentencia de 4 de julio de 2.007 (rec. 1369/07) Interpone la empresa recurso de casación para la unificación de doctrina invocando como referencial la de 25 de septiembre de 2.006 de la Sala de lo Social del TSJ de Castilla y León, sede de Valladolid que es firme, y fue dictada igualmente en un proceso por despido que había sido declarado improcedente en la instancia.

Esta sentencia al relatar las vicisitudes procesales que resultan de interés para resolver, es escueta e imprecisa en la cuestión que interesa. Lo único que explica al respecto en el fundamento segundo, para rechazar la inadmisión del recurso por falta de consignación suficiente, es que “en el caso que nos ocupa la empresa realizó el aseguramiento de las obligaciones impuestas en la sentencia aunque de forma incompleta, **pues siendo dos los extremos a asegurar lo hizo con uno**, pero la obligación de aseguramiento ha de considerarse una y en consecuencia ha de entenderse que ha habido un cumplimiento parcial por error como lo demuestra la subsanación mas o menos inmediata, y dicho incumplimiento parcial debe dar a la correspondiente subsanación y evidentemente **si la cantidad relativa a salarios es inadecuada, lo procedente es que el juzgado la concrete para que se complemente** pero ello no puede dar lugar a poner fin al trámite del recurso”. Y en su parte dispositiva desestima el recurso de la empresa que propugnaba que se declarara procedente el despido y confirma la sentencia de instancia.

La redacción que acabamos de transcribir literalmente, contiene expresiones aparentemente contradictorias (las subrayadas en negrita) puesto que inicialmente dar a entender que se aseguró solo “uno de los dos extremos de la condena”, o lo que es igual que se consignó exclusivamente o bien la indemnización sustitutiva o bien los salarios de tramite; sin embargo mas adelante parece indicar que lo producido fue solo una deficiente consignación de éstos últimos, lo que permitiría suponer que la indemnización sustitutiva si había sido consignada.

No obstante, tales imprecisiones, que también destaca el Ministerio Fiscal en su informe, resultan irrelevantes a efectos de contradicción. Pues el debate está centrado en decidir si la condena dineraria que se impone en los despidos improcedentes es una sola, de modo que cualquier defecto en la cuantía consignada es subsanable o si, por el contrario, son dos las condenas impuestas, una al pago de la indemnización sustitutiva y otra al de los salarios de trámite, en cuyo caso la falta de consignación de una de ellas deviene defecto insubsanable. Y en ese punto, que es el esencial, es claro que las sentencias comparadas son claramente contradictorias, pues mientras que la referencial considera que la obligación de aseguramiento ha de considerarse una sola, la recurrida entiende que son dos las consignaciones que deben efectuarse. Concorre pues el presupuesto de la contradicción exigido por el art. 217 LPL que habilita a la Sala para resolver la cuestión planteada.

**TERCERO.-** Esta Sala al interpretar el art. 193.3 de la Ley de Procedimiento Laboral a la luz del artículo 24 de la Constitución, que son los preceptos que se denuncian infringidos en el recurso, entiende que ha sido la sentencia referencial y no la recurrida la que ha aplicado la buena doctrina.

Con carácter general, la condena que se impone en una sentencia al pago de diversos conceptos es siempre única -- de “condena” y no de “condenas” hablan los arts. 193 y 228 LPL -- y por la cantidad total, cualquiera que sea el número y el origen de las partidas que la integran. Y es ese importe total de la “cantidad objeto de la condena”, sin necesidad de mas individualización, el que debe ser objeto de una única consignación para cumplir con las exigencias del precepto procesal.

Siendo esa la regla general pacíficamente aceptada (no conoce esta Sala ninguna decisión de un órgano judicial que frente a una condena al pago de diversas cantidades -- por ejemplo, pagas extras, salarios atrasados y liquidación final -- haya rechazado de plano y sin abrir trámite de subsanación un recurso por haberse dejado de consignar una de ellas), no hay razón alguna para exceptuarla en los procesos de despido, en los que también se produce una única condena al pago de cantidad que, junto a la indemnización sustitutiva de la readmisión, “comprenderá también” en expresión del art. 110 LPL, los salarios de tramitación.

**CUARTO.-** Una interpretación más rigorista del art. 193 LPL para los supuestos de despido improcedente cerraría el acceso al recurso e implicaría desconocer la doctrina que el Tribunal Constitucional ha sentado sobre esta cuestión, y que, en lo que ahora interesa, cabe resumir así:

**A)** Las normas procesales deban ser interpretadas a la luz del derecho fundamental del art. 24.1 CE y en el sentido más favorable a su efectividad, de modo que tales requisitos no se conviertan en meras trabas formales o en exigencias que supongan un obstáculo injustificado. (SSTC. 90/1986 y 176/1999 de 12 de Noviembre). De modo que la mayor o menor severidad en la exigencia de los mismos guarde proporción de medio a fin, eludiéndose interpretaciones rigoristas que no se correspondan en absoluto con la finalidad de la exigencia legal ( STC nº 209/1996).

**B)** Es cierto que “el principio “pro actione” actúa con menor intensidad en los supuestos de acceso al recurso que en los casos de acceso a la jurisdicción” (SSTC 258/2000 de 30 de octubre y 6/2001 de 15 de enero). Pero también lo es que “el derecho al recurso, en los términos y con los requisitos establecidos legalmente, pasa a integrar, en principio, el derecho a la tutela judicial efectiva (SSTC 3/1983, 69/1987, 27/1994 y 172/1995).

**C).** Si el órgano judicial no hace lo posible para la subsanación del defecto procesal que pudiera considerarse como subsanable o impone un rigor en las exigencias más allá de la finalidad a que la misma responda, la resolución judicial que cerrase la vía del proceso o del recurso sería incompatible con la efectividad del derecho a la tutela judicial (STC 36/1986); y si dicha finalidad puede ser lograda sin detrimento de otros derechos o bienes constitucionales dignos de tutela, debe procederse a la subsanación del defecto, muy especialmente cuando la inobservancia del requisito formal produce el cierre de la vía del recurso. (STC 343/1993).

**QUINTO.-** La conclusión que se deriva de lo hasta ahora expuesto es clara. Las consecuencias del incumplimiento de la obligación que impone el art. 228 de la Ley de Procedimiento Laboral vienen reguladas en el art. 193.2 y 3 de la propia Ley y

éste las establece distintas para el incumplimiento total de la obligación de consignar la condena, que siempre provoca la inadmisión del recurso, y para el caso de cumplimiento deficiente de la obligación, que da lugar a la apertura de un trámite de subsanación. Por consiguiente y dado que en el caso no se ha producido por parte de la empresa un incumplimiento total de la obligación de consignar, sino solo un cumplimiento deficiente, al consignar solo parte de la condena impuesta, es obligado entender que nos encontramos ante un defecto subsanable. Así lo ha declarado ya esta Sala en el auto de 26-10-00 (rcud. 3354/00) al resolver un caso idéntico al presente en que la empresa, que había procedido a readmitir al trabajador, consignó solo los salarios de trámite y no la indemnización sustitutiva.

Por igual razón debe considerarse subsanable el defecto ahora, ya que, como recordó nuestra sentencia de 17-2-99 (rcud. 741/98) siguiendo reiterada doctrina constitucional, (sentencias 5/1988, 263/1988, 2/1989, 151/1989, 343/1993, 173/1993 y 162/1996 entre otras), “la línea divisoria entre requisito subsanable que conduce al trámite de admisión de un recurso, y el acuerdo judicial de tener por no preparado el recurso por haberse infringido el deber de consignar o de asegurar la cantidad objeto de condena, estará en la distinción de que una cosa es el total incumplimiento del deber de consignar, por la voluntad del recurrente de alzarse de su deber de consignar o por la falta de la más elemental diligencia, y otra la insuficiencia de la consignación por error del recurrente”.

En este caso, como ocurría en el resuelto por el auto de 26-10-00, el defecto en la consignación no obedeció a una voluntad deliberada de incumplir con el requisito que prevé el art. 228 LPL. Lo prueba el hecho de que la empresa, como se detalla en la secuencia procesal que hemos descrito en el fundamento primero, pidió al juzgado que, si estimaba el recurso de reposición del trabajador, le concediera un plazo para subsanar la falta; y luego, cuando el juzgado estimó la reposición, no cuestionó la decisión judicial de ampliar la consignación, sino que se aquietó inmediatamente a ella y procedió a avalar, en forma y en el plazo concedido, el importe fijado por el juzgado.

El defecto se debió, como en el caso del auto de 26-10-00 antes citado, a una defectuosa interpretación del requisito legal en los casos en que la empresa ha optado por la readmisión; interpretación de parte que esta Sala, siguiendo la doctrina del Tribunal Constitucional (STC 90/1983), ha rechazado

reiteradamente (sentencias de 17-2-99 (rcud. 741/98) y 14-7-00 (rcud. 487/99); autos de 31-10-96 (rcud. 3804/96), 9-2-98 (rcud. 5113/97), 4-5-98 (rcud. 3420/97), 29-3-99 (rcud. 1542/98), 6-10-99 (rcud. 2950/98) y 25-2-03 (rcud. 4/03) entre otros), pero que no convierte el defecto en insubsanable.

**SEXTO.-** Para finalizar, parece oportuno señalar que, ni nuestra sentencia de 17-2-99 (rcud. 741/1998) que sirve de fundamento a la recurrida, ni ninguna otra resolución de este Tribunal se ha pronunciado en el sentido de considerar insubsanable el defecto que examinamos. Pues en todos los casos similares al presente en que se ha cerrado el acceso al recurso, no ha sido por desconocer la ya citada doctrina de la Sala sobre la necesidad de consignar la indemnización pese a haberse optado por la readmisión. Lo ha sido, o bien por la falta total de consignación, lo que como ya hemos dicho constituye requisito insubsanable (y es el caso de las sentencias de 17-2-1999 (rcud. 741/98), 14-6-00 (rcud. 3338/99), 14-7-00 (rcud. 487/99) y del auto de 8-3-01 (rcud. 4528/00) entre otros); o bien por la contumaz actitud de la empresa de no querer subsanar en plazo, ya que con ello quedaba patente la deliberada voluntad del recurrente de alzarse de su deber de consignar. Esta última era situación que contemplaron los autos y las sentencias citadas en el fundamento anterior. Y también la que concurría en la de 17-2-99 (741/1998) que cita la recurrida donde la empresa no pretendió subsanar en ningún momento; así lo recuerda la sentencia al señalar que “el recurso de queja ante la resolución del juzgado de no tener por anunciada la suplicación, pone de relieve esa voluntad de no consignar, pues no se interpuso por omisión de un posible trámite de subsanación [que, posiblemente, habría sido concedido por la Sala de suplicación, y, con seguridad, por éste Tribunal] sino por negación del pretendido derecho de limitar su obligación a los salarios de trámite”.

**SEPTIMO.-** De conformidad con lo expuesto procede que esta Sala estime el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la empresa “S.S.A.”; declare correctamente subsanado su defecto de consignación al recurrir en suplicación; case y anule la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía en Granada el 4 de julio de 2.007 (rec. 1369/07); y habiendo quedado sin decidir en suplicación la cuestión de fondo que allí se planteaba, acuerde devolver los autos a la referida Sala para que resuelva sobre ella con la plena libertad de criterio que le es propia. Sin costas (art. 233.1 LPL).”

130/07

016

## TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social (Casación): Sentencia de 05/11/2008

Ponente: Excm. Sra. D<sup>ña</sup>. Rosa María Virolés Piñol

### Síntesis

**NEGOCIACIÓN COLECTIVA. BUENA FE EN LA NEGOCIACIÓN.** Exigencia del deber de negociar: Puede plantearla quien tiene legitimación convencional. En el supuesto enjuiciado el convenio había perdido su vigencia; y la representación empresarial pretende la negociación de uno nuevo con ámbito distinto. Se desestima el recurso.

### Fundamentos de Derecho y Doctrina:

“**PRIMERO.-** 1.- Se formula demanda (...) , en cuyo Suplico se interesaba que: “se declare: 1) El deber y la obligación de los sindicatos demandados a negociar el Convenio Colectivo cuyo ámbito funcional se corresponde con el de las empresas de

transporte de viajeros por carretera, que presten servicios de transporte regular permanente de uso general, ya sea urbano o interurbano, regulares temporales, regulares de uso especial, discrecionales y turísticos. 2) El deber y obligación de los sindicatos demandados de constituir junto con las demandantes la mesa negociadora e iniciar las correspondientes negociaciones

en el ámbito referido. 3) La nulidad del acuerdo de constitución de la mesa negociadora del convenio colectivo para el sector de transporte por carretera del Principado de Asturias de 25 de enero de 2007”.

2.- Por la Sala Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, en sentencia de fecha 18 de julio de 2007 (demanda 3/07), estimando el recurso, se acuerda desestimar la demanda; y es frente a la referida sentencia, que se formula el presente Recurso de Casación.

La pretensión actora quedó fijada por la Sala de instancia, separando las dos acciones, de un lado, en que se declare el deber y la obligación de los sindicatos demandados a negociar el Convenio Colectivo cuyo ámbito funcional se corresponde con el de las empresas de transporte de viajeros por carretera que presten servicio de transporte regular permanente de uso general, ya sea urbano o interurbano, regulares temporales, regulares de uso especial, discrecionales y turísticos; y de otro, a que se declare la nulidad del Acuerdo de constitución de la Mesa Negociadora del Convenio Colectivo para el sector del Transporte por carretera del Principado de Asturias.

Señala la sentencia recurrida, que respecto a la primera pretensión, que “no se discute ni se cuestiona en el presente litigio la licitud de la voluntad de las entidades accionantes de constituir una nueva unidad de negociación, en cuyo seno pueda cristalizar la formación de una Norma Convencional, cuyos ámbitos de aplicación, funcional y territorial, se corresponda con el transporte de viajeros por carretera..., sino que la cuestión aquí controvertida se limita a determinar si las Centrales Sindicales co-demandadas vienen o no obligadas a iniciar las negociaciones de tal Norma Convencional”. A ello, se da una respuesta negativa en base al contenido del art. 89-1 pfo.2 del Estatuto de los Trabajadores, al entender que el proceder de las fuerzas sindicales manteniendo la más amplia y ya existente unidad de negociación, además de justificar la exoneración de la obligación de negociar en la más reducida unidad propuesta por las asociaciones empresariales demandantes, limitada al transporte de viajeros por carretera, no comporta infracción alguna del exigible deber de buena fe.

Respecto a la segunda pretensión, refiere que la codemandada ASETRA, en cuya falta de legitimidad se ampara la pretensión actora, agrupa a más de mil empresas de las 1735 censadas y encuadradas en el ámbito funcional del Convenio Colectivo de Transportes por carretera, sin que se haya articulado prueba plena y fehaciente, acreditativa del número de trabajadores a los que dan ocupación aquellas mil empresas. Y que se presume que quien impugna la legalidad de los actos de negociación viene constreñido a soportar de la prueba, tanto de su propia condición representativa, como de la falta de representatividad de quienes participan o han participado en la negociación colectiva impugnada; y que la presunción favorable a ésta encuentra mayor respaldo en el supuesto enjuiciado en el que la co-accionante CAR ha venido participando en la negociación y formalización de las normas convencionales del Transporte por Carretera que sucesivamente y desde el año 1994 ha regido el sector, no habiendo cuestionado en momento alguno la legitimidad representativa de ASETRA, interviniente y firmante en todas ellas, ni aportado –como queda dicho- prueba reveladora de su sobrevenida falta de legitimación plena para participar en la Mesa de negociación cuya constitución aquí se impugna.

**SEGUNDO.-** Frente a la referida sentencia formaliza recurso de casación la recurrente CAR, con dos motivos de recurso:

A).- Al amparo del art. 205 d) de la Ley de Procedimiento Laboral, pretende la modificación del relato de hechos

probados con el fin de que a los hechos probados segundo y tercero se agreguen el texto que propone, con remisión a los bloques de la prueba documental; así como también pretende la adición de un nuevo hecho probado, con el redactado que propone, que se da por reproducido, y con base “en los textos de los convenios colectivos de las provincias referidas y que obra en ramo separado y no foliado”.

El motivo debe ser rechazado, conforme constante doctrina de esta Sala expresiva de que “la revisión de hechos probados -de singular importancia, en cuanto la resultancia fáctica constituye la base indispensable para el examen del derecho aplicable- exige los siguientes requisitos (por todas, STS 19 de febrero de 1998, 17 de septiembre de 2004, 25 de enero de 2005 y 18 de mayo de 2005):

1º.- Fijar qué hecho o hechos han de adicionarse, rectificarse o suprimirse, sin que en ningún caso bajo esta delimitación conceptual fáctica puedan incluirse normas de derecho o su exégesis.

2º.- Citar concretamente la prueba documental o pericial que, por sí sola, demuestre la equivocación del juzgador, de una manera manifiesta, evidente y clara.

3º.- Precisar los términos en que deben quedar redactados los hechos probados y su influencia en la variación del signo del pronunciamiento.

4º.- Necesidad de que la modificación del hecho probado haga variar el pronunciamiento de la sentencia, pues, en otro caso, devendría inútil la variación.

La valoración de la prueba es cometido exclusivo del Juez o Tribunal que presidió el juicio, el cual deberá determinar qué hechos alegados por las partes, de interés para la resolución del pleito, han quedado ó no acreditadas a fin de declararlas o no probadas y esta valoración la lleva a cabo el juzgador libremente, apreciando toda la prueba en su conjunto sin otras limitaciones que las derivadas de la “sana crítica” (arts. 316,348,376 y 382 de la LEC), esto es, sin llegar a conclusiones totalmente ilógicas ó absurdas. La libre facultad del juzgador para valorar la prueba con arreglo a la “sana crítica” únicamente se ve constreñida por las reglas legales de valoración establecidas para pruebas concretas (arts. 1218 y 1225 del Código Civil, 319.1 y 2, y 326.1 de la LEC, respecto de los documentos, según sean públicos, privados ó administrativos), no siendo este el caso de autos. Por otro lado, las adiciones postuladas son intrascendentes, habida cuenta que las notificaciones se produjeron en noviembre de 2006, en fechas próximas, cuando el Convenio vencía el 31 de diciembre.

B).- El segundo motivo de recurso se formula al amparo del art. 205 e) de la Ley de Procedimiento Laboral, y en el mismo se denuncia la infracción de lo previsto en el art. 89.1 del Estatuto de los Trabajadores, en relación con el art. 37.1 de la Constitución Española, y sentencia del Tribunal Supremo de 30 de septiembre de 1999 (rec. 3652/98).

Centra la cuestión controvertida el recurrente, en determinar si, finalizada la vigencia del Convenio Colectivo, las Centrales Sindicales co-demandadas vienen, o no, obligadas a iniciar las negociaciones en la nueva unidad de negociación promovida por la recurrente junto con la otra asociación empresarial del sector (ASTRA) y, en concreto en el ámbito referido al sector del Transporte de Viajeros por Carretera. Entiende el recurrente que no es admisible la afirmación de la sentencia recurrida al señalar que el deber de negociar sólo obliga respecto a la revisión de convenios preexistentes.

Censura jurídica que no puede acogerse, ya que la cuestión debatida, ha sido resuelta por sentencia de esta Sala de 17 de noviembre de 1998, que contempla un supuesto fáctico y jurídico similar, si bien entonces se pretendía negociar un convenio en el mismo sector de Grandes Almacenes en el ámbito territorial del País Vasco y de Navarra.

Procede por tanto reiterar sus argumentaciones básicas, en lo que resulten aplicables al presente caso. Señalábamos allí:

“1) En nuestro Ordenamiento Jurídico son las partes negociadoras las que determinan el ámbito del Convenio. El artículo 83.1 del Estatuto de los Trabajadores establece, que los Convenios Colectivos tendrán el ámbito de aplicación que las partes acuerden, obviamente de común consenso. Pero, como señala la sentencia de esta Sala de 20 de septiembre de 1.993 (Recurso 2724/91) *"este principio no es absoluto, sino que está sometido a determinadas limitaciones, entre ellas las que puedan surgir de la articulación que prevé el artículo 83.2 del Estatuto de los Trabajadores y de las reglas imperativas sobre legitimación del artículo 87 del mismo Texto legal"*.

2) El deber de negociar aparece recogido en el artículo 89, 1, párrafo segundo, del Estatuto de los Trabajadores que señala que *"la parte receptora de la comunicación sólo podrá negarse a la iniciación de las negociaciones por causa legal o convencionalmente establecida, o cuando no se trate de revisar un convenio ya vencido... en cualquier caso deben contestar por escrito y motivadamente"*.

Este deber-derecho de negociación, como todos, ha de tener unos límites racionales, entre los que cabe destacar los siguientes:

a) En cuanto al tiempo, el deber de negociar existe desde que se denuncia un Convenio, hasta que se concierta el que lo sustituye. Recuérdese que, en el presente supuesto, los sindicatos instaron la negociación en este periodo pero, ante la negativa, se abstuvieron de accionar, permitiendo así que continuasen las negociaciones del nuevo convenio de ámbito estatal, que consta fue publicado en el B.O.E. de 10 de agosto de 2001, suscrito por los Sindicatos C.C.O.O. y U.G.T.; lo que supone que éstos incurren en una contradicción flagrante con su posición de codemandantes y recurrentes en el presente proceso.

b) El deber de negociar ha de entenderse legalmente satisfecho, cuando la parte requerida ya ha accedido a negociar, y lo está haciendo, con quien está legitimado para concertar el convenio. No puede exigirse a una de las partes negociar en un número indeterminado de mesas respecto a un mismo sector. Además no puede imponerse unilateralmente el inicio y continuación del proceso negociador a una parte que ya está inserta en convenio cuyo ámbito está interesada en mantener.

c) Cuando existe una unidad de negociación ya creada, el deber de negociar que impone el citado artículo 89, 1 del Estatuto de los Trabajadores se limita a la revisión del Convenio vencido.

y d) Legitimación: Únicamente pueden instar el cumplimiento de la obligación de negociar quien ostente la legitimación inicial.”.

Es claro que el derecho constitucional a la negociación colectiva no comporta el derecho a decidir libremente la unidad de negociación de manera unilateral por una sola de las partes, forzando a la contraparte en este caso a la representación de las empresas a admitir una unidad de negociación.

Conforme al informe del Ministerio Fiscal, “ Cuando el art. 89 del Estatuto de los Trabajadores, impone a las partes la obligación de negociar y hacerlo de buena fe está condicionando dicha obligación al cumplimiento previo de los requisitos legales establecidos por la negociación colectiva estatutaria, cuales son, que los promotores de la iniciativa posean la suficiente representatividad y que no exista causa legal o convencional amparadora de la negativa a negociar (como ocurre cuando existe un convenio en vigor, situación en la que no se puede obligar a la contraparte a revisarlo).

En el supuesto examinado, el Convenio había perdido vigencia, y las partes contratantes pretenden la negociación de un nuevo Convenio, con el mismo ámbito por parte de los sindicatos, con ámbito distinto por la patronal. Y es la representación empresarial la que pretende imponer su criterio de situar la negociación en ámbito distinto, basándose en una interpretación singular del aforismo prior tempore potior iure. Sin embargo, tal pretensión choca con la doctrina de esa Excm. Sala, recogida en la sentencia recurrida.”

Ciertamente, la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo, de fecha 17 de noviembre de 1998 (rec. 1760/1998), refiriéndose a los límites racionales al deber-derecho de negociación, precisa que “tampoco puede imponerse el inicio y continuación del proceso negociador a una parte que ya está inserta en convenio cuyo ámbito está interesada en mantener”. La parte recurrente rechaza la aplicación de dicha doctrina porque, tal criterio parte de la plena vigencia del convenio cuyo ámbito pretende modificarse, circunstancia que aquí no concurre. Sin embargo, ha de tenerse en cuenta que la doctrina expuesta trata del deber de negociar desde que se denuncia un Convenio hasta que se concierta el que lo sustituya; no se está refiriendo a Convenios vigentes, por lo que es de aplicación al debate actual.

Por otra parte, como pone de relieve la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo, de 20 de octubre de 1997, el deber de negociar que el art. 89.1 del Estatuto de los Trabajadores impone se extiende a las unidades originarias, cuya existencia es ajena a la voluntad de los negociadores (Convenios de centro de trabajo, empresa o sector con ámbito provincial, autonómico o estatal). Pero el mandato legal no alcanza a las otras unidades futuras de negociación colectiva originadas por la voluntad de una sola de las partes. Por otro lado, no puede olvidarse, como también señala la sentencia recurrida, que el ámbito funcional de todos los Convenios Colectivos de Transportes por Carretera de Asturias desde el año 1994 han tenido el ámbito funcional que proponen los Sindicatos. Ello no significa, sin embargo, que no puede modificarse al ámbito de los Convenios futuros, pero siempre que exista una voluntad coincidente en tal sentido por las partes negociadoras.

En consecuencia, limitado el recurso a los extremos examinados, no se aprecian las infracciones denunciadas – art. 89.1 del Estatuto de los Trabajadores en relación con el art. 37.1 CE-, ni tampoco de la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo de 30 de septiembre de 1999 (rec. 3652/98), que a su vez se remite a la citada de 17 de noviembre de 1998 (rec. 1760/98), pero que en todo caso resuelve un supuesto dispar, relativo al alcance del deber de negociar cuando se han seguido conversaciones durante un tiempo, sin éxito, y se ha suscrito un convenio extraestatutario por los sindicatos minoritarios, circunstancias no concurrentes en el supuesto ahora examinado. Por lo que, por las razones expuestas y como informa el Ministerio Fiscal, se impone la desestimación del recurso y confirmación de la sentencia recurrida. Con expresa imposición de costas según dispone el artículo 232.1 de la Ley de Procedimiento Laboral.”.

**TRIBUNAL SUPREMO**

**Sala de lo Social (Unificación de Doctrina):** Sentencia de 05/11/2008

**Ponente:** Excma. Sra. D<sup>a</sup>. María Milagros Calvo Ibarlucea

**Síntesis**

**DESEMPLEO. TRABAJO ENTRE FAMILIARES QUE CONVIVEN.** La presunción de no laboralidad "iuris tantum" se rompe con la prueba del percibo de salario.

**Fundamentos de Derecho y Doctrina:**

“**PRIMERO.-** El demandante reclamó del SERVICIO PÚBLICO DE EMPLEO ESTATAL la prestación por desempleo producida la jubilación de su padre, empresario, con quien convivía y en cuyo establecimiento prestaba servicios percibiendo un salario mensual de 722,70 euros. Rechazada su pretensión por el organismo demandado, se estimó la demanda por el Juzgado de lo Social en sentencia posteriormente revocada en suplicación.

La sentencia recurrida considera que no se desvirtúa la falta de laboralidad de los servicios entre familiares que conviven y están a cargo del empresario. Añade que el percibo de una retribución no basta para romper la presunción pues la misma se obtiene a costa de un patrimonio familiar común.

Recorre el actor en casación para la unificación de doctrina y ofrece como sentencia de contraste la seleccionada con este fin a requerimiento de la Sala, sentencia de 2 de diciembre de 2002 dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Murcia.

En la sentencia de comparación se estima la demanda del solicitante de prestaciones, por desempleo en su modalidad de pago único para constituir una cooperativa de trabajo asociado. El actor había prestado servicios para su padre, con el que convivía, habiendo percibido una retribución por sus servicios.

Razona la sentencia de contraste que, constando la condición de asalariado del demandado, ello basta para romper la presunción iuris tantum de no laboralidad de los servicios prestados entre familiares.

Concurre entre ambas resoluciones la necesaria contradicción en los términos exigidos por el artículo 217 de la Ley de Procedimiento Laboral.

**SEGUNDO.-** El recurso versa sobre la aplicación de la no presunción de laboralidad, establecida por el artículo 1.3 del Estatuto de los Trabajadores y el artículo 7.2 de la Ley General de la Seguridad Social en relación con determinados grados de parentesco, cuando concurren circunstancias como las que se aprecian en el relato histórico.

El demandante presta servicios en la empresa familiar hasta la jubilación del empresario, circunstancia esta última no sujeta a discusión, convive con su progenitor y percibe una retribución.

Esta Sala ha tenido oportunidad de pronunciarse en diversas ocasiones a propósito de análogos situaciones, en unos casos presentándose la relación entre el reclamante y las personas con vínculo de parentesco que ostentaban la titularidad de parte un capital social (ST5 de 29 de octubre de 1990 (Rec. núm. 57/1990), de 25 de noviembre de 1997 (R.C.U.D. núm.

771/1997), de 19 de diciembre de 1997 (R.C.U.D. núm. 1048/1997) y de 19 de abril de 2000 (R.C.U.D. núm. 770/1990), en otros casos con quien era titular físico y único de una empresa sentencia de 13 de marzo de 2001 (R.C.U.D. núm. 1971/2000).

En ellas se reitera el razonamiento de que "por supuesto cabe trabajo por cuenta ajena entre parientes que comparten el mismo techo. Pero si el parentesco es muy próximo y existe convivencia con el empresario, la ley ha establecido una presunción "iuris tantum" a favor del trabajo familiar no asalariado que se aparta expresamente de la presunción de laboralidad establecida en el artículo 8.1 (sic) del Estatuto de los Trabajadores".

A la luz de ese razonamiento se ha llegado a la conclusión estimatoria de la pretensión en las sentencias citadas de 25 de noviembre y 19 de diciembre de 1997 y 19 de abril de 2000 (R.C.U.D. núm. 771/1997, 1048/1997 y 770/1999) y desestimatoria en las sentencias de 29 de octubre de 1990 y 13 de marzo de 2001 (Rec. núm. 57/1990 y R.C.U.D. núm. 1971/2000).

La sentencia de 25 de noviembre de 1997 (R.C.U.D. núm. 771/1997) razonaba que : *"Tanto el art. 1.3. e) del Estatuto de los Trabajadores, como el art. 7.2 de la Ley General de la Seguridad Social, contienen una presunción iuris tantum de no laboralidad de las relaciones de prestación de servicios entre los parientes que enumera. No puede por tanto realizarse una aplicación de dichos preceptos que desnaturalice su esencia de presunción susceptible de prueba en contrario, para transformarla en presunción iuris et de iure. Cuando se acredite la condición de asalariado del familiar, ha de serle reconocida la de trabajador por cuenta ajena. El Tribunal Constitucional, en sentencias 79/1991 y 2/1992, ya declaró que es contrario al principio de igualdad excluir del ámbito laboral unas relaciones jurídicas por el sólo hecho de ser parientes sus titulares. En el caso enjuiciado la suma de las participaciones sociales de actor y familia cubren el 45 % del capital social, lo que no permite afirmar la existencia de un patrimonio familiar común. No se desvirtúa, por tanto la nota de ajeneidad. Se declara probado que el actor trabajó y percibió retribución. Era por tanto trabajador por cuenta ajena y, como tal, estaba protegido de la contingencia de desempleo, de la que no puede ser excluido en base a su parentesco con titulares de la sociedad, o por su titularidad de una mínima parte de las acciones."*

Del mismo modo, en las presentes actuaciones, no discutida la realidad de la prestación de servicios ni del percibo de una retribución y excediendo ésta, 722,790 euros mensuales, de lo que comúnmente se conoce como "dinero de bolsillo", o "paga semanal" nombres con los que se designa a las cantidades proporcionadas a los hijos dependientes para los pequeños gastos fuera de casa, queda acreditada la condición de

asalariado del demandante rompiendo así la presunción de no laboralidad de la relación de quien trabaja, convive y está a cargo del familiar titular de la empresa.

Por lo expuesto y visto el informe del Ministerio Fiscal, procede la estimación del recurso y resolviendo el debate de suplicación,

desestimar el de igual clase formulado por el INSTITUTO NACIONAL DE EMPLEO y confirmar la sentencia del Juzgado sin que haya lugar a la imposición de las costas.

4255/07

018

## TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social (Unificación de Doctrina): Sentencia de 06/11/2008

Ponente: Excmo. Sr. D. Luis Fernando de Castro Fernández

### Síntesis

**INCAPACIDAD PERMANENTE. CARENCIA ESPECÍFICA.** Denegación de IP/RGSS en vía administrativa por falta de carencia. Validez de las cotizaciones posteriores al REA correspondientes a un trabajo efectivo. El esquema del seguro privado no es extrapolable totalmente al del sistema público de Seguridad Social.

### Fundamentos de Derecho y Doctrina:

“**PRIMERO.-** 1.- En 14/08/01, la trabajadora recurrente –nacida en 27/11/52– solicitó pensión por IP, cuando se hallaba afiliada al RGSS y tenía como profesión habitual la de Peón en fabrica embotelladora; solicitud que le fue denegada en vía administrativa por no cumplirse el requisito de carencia específica. En la jurisdicción social, la demanda fue rechazada por la sentencia que en 06/03/02 dictó el Juzgado de lo Social nº Cuatro de Zaragoza [autos 611/01], si bien la misma fue revocada por la STSJ Aragón 20/11/02, que declaró a la actora en situación de IPA, aunque tal pronunciamiento fue a su vez casado por la STS 02/02/04 [–rcud 4806/02–], que revocó la decisión recurrida, por considerar que a efectos carenciales no era ya computable el tiempo de duración máxima o de prórroga de la IT cuando únicamente se está en situación de baja médica, sin percibir el subsidio por no tener carencia para ello, tras la redacción dada por la DA Séptima del RD 4/1998 al art. 4.4º del RD 1799/1985 [2/Octubre]

2.- Consta igualmente en el relato de los hechos declarados probados, que por Resolución de 12/11/01, el IASS reconoció a la actora un grado de discapacidad global del 75%, por paraplejía atribuida a enfermedad desmielizante de etiología degenerativa [ordinal quinto]; y que por Resolución de 20/06/02, el INSS «ya determinó la nula capacidad laboral de la actora» [ordinal segundo].

3.- En fecha 01/11/04, la referida accionante se dio de alta en el REASS como trabajadora por cuenta propia y desde esa fecha ha venido cotizando con regularidad. En 19/05/05 inició situación de IT y tras agotamiento del plazo máximo de duración se principiaron actuaciones en materia de IP, con dictamen-propuesta del EVI [31/01/07] en el que se diagnostica «esclerosis múltiple secundaria, actualmente con paraparesia espástica progresiva y neuralgia del trigémino» y con resolución desestimatoria del INSS, fechada en 16/02/07 y confirmada en 28/03/07, «por no suponer sus lesiones un cambio en su capacidad laboral respecto a la fecha de 01/11/04 de alta en su actividad laboral».

4.- Formulada demanda, la sentencia del Juzgado de lo social nº Cuatro de los de Zaragoza [de fecha 27/06/07 y recaída en los autos 232/07] y la STSJ Aragón 06/11/2007 [recurso nº 915/07], desestimaron la pretensión actora, acogiendo la argumentación ofrecida por la Entidad Gestora. Y en el recurso

para la unificación de la doctrina que se interpone frente la última sentencia dictada –las del Tribunal Superior– la parte aduce como contradictoria la STS 09/06/99 [–rcud 3170/98–] y se denuncia la infracción del art. 136.1 –en relación con el art. 137.5– LGSS.

**SEGUNDO.-** 1.- El art. 217 LPL exige –para la viabilidad del RCU– -que exista contradicción entre la resolución judicial que se impugna y otra decisión judicial, lo que se verifica por el contraste entre la parte dispositiva de las sentencias que contienen pronunciamientos diversos respecto de hechos y pretensiones sustancialmente iguales, no por la diferente fundamentación jurídica de las resoluciones sometidas a comparación, de forma que es la existencia de fallos contradictorios [«se hubiere llegado a pronunciamiento distintos», sostiene el art. 217 LPL] y no la diversidad de *ratio decidendi*, el presupuesto del recurso extraordinario de casación para la unidad de la doctrina; de ahí que la contradicción no surge de una comparación abstracta de doctrinas al margen de la identidad de las controversias, sino de una oposición de pronunciamientos concretos recaídos en conflictos sustancialmente iguales y cuya identidad ha de establecerse teniendo en cuenta los términos en que el debate se haya planteado en Suplicación (véanse las de SSTs 16/07/08 –rcud 1934/06–; 21/07/08 –rcud 2121/07–; 23/07/08 –rcud 2197/07–; 15/09/08 –rcud 1126/07–; y 24/09/08 –rcud 1523/07–).

2.- La exigencia, así entendida, se cumple adecuadamente en el caso que examinamos, pues –con identidad sustancial a la decisión recurrida– en nuestra sentencia referencial los presupuestos de hecho son los que siguen: a) la reclamante era trabajadora del REA a la que en resolución administrativa del año 1987 se declara en situación de IP por determinado cuadro patológico [esquizofrenia paranoide], aunque sin derecho a prestaciones por falta de carencia; b) la trabajadora continuó trabajando en la actividad agraria y cotizando por ella hasta que en 1995 solicitó nuevamente la declaración de IP, que le fue negada a pesar de concurrir la misma dolencia psiquiátrica [esquizofrenia paranoide] ya apreciada en 1987, porque –éste es el argumento de la sentencia recurrida– «si desde entonces ha continuado desarrollando su cometido laboral ... ha de entenderse que no le ha impedido entonces, ni le impide ahora el referido trabajo». Identidad en los hechos que no se corresponde con la decisión adoptada, pues en ella llegamos a la conclusión –opuesta a la recurrida entonces y ahora– que

aquella preexistencia patológica no obstaba la declaración de IP.

**TERCERO.-** 1.- La cuestión que en las presentes actuaciones se plantea es la relativa a si, para obtener la necesaria carencia en la declaración de IP, son o no válidas las cotizaciones posteriores a una declaración administrativa –o judicial– en la que se constate la existencia de determinadas lesiones, que persistiendo en el tiempo son precisamente las aducidas en una posterior reclamación de IP. Sin que se trate, es claro, ni de cotizaciones que no se correspondan con un trabajo efectivo, caso en el que obviamente serían ineficaces por fraudulentas; ni de lesiones que hubiesen sufrido una agravación cualitativa, supuesto en el que la variación del cuadro las haría manifiestamente válidas, conforme acto continuo argumentamos.

2.- En efecto, aunque en el fondo de la decisión administrativa y judicial pudiera latir una cierta sospecha de fraude respecto del alta y cotización de la trabajadora en el REA, lo cierto es que tal posibilidad ni siquiera ha sido insinuada en vía administrativa como causa denegatoria de la prestación, siendo así que la motivación de la EG [reiterada en la respuesta a la reclamación previa: folio 3, de las actuaciones de instancia], se limitaba a «no encontrarse incapacitado [sic] en ninguno de sus grados, ni suponer un cambio en su incapacidad laboral respecto a la fecha del alta 01/11/04 en su actividad laboral»; y aunque en el acto de juicio se esboza una cierta deriva argumental, al decirse que «la situación es claramente incompatible con alta en Régimen Especial Agrario», tal variación se presenta sustancial e inaceptable desde la óptica de la obligada congruencia entre la vía administrativa y judicial [ex art. 141.2 LPL], pues aunque se haya establecido que tal congruencia no puede exigirse en forma tan rígida que obstaculice la tutela judicial [STC 15/1990, de 1/Febrero], del razonamiento de esta misma sentencia se desprende que esa relativa flexibilidad nunca puede llegar al extremo de que la falta de congruencia llegue a producir indefensión a la parte correspondiente (así, SSTS 02/03/05 –rcud 448/04–; y 30/04/07 –rcud 2582/06–); supuesto éste –de indefensión– que concurriría –entendemos– de aceptarse la desviación de causa denegatoria de que tratamos.

Asimismo, tampoco cabe olvidar que el fraude de Ley no se presume y ha de ser acreditado por el que lo invoca (SSTS 16/02/93 –rec. 2655/91–; 18/07/94 –rec. 137/94–; 21/06/04 –rec. 3143/03–; y 14/03/05 –rco 6/04–), y aunque pueda ponerse de manifiesto su existencia –como la de abuso del derecho– mediante pruebas directas o indirectas, admitiendo entre estas últimas las presunciones (SSTS 04/02/99 –rec. 896/98–; 24/02/03 –rec. 4369/01–; 21/06/04 –rec. 3143/03–; y 14/05/08 –rcud 884/07–), lo cierto es que en autos no se ha practicado prueba o utilizado argumentación en tal sentido. Se ha de partir de la base, pues, de que las cotizaciones de la hoy recurrente han correspondido a su trabajo en la actividad de agricultora por cuenta propia [con inexigible sacrificio, obviamente], tal como ha venido a admitir tácitamente la propia Administración de la Seguridad Social, al aceptar –sin objeción alguna– el alta de la trabajadora en el REA, al recaudar las correspondientes cotizaciones, al admitir la prolongada baja por IT y al abonar el consiguiente subsidio hasta agotar el periodo máximo de percepción. Configurando la EG con todo ello una situación en la que incluso resulta invocable la doctrina de los propios actos (nos remitimos, entre otras, a la STC 73/1988, de 21/Abril. Y a nuestras sentencias de 24/02/05 –rec. 46/04–; 23/05/06 –rco 8/05–; 19/12/06 –rec. 2659/05–; y 02/04/07 –rco 11/06–).

3.- De otra parte, las patologías anteriores a la afiliación necesariamente han de tenerse en cuenta –a efectos de calificar

la incapacidad– si posteriormente a aquélla se ha producido una agravación trascendente, porque en principio únicamente no resultaría asegurable –en tanto que ausente el elemento aleatorio– la discapacidad que fuese originaria y previa al alta en el Sistema de la Seguridad Social (en este sentido, siguiendo precedentes dictados en infracción de Ley, las SSTS 27/07/92 –rcud 1762/91– y 26/01/99 –rcud 5066/97–). Afirmamos ello porque la situación que se ha de tener de cuenta –a los citados efectos de la declaración de IP– es la que el trabajador presenta en el momento en que se inicia el expediente de invalidez, siendo así que la dicción del párrafo primero del art. 136.1 LGSS es totalmente clara respecto de que las «reducciones anatómicas o funcionales» que se han de computar son todas las existentes en el momento último y actual en que se lleva a cabo el trámite del expediente de incapacidad; y por eso el párrafo segundo del mismo art. 136.1 [redacción dada por la Ley 35/2002, de 12/Julio] dispone con nitidez que la patología previa a la afiliación no impedirá la calificación de IP «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» (así, la STS 28/12/06 –rcud 4126/05–; y en el mismo sentido, las de 26/09/07 –rcud 2492/06– y 21/02/08 –rcud 64/07–).

**CUARTO.-** 1.- Pero en el presente supuesto es innegable que las dolencias son posteriores a la afiliación, con lo que puede afirmarse que el punto litigioso ya ha sido reiteradamente resuelto por este Tribunal, y no sólo en la decisión ofrecida como contraste, sino en muchas otras anteriores y posteriores.

En todas ellas se mantiene que las cotizaciones efectuadas a consecuencia de un trabajo efectivo y desarrollado tras la indebida declaración de invalidez sin derecho a pensión poseen virtualidad, aún cuando el cuadro patológico existente sea el primigenio, habida cuenta de que el acto declarativo de la IP es un acto complejo, en el que es distinguible un aspecto de valoración médica y otro de valoración jurídica, y de que sólo por la conjunción de ambos puede surgir el fenómeno, propiamente jurídico-social, del reconocimiento de la IP; de ahí que carezca de trascendencia alguna en orden al ulterior reconocimiento pleno de una IP la patología tenida en cuenta en un anterior acto administrativo de reconocimiento incompleto de dicha incapacidad, puesto que «la configuración del estado invalidante ... no se llega a producir sino por la conjunción del cuadro patológico correspondiente con el período de cotización y demás requisitos jurídicos exigibles». Y de otra parte «la función de todo sistema de Seguridad Social, conforme al mandato del art. 41 de la Constitución Española y en propia expresión de los arts. 1 y 2 del Texto Refundido de la Ley que lo regula en España, consiste en garantizar a todos los ciudadanos “asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad”, por lo que, en principio, constituye un claro contrasentido el que, no pudiéndose, jurídicamente, proporcionar, en un momento determinado, esa asistencia protectora se obstaculice, sin embargo, su ulterior obtención impidiendo, a su vez, desde un plano teórico, la continuidad en la misma o en cualquier otra actividad laboral. De esta forma la Seguridad Social lejos de cumplir el fin para el que se halla instituida se convertiría en instrumento de propulsión de un desproteccionismo social, lo que resulta inconcebible» (anteriores a la de contraste, entre otras muchas, las que iniciaron la doctrina en Sala General: sentencias de 14/10/91 –rcud 344/91– y 25/11/93 –rcud 4220/92–. Y posteriores a la referencial, las de 29/09/04 –rcud 5363/2003–; 21/09/05 –rcud 6651/03–; y 21/02/08 –rcud 64/07–).

Y aunque la Sala es consciente del «riesgo de posible fraude a la Seguridad Social que puede conllevar al mantenimiento de una

situación legal de plena aptitud laboral susceptible de una ulterior cotización acumulable a otro ya preexistente», de todas formas considera que «ello constituye una cuestión de hecho que ha de exigirse, en cada caso, el adecuado control por parte de los servicios de inspección de la propia Seguridad» (así, SSTS 14/10/91 –rcud 344/91–; 20/11/91 –rcud 611/91–; y 21/02/08 –rcud 64/07–); control –ha de añadirse– inexistente en el caso ahora debatido.

2.- De todas formas, la aplicación de esta doctrina al caso debatido requiere dos precisiones de orden complementario. La primera de ellas se refiere a que nuestros precedentes contemplaban una declaración administrativa de IP sin derecho a prestaciones económicas [nula, por lo tanto], y que éste no es exactamente el supuesto enjuiciado. Pero a tales declaraciones de IP sin derecho a prestación hay que asimilar [con todo acierto lo afirma el Ministerio Fiscal en su preceptivo informe] las resoluciones administrativas que –como en autos– tras constatar la existencia de determinadas lesiones, se abstienen de calificar éstas, por no proceder el reconocimiento de la prestación al faltar otro requisito. La identidad de razón justifica el mismo tratamiento jurídico, por elemental aplicación analógica (art. 4.1 CC).

De otra parte, también ha de admitirse que en el contexto de nuestros precedentes se producía la de permanencia de los trabajadores –tras la constatación administrativa de la patología discapacitante– en el mismo Régimen de la Seguridad Social en el que la decisión de la EG se había producido, en tanto en el caso de autos la demandante causa baja en el RGSS y sucesiva alta en el REA. Pero ello no ha de suponer obstáculo a que en uno y otro caso se aplique la misma solución; de una parte

porque no parece razonable excluirla por el solo hecho de que la trabajadora opte por mantener el vínculo con el Sistema a través del alta en el Régimen cuya actividad laboral se acomode mejor a sus capacidades residuales; y de otra, porque la necesidad de agravación que establece el antes reproducido art. 136.1 LGSS [expresando así el componente aleatorio en la relación de aseguramiento] se predica en la norma exclusivamente de la «afiliación» [acto administrativo de inclusión en el sistema de la Seguridad Social], pero sin mencionar para nada el «alta» en los diversos Regímenes [reconocimiento administrativo de estar incluido en el campo de ampliación del Régimen de que se trate], acto respecto del que tanto las razones antedichas en nuestra doctrina referencial [a ellas nos remitimos], cuanto la general configuración pública de la Seguridad Social y la específica referencia a la protección de los estados de necesidad como misión de los poderes públicos que hace el art. 41 CE [a ella se referían los precedentes que citábamos en primer apartado de este mismo fundamento], parecen apuntar al debilitamiento del tradicional esquema del seguro privado en la cobertura –pública– de las prestaciones, tal como para ciertos aspectos ha declarado la jurisprudencia constitucional (así, las SSTC 103/1983, de 22/Noviembre; 121/1983, de 15/Diciembre; y 65/1987, de 21/Mayo), en planteamiento que parece razonablemente extensible a esta muy concreta faceta del riesgo asegurable y de sus circunstancias.

**QUINTO.-** Las precedentes consideraciones nos llevan a afirmar –con el Ministerio Fiscal– que la doctrina ajustada a Derecho es la mantenida por la sentencia de contraste y que –en consecuencia– la recurrida misma ha de ser casada y anulada; sin imposición de costas [art. 233.1 LPL].”

271/07

019

## TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social (Unificación de Doctrina): Sentencia de 06/11/2008

Ponente: Excmo. Sr. D. Jordi Agustí Juliá

### Síntesis

**DESPIDO. SUCESIÓN DE CONTRATOS TEMPORALES.** Interrupción entre contratos. Antigüedad a efectos del cálculo de la indemnización por despido. Se aprecia falta de contradicción, por falta de idoneidad de la sentencia designada de contraste. Inadmisión del recurso.

### Fundamentos de Derecho y Doctrina:

“**PRIMERO.-** 1.- La trabajadora demandante formuló demanda en reclamación por despido nulo o, subsidiariamente improcedente, contra la XUNTA DE GALICIA (CONSELLERÍA DE PRESIDENCIA, ADMINISTRACIONES PÚBLICAS E XUSTICIA), dictándose sentencia por el Juzgado de instancia por la que estimando la pretensión subsidiaria, declaraba la improcedencia del despido, desestimando la demanda en cuanto a su petición principal, superior antigüedad y salario regulador reclamados.

2.- Interpuesto tanto por la demandante como por la demandada recurso de suplicación contra dicha sentencia, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, mediante sentencia de fecha 11 de diciembre de 2006 (rec. 4985/2006) –que es la que se impugna por demandante a través del recurso de casación para la unificación de doctrina– desestimó ambos recursos. En esta sentencia, tras rechazar la excepción de incompetencia de jurisdicción único motivo

formulado por la demandada, y rechazar asimismo la infracción del artículo 15.8 del Estatuto de los Trabajadores alegada por la demandante, desestima asimismo la infracción del artículo 56.1.a) denunciada igualmente por la demandante, a través de la cual pretendía que la antigüedad computable a efectos de la indemnización fuese la de la fecha del contrato inicial de 1 de marzo de 2001, en vez de la de 1 de marzo de 2005, fijada por la sentencia de instancia. Respecto a este extremo, la sentencia recurrida, pese a destacar que la demandante prestaba servicios durante 22 meses seguidos, lo suspendía durante dos meses y volvía, por ser llamada en la fecha cierta de 1 de mayo a prestarlos otros 2 meses, así sucesivamente y sin solución de continuidad desde el 1 de marzo de 2001, rechaza ésta, como fecha de antigüedad a efectos del cálculo indemnizatorio, por haberse interrumpido la prestación de servicios por tiempo superior a 20 días hábiles, que los artículos 103 de la Ley de Procedimiento Laboral y 59 del Estatuto de los Trabajadores establecen como plazo de caducidad de las acciones de despido.



3.- La demandante, en su condición de recurrente, denuncia la infracción del artículo 56.1.a) del Estatuto de los Trabajadores, interesando se compute la antigüedad a efectos del cálculo de la indemnización por despido, desde el 1 de marzo de 2001, fecha de inicio de su prestación de servicios, y para justificar la admisión del recurso, la recurrente invoca la sentencia dictada por esta Sala el día 10 de diciembre de 1999 en el recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 1496/1999. En ella se examinaba el caso de una trabajadora que había celebrado seis contratos sucesivos con la empresa en la que prestaba servicios, existiendo una interrupción de 30 días naturales entre el último y el penúltimo. La sentencia de suplicación había contemplado dicha situación, llegando a la conclusión de que, a pesar de haber mediado dicha interrupción entre el último y el penúltimo contrato, la relación era una sola, puesto que se había producido para el mismo centro y puesto de trabajo durante cinco años seguidos en sucesivas contrataciones que se califican expresamente como celebradas en fraude de ley. Esta Sala, en su sentencia, tras analizar el supuesto resuelto en la sentencia para el contraste invocada, dictada en caso similar de sucesión de contratos, y resuelta en sentido contrario a la recurrida, apreció diferencias básicas condicionantes de las diversas soluciones, pues frente a las circunstancias ya relatadas del caso resuelto por la sentencia allí recurrida, en la de contraste, existiendo también una cadena contractual, la interrupción se había producido : a) por haber transcurrido cuarenta y cinco días entre la finalización de un contrato eventual; y, b) porque con ocasión de la nueva contratación se le dio a la trabajadora contratada un cometido nuevo y distinto del anterior. En base estas diferencias, la Sala declaró la inadmisión del recurso por no concurrir la identidad

sustancial que exige el artículo 217 de la Ley de Procedimiento Laboral.

**SEGUNDO.-** 1.- La demandada, al impugnar el recurso, niega que entre las sentencias comparadas se de la necesaria contradicción, afirmación que comparte el preceptivo informe del Ministerio Fiscal.

2.- Con carácter previo, pues, la primera cuestión que ha de resolver la Sala es la referente a la viabilidad del recurso de casación para la unificación de doctrina, comprobando si entre las resoluciones contrastadas concurre la necesaria contradicción exigida por el artículo 217 de la Ley de Procedimiento Laboral; y no pueden tenerse en cuenta a estos efectos las sentencias de esta Sala que, como la invocada para el contraste, no entran a resolver la cuestión planteada en casación para la unificación de doctrina, por cuanto desestiman el recurso al existir causa que inicialmente conllevaría su inadmisión, y si bien es cierto, como se argumenta por la recurrente en su escrito de recurso, que la repetida sentencia de esta Sala de 10 de diciembre de 1999, hace referencia –como recordatorio- a la doctrina sentada en su día por esta Sala respecto a que “cabe el examen judicial de toda la serie contractual, sin atender con precisión aritmética a la duración de las interrupciones entre contratos sucesivos en supuestos singulares y excepcionales en que se acredita una actuación empresarial en fraude de ley y al mismo tiempo la unidad esencial del vínculo contractual», ello constituye un mero obiter dicta que carece de virtualidad a los efectos de contradicción entre sentencias a la que hace referencia el precepto ya señalado. “”.

3177/07

020

## TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social (Unificación de Doctrina): Sentencia de 12/11/2008

Ponente: Excmo. Sr. D. Mariano Sampedro Corral

### Síntesis

**PRESTACION DE DESEMPLEO. EXTRANJEROS.** El extranjero en situación irregular, que ha trabajado por cuenta ajena sin autorización para trabajar, no tiene derecho a desempleo. Reitera doctrina STS. 10/03/2008 (rec. 800/2007).

### Fundamentos de Derecho y Doctrina:

“**PRIMERO.-** La cuestión debatida se concreta en determinar si tiene o no derecho a inscribirse como demandante de empleo, y percibir las prestaciones de desempleo de la Seguridad Social, correspondientes al período trabajado para una empresa española, que le despidió improcedentemente, un extranjero, cuando dicho trabajador carecía de la autorización para residir, prevista en el artículo 30 bis de la L.O. 4/2000, de 11 de enero, y de la autorización previa para trabajar, y no había sido dado de alta en la Seguridad Social por la empresa para la que trabajaba.

Esta controversia litigiosa, sustancialmente igual en la sentencia recurrida y en la alegada para justificar la contradicción, dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, con sede en Burgos, de 21 de marzo de 2006, ha sido resuelta en forma diferente por las sentencias que se comparan: a) la sentencia, hoy impugnada, desestimó la pretensión del trabajador al considerar que no concurren los requisitos exigidos en los artículos 207, 209 y 231 de la Ley General de Seguridad Social, dado que no es posible que el

actor pueda acreditar su disponibilidad para buscar activamente empleo y para aceptar colocación adecuada y poder suscribir el compromiso de actividad normativamente establecido. b) la sentencia contraria, recaída en el supuesto de un trabajador rumano, que había prestado servicios laborales a diferentes empresas españolas, sin tener permiso de trabajo y residencia, y que, tras su cese improcedente, reclama la prestación de desempleo, estima la pretensión actora en razón a lo establecido en el Convenio 19 de la Organización Internacional de Trabajo (OIT), 36 de la L.O. 8/2000 y a la doctrina jurisprudencial expresiva de que el hecho de carecer de permiso de trabajo y de residencia no invalida el contrato de trabajo suscrito.

**SEGUNDO.-** El problema debatido ha sido ya unificado por esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo en sentencia 18 mayo de 2008, (Rec. 800/2007), cuyo pronunciamiento coincide con el de la sentencia recurrida. Esta resolución judicial alcanza la conclusión (Fundamento de derecho décimo) siguiente: "la prestación de desempleo, solo la puede obtener el extranjero residente que ha realizado servicios por cuenta ajena sin contar con la pertinente autorización para trabajar (fue la

situación que contemplaron las sentencias de 21-12-94, rcud. 1466/94; 21-9-95, rcud. 834/95 y 25-9-95, rcud. 3854/94), pero no el que, como el actor, se encuentra en España en situación irregular. La sentencia recurrida resolvió, pues, de acuerdo con la buena doctrina."

Es atinente, pues, remitirse, a efectos de evitar repeticiones inútiles, a los argumentos "in extenso" que se han manifestado en la mencionada sentencia unificadora, que, en síntesis son los siguientes:

1) Los convenios números 14 y 97 de la Organización Internacional de Trabajo (OIT), no son aplicables al caso presente litigioso. El primero versa "sobre la igualdad de trato en materia de indemnización por accidente de trabajo", sin previsión alguna sobre desempleo. el segundo "relativo a los trabajadores migrantes" resuelve el principio de trato en materia de seguridad social a los emigrantes que se encuentran legalmente" y no comprende, por tanto, a los extranjeros sin la autorización para residir exigida por el artículo 30.bis 1 LO 4/2000 de 11 de Enero, sobre derechos y libertades de los Extranjeros en España y su integración social (en adelante LO Ext.). Tampoco lo es la Recomendación 151, que por su propia naturaleza ninguna obligación impone al Estado español, en cuanto no la ha ratificado.

2) Tampoco la solución contraria puede encontrar amparo en el art. 14 LO Ext., en cuanto al establecer que "los extranjeros residentes tendrán derecho a acceder a las prestaciones y servicios de la seguridad social en las mismas condiciones que los españoles" distingue entre "extranjeros residentes" (acceso a los servicios y prestaciones generales y básicas en las mismas condiciones que los españoles) y "extranjeros, cualquiera que sea su situación administrativa" (derecho únicamente a los servicios y prestaciones básicas), pues este precepto que la doctrina de esta Sala ha aplicado a las contingencias derivadas de accidente de trabajo y enfermedades profesionales, y que, inicialmente se recogió en el artículo 42.2 del Reglamento sobre inscripción de empresas y afiliación, altas y bajas en la Seguridad Social, aprobado por RD 84/1996, (el precepto considera incluido en el sistema español de la Seguridad Social a los trabajadores por cuenta ajena de países que hayan ratificado el Convenio 19 de la OIT, sin encontrarse legalmente en España y sin autorización para trabajar "a los solos efectos de la protección frente a accidentes de trabajo y enfermedades profesionales) no es aplicable al supuesto litigioso, que versa sobre el reconocimiento de la prestación de desempleo a los emigrantes irregulares o no residentes.

3) El art. 203.1 LGSS solo otorga el derecho al desempleo a quienes "*pudiendo y queriendo trabajar*" pierden el empleo; y los extranjeros no residentes, aunque quieran, no pueden trabajar legalmente puesto que no pueden obtener la pertinente autorización administrativa para ello, ya que ésta, de acuerdo con las previsiones de la LO Ex solo se concede bien a extranjeros ya residentes en España, bien a quienes llegan a ella provistos del permiso de residencia y trabajo que se otorga en los países de origen a quienes integran el contingente anual. De otra parte el art. 207.c) LGSS exige como requisito inexcusable, para tener derecho a desempleo: "*acreditar disponibilidad para buscar activamente empleo y para aceptar colocación adecuada a través de la suscripción del compromiso de actividad al que se refiere el art. 231 LGSS*". Y es claro que, el actor, dada su situación de irregularidad y mientras ésta persista, no puede suscribir dicho compromiso, que es obligación que le impone el art. 231.1.h) LGSS, y que comporta,

según el número 2 del mismo artículo, numerosas obligaciones, y concretamente, entre ellas las requeridas por el art. 207 de búsqueda activa de empleo y de aceptación de colocación adecuada, que el extranjero irregular no puede atender puesto que no puede realizar ninguna actividad laboral.

**TERCERO.-** Lo anteriormente expuesto debe entenderse sin perjuicio, en su caso, de la responsabilidad civil, de carácter resarcitorio y naturaleza contractual, en que haya podido incurrir el empleador por concurrir culpa o negligencia en la contratación. No debe olvidarse que el artículo 1101 del Código Civil (C.C.) sujeta a la indemnización de daños y perjuicios a los que en cumplimiento de sus obligaciones incurran en dolo o morosidad o contravengan de cualquier modo el tenor de aquellas y que el artículo 1258 CC obliga, una vez perfeccionado el contrato, no solo al cumplimiento de lo pactado, "sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley". Tampoco debe ignorarse, al respecto, que el artículo 36.3 LO Ext. establece que los efectos que produce la omisión por parte del empleador de la autorización administrativa para trabajar -validez del contrato y obtención de las prestaciones que pudieran corresponderle- se entiende "sin perjuicio de las responsabilidades a que dé lugar". Entre estas obligaciones, impuestas ex lege al empresario figura la de "solicitar la incorporación al sistema de seguridad social de los trabajadores que ingresan a su servicio" (artículo 100.1 L.G.S.S.), así como la de cumplir la obligación de cotizar siendo responsable de su cumplimiento (art. 104 L.G.S.S.).

Pero, naturalmente, aunque el incumplimiento empresarial de las obligaciones exigidas en estos preceptos, no tenga repercusión en el sistema público prestacional de la seguridad social, como antes se ha razonado, sí, en su caso y en principio, pudiera dar lugar al resarcimiento por el empleador de los daños y perjuicios de toda clase, que dicho incumplimiento de un contrato válido de trabajo -cual es el celebrado entre empresario y trabajador extranjero, aunque éste no tenga permiso de residencia, ni trabajo- ocasione al trabajador. Es decir, el hecho de que el trabajador extranjero "sin papeles" no tenga derecho a la protección de desempleo, según la interpretación antes realizada, no excluye una hipotética responsabilidad del empleador, que pudiera extenderse a las prestaciones de seguridad social, no a título de prestaciones públicas, sino con alcance indemnizatorio a título de responsabilidad empresarial y sin garantía, por lo tanto, a cargo de la Seguridad Social. "".



**TRIBUNAL SUPREMO****Sala de lo Social (Unificación de Doctrina):** Sentencia de 20/11/2008**Ponente:** Excma. Sra. D<sup>a</sup>. María Luisa Segoviano Astaburuaga**Síntesis****REINTEGRO DE LAS PRESTACIONES DE DESEMPLEO INSTADO POR EL SERVICIO PÚBLICO DE EMPLEO ESTATAL CONTRA LA EMPRESA, POR CONTRATACIÓN TEMPORAL ABUSIVA Y FRAUDULENTA.-** No procede el reintegro cuando el trabajador ha percibido también prestaciones por desempleo, aunque haya sido contratado correctamente.**Fundamentos de Derecho y Doctrina:**

“**PRIMERO.-** El Juzgado de lo Social núm. 1 de los de Guadalajara dictó sentencia el 29 de abril de 2005, autos núm. 278/04, desestimando la demanda formulada por el INEM-Servicio Público de Empleo Estatal contra la empresa H. S.L. y los trabajadores (...). Tal y como resulta de dicha sentencia los trabajadores demandados han venido prestando servicios, durante los periodos señalados, en virtud de sucesivos contratos, para la también demandada H. S.L., dedicada a la actividad de enseñanza, en contratos que se han repetido para la limpieza y tareas de recepción. A la conclusión de los correspondientes contratos de trabajo, menos el del último año 2004, acabado el curso escolar, los trabajadores han percibido el importe de las prestaciones de desempleo en el tiempo correspondiente a vacaciones para alumnos. Han solicitado asimismo prestaciones de desempleo el 26-7-04. Los contratos de trabajo eran para obra o servicio determinado, consistente en limpieza de locales durante los sucesivos cursos, excepto los suscritos por D. P. para el curso 2001-2002, 2002-2003 y 2003-2004 que era de recepcionista en dichos cursos y el suscrito por D<sup>a</sup> H. el 13-7-00, que era para limpieza, atención al curso de verano. La empresa no tiene actividad a 3-11-04 y ha presentado un ERE en septiembre de 2004, con el acuerdo de los trabajadores afectados, habiéndose aprobado el cese de actividades del centro privado Duque del Infantado de Guadalajara por Orden de 11-11-04 del Consejo de Educación y Ciencia.

Recurrida en suplicación por la parte actora Servicio Público de Empleo Estatal, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha dictó sentencia el 20 de septiembre de 2007, recurso 1487/05, estimando el recurso formulado y, revocando la sentencia impugnada, declaró a la empresa demandada responsable del abono de las prestaciones por desempleo percibidas por los trabajadores codemandados, condenando a dicha empresa a la devolución al Servicio Público de Empleo Estatal de aquellas prestaciones, por importe de 10.862'86 euros junto con las cotizaciones efectuadas por este organismo a la Seguridad Social por importe de 4.104'85 euros. La sentencia entendió que la modalidad contractual que debía haber realizado la empresa era el contrato a tiempo parcial por tiempo indefinido, siendo, en consecuencia, fraudulenta la contratación llevada a cabo por el empresario, por lo que, en aplicación del artículo 145 bis de la Ley de Procedimiento Laboral, procedió a declarar al empresario responsable del abono de las prestaciones de desempleo que les han sido satisfechas por la Entidad Gestora a los trabajadores.

Contra dicha sentencia se interpuso por la demandada H. S.L. recurso de casación para la unificación de doctrina, seleccionando como sentencia de contraste, en cumplimiento de lo acordado por esta Sala en proveído de 9 de enero de 2008, la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal

Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana el 28 de marzo de 2006, recurso 4418/05, firme en el momento de publicación de la recurrida, pues la misma adquirió firmeza el 28 de junio de 2006.

La parte actora ha impugnado el recurso, habiendo informado el Ministerio Fiscal que estima procedente el recurso.

**SEGUNDO.-** Procede el examen de la sentencia de contraste para determinar si concurre el presupuesto de la contradicción, tal como lo enuncia el artículo 217 de la Ley de Procedimiento Laboral, que supone que ante hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente idénticos, las sentencias comparadas han emitido pronunciamientos diferentes.

La sentencia de contraste, la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Valencia, el 28 de marzo de 2006, recurso núm. 4418/05, desestimó el recurso de suplicación interpuesto por el Servicio Público de Empleo Estatal contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 2 de Valencia el 1 de junio de 2005, en los autos 576/04, en virtud de demanda formulada por el recurrente contra la empresa Juan O. S.A. y D<sup>a</sup> M<sup>a</sup> Ángeles, en reclamación por desempleo, confirmando la sentencia recurrida. Consta en dicha sentencia que la actora solicitó prestación contributiva de desempleo el 10-5-04, al haber finalizado el 20-4-04 el contrato de trabajo eventual, por acumulación de tareas, suscrito con la empresa demandada, dedicada a la actividad de manipulado y envasado de cítricos. Mediante resolución del Servicio Público de Empleo Estatal de 18 de mayo de 2004 se reconoció a la trabajadora codemandada la prestación contributiva solicitada, por un periodo de 120 días y con efectos del 1-5-04. Con anterioridad a la solicitud de dicha prestación, la trabajadora ha prestado servicios para la empresa Juan O. S.A., en virtud de las siguientes contrataciones temporales: 1) Del 29-9-2000 al 15-2-2001, contrato eventual, cuyo objeto era atender la acumulación de tareas por circunstancias de la producción durante la campaña. 2) Del 1-10-2001 al 28-2-2002, contrato eventual, cuyo objeto era atender la acumulación de tareas por circunstancias de la producción durante la campaña. 3) Del 1-10-2002 al 31-3-2003, contrato eventual, cuyo objeto era atender la acumulación de tareas por circunstancias de la producción durante la campaña. 4) Del 8-10-2003 al 30-4-2004, contrato eventual, cuyo objeto era atender la acumulación de tareas por circunstancias de la producción durante la campaña. Por consecuencia de los servicios prestados para la empresa demandada en los periodos indicados, la trabajadora ha percibido prestaciones por desempleo en los periodos y por los días siguientes: 1) Del 28-2-2001 al 30-9-2001, 213 días. 2) 1-3-2002 al 30-9-2002, 210 días. 3) Del 1-4-2003 al 27-9-2003, 177 días.

La sentencia entendió que una contratación temporal en fraude de ley o irregular, sólo dará lugar a la responsabilidad

empresarial respecto a las prestaciones de desempleo si la misma hubiera sido medio para la obtención fraudulenta de las prestaciones, pero no cuando, pese al fraude de ley en la contratación, no se hubiera ocasionado la obtención fraudulenta de las prestaciones. La reiterada contratación de la actora como eventual para prestar servicios en las correspondientes campañas de actividad de la empresa, aún cuando pudiera haber sido celebrada en fraude de ley, pues la modalidad de contrato debió ser la de fija-discontinua, no ha dado lugar a percepción fraudulenta de prestaciones por desempleo, ya que si se hubiera efectuado su adecuada contratación, con arreglo a la modalidad de contrato de fija-discontinua, hubiera percibido prestación de desempleo, por lo que no ha dado lugar a una percepción fraudulenta de la prestación de desempleo y, por ende, no resulta exigible responsabilidad de la empresa demandada en orden al pago de las prestaciones por desempleo.

Entre la sentencia recurrida y la de contrate concurren las identidades exigidas por el artículo 217 de la Ley de Procedimiento Laboral pues en ambas el Servicio Público de Empleo Estatal, al amparo del artículo 145 bis de la Ley de Procedimiento Laboral, reclama a la empresa el abono de las prestaciones de desempleo que han sido percibidas por unos trabajadores que previamente habían concertado con la empresa sucesivos contratos temporales, seguidos de percepción de prestación de desempleo, no siendo la modalidad contractual utilizada la adecuada a la prestación laboral a realizar, resultando que en la sentencia recurrida la modalidad contractual adecuada es el contrato indefinido a tiempo parcial, en tanto en la de contraste el contrato de fijo discontinuo es el que debió concertarse. Es irrelevante que en la sentencia recurrida los contratos formalizados se suscribieran bajo la modalidad de contrato para obra o servicio y en la de contraste la de contratos eventuales, siendo asimismo irrelevante que en el primer supuesto la modalidad contractual adecuada fuera el contrato indefinido a tiempo parcial y en la segunda el contrato de fijo discontinuo. También es irrelevante que en la sentencia recurrida se afirme con toda rotundidad que los contratos temporales se suscribieron en fraude de ley y en la de contraste se considere tal cuestión de forma hipotética pues, sentado en esta última que la modalidad contractual utilizada -contrato eventual- no es la adecuada, sino que el contrato debió ser suscrito bajo la modalidad de fijo-discontinuo, se establecen las previsiones para concluir que la contratación se realizó en fraude de ley, ya que se utilizó una modalidad contractual determinada para una finalidad distinta a la querida por la Ley.

Cumplidos los requisitos de los artículos 217 y 222 de la Ley de Procedimiento Laboral, procede entrar a conocer del fondo del asunto.

**TERCERO.-** El recurrente alega infracción de los artículos 145 bis de la Ley de Procedimiento Laboral, en relación con el 208 de la Ley General de la Seguridad Social y artículo 9 de la Constitución.

La cuestión que se plantea en el presente recurso ha sido ya resuelta por las sentencias de esta Sala de 10 de octubre de 2007 (rec. 3782/06), de 26 de diciembre de 2007 (rec. 4831/06), 14 de enero de 2008 (rec. 778/07), 19 de febrero de 2008 (rec.1353/07) y 29 de mayo de 2008 (rec. 2315/07), a cuya doctrina debemos atenernos por un principio elemental de seguridad jurídica al no haberse producido datos nuevos que aconsejen un cambio jurisprudencial. En ellas se contiene la fundamentación de derecho que sigue:

<<La incorporación del artículo 145 bis a la Ley de Procedimiento Laboral por la Ley 45/2002 de 12 de diciembre "de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección

*por desempleo y mejora de la ocupabilidad" no ha convertido a la Entidad Gestora del desempleo, ahora Servicio Público de Empleo Estatal (antes INEM), en una especie de custodio o garante de la legalidad de la contratación laboral en general.- Nada explica la Ley en su exposición de motivos sobre cuál ha sido la razón que le ha llevado a implantar esta modalidad procesal. Pero es evidente que la decisión de crearla no ha sido la de legitimar a la Entidad Gestora del desempleo para impugnar todos los contratos temporales abusivos o concertados en fraude de ley, al margen de las consecuencias que puedan tener respecto de la prestación de desempleo. El objetivo, parece claro, es menos ambicioso y está en sintonía con el general que persigue dicha Ley. Y ha sido proporcionar a la Entidad un instrumento eficaz para combatir exclusivamente las actuaciones empresariales --y de ahí que las consecuencias de las sentencias condenatorias no alcancen nunca al trabajador que percibió indebidamente las prestaciones (art. 145 bis.1)-- que le hayan irrogado un perjuicio; es decir, siempre y cuando los reiterados contratos temporales fraudulentos o abusivos hayan dado lugar a que el trabajador obtenga unas prestaciones de desempleo a las que no hubiera tenido derecho de haberse celebrado los contratos bajo las previsiones de la norma legal que se ha tratado de eludir (art. 6. 4 del Código Civil). En esta misma línea de reconocer facultades a las Entidades Gestoras para combatir, no ya situaciones de connivencia entre empresa y trabajador para adquisición fraudulenta de prestaciones, sino incluso la existencia de "errores no deliberados de calificación en el tipo de contrato de trabajo celebrado, equivocaciones que pueden ser incluso frecuentes cuando las modalidades contractuales son próximas" siempre y cuando con éstos se haya conseguido obtener prestaciones indebidas, se ha manifestado ya esta Sala en su sentencia de 29-1-02 (rcud. 704/01).- En definitiva, la pretensión de condena empresarial al reintegro ejercitada vía art. 145.bis.1 únicamente podrá encontrar favorable acogida, cuando la contratación fraudulenta o abusiva haya ocasionado un perjuicio a la Entidad Gestora al haber abonado unas prestaciones de desempleo que conforme a ley no estaba obligada a satisfacer; en caso contrario, la empresa deberá ser absuelta.*

*De lo dicho se deriva que el éxito de una demanda como la interpuesta está condicionado, no tanto a la demostración de las posibles irregularidades de los contratos, sino a que éstas generaron una indebida percepción de prestaciones de desempleo. Con la consecuencia de que el examen de la relación entre el trabajador y las prestaciones reclamadas no constituye una cuestión ajena al debate...[...]. sino parte esencial del mismo. Pues si queda de manifiesto que el trabajador también habría tenido derecho a desempleo si en lugar de suscribir el contrato concertado, supuestamente abusivo o fraudulento...[...], hubiera suscrito el que legalmente correspondía según la norma eludida, es evidente que las posibles irregularidades de los contratos serían irrelevantes a los efectos discutidos, puesto que ningún perjuicio habrían causado a la Entidad Gestora al estar también obligada a abonar las prestaciones correspondientes al contrato que legalmente correspondía.- ...[...]-Ahora bien, el contrato que debió suscribirse entre las partes para tal situación era el de obra o servicio determinado (de duración incierta como ocurre en todas las obras o servicios, y de modo especial en las contrataciones cuya duración depende de la voluntad de la empresa que la adjudica) y a tiempo parcial. Este habría sido el ajustado a la ley, puesto que el artículo 15.8 ET, lo autoriza para la realización de una actividad discontinua que se repite en fechas ciertas...[...]. y el art. 12.2 del propio Estatuto permite su concertación por duración determinada en los supuestos en los que legalmente se permita la utilización de esta modalidad de contratación.*

Tal tipo de contrato genera en los periodos de inactividad derecho a desempleo, de acuerdo con la doctrina unificada que sentó esta Sala en sus sentencias de 5-2-03 (rcud. 2361/02) y 29-9-04 (rcud. 6032/03) al interpretar el artículo 208.4 de la Ley General de la Seguridad Social en la redacción anterior a las reformas operadas por el Real Decreto Ley 5/2002 y la Ley 45/2002 (que finalmente incluyó en dicho precepto una precisión, "en los periodos de inactividad productiva", que ya había hecho la doctrina unificada) y, por supuesto, a la introducida por el Real Decreto-Ley 5/2006 conforme a la cual "las referencias a los fijos discontinuos del Título III de esta Ley y de su normativa de desarrollo incluyen también a los trabajadores que realicen trabajos fijos y periódicos que se repitan en fechas ciertas".- Dichas sentencias se dictaron en relación con los fijos discontinuos, pero su doctrina es claramente de aplicación a los contratos a tiempo parcial dada la identidad de las situaciones a proteger, que finalmente ha venido a reconocer el Real Decreto-Ley 5/2006 como acabamos de ver. Se desprende así también de la Disposición Adicional Séptima, regla cuarta, de la Ley General de la Seguridad Social que establece, en cuanto a la protección por desempleo, que las reglas para los fijos discontinuos son también de aplicación a los contratos a tiempo parcial y del art. 1 del Real Decreto 1131/2002, de 31 octubre, citado por la sentencia recurrida, que contiene análoga previsión.- Siendo ello así, es claro que la decisión empresarial al optar por el contrato para obra o servicio determinado, y al margen de que hubiera sido o no errónea o deliberada, no ha generado ningún derecho a desempleo nuevo o distinto del que hubiera correspondido de haberse suscrito el adecuado contrato a tiempo parcial; y por consiguiente a la trabajadora no ha existido un lucro indebido de prestaciones imputable a la

actuación de la empresa, ni por ende, un perjuicio real para la Entidad Gestora. Por ello la empresa debe ser absuelta de la pretensión deducida en su contra por el Servicio Público de Empleo Estatal (antes INEM).....>>.

**CUARTO.-** Aplicando la doctrina expuesta procede la estimación del recurso formulado por H. S.L., casar y anular la sentencia recurrida y resolviendo el debate planteado en suplicación, desestimar el recurso de tal clase interpuesto por el Servicio Público de Empleo Estatal contra la sentencia de instancia, desestimando la demanda, absolviendo a los demandados de las pretensiones ejercidas en su contra."".



6007/06

022

## TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo. -Secc. 2ª-: Sentencia de 26/11/2008

Ponente: Excmo. Sr. D. Emilio Frías Ponce

### Síntesis

**INFORMACIÓN TRIBUTARIA.** El requerimiento a una aseguradora para que remita información sobre los tomadores de seguros de daños de bienes superiores a determinado valor, cumple con el art. 111 de la LGT.

### Fundamentos de Derecho y Doctrina:

“**PRIMERO.-** Los hechos sobre los que se proyecta la controversia vienen resumidos en la sentencia recurrida del modo que a continuación se transcribe.

"1.- Con fecha 24 de noviembre de 1999, la Delegación Provincial de Córdoba de la Consejería de Economía y Hacienda de la Junta de Andalucía, formuló requerimiento a la entidad, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 111 de la LGT, para que en el plazo de quince días a partir de la recepción de la comunicación, aportara la siguiente documentación referida a la comprobación del Impuesto sobre el Patrimonio: "relación nominal y circunstanciada de personas físicas, titulares de contratos de seguros contra daños, como tomadores por cuenta propia o ajena, sobre toda clase de bienes muebles de carácter especial o suntuario, tales como joyas, pieles, embarcaciones de recreo, avionetas, pinturas, esculturas, dibujos, grabados, antigüedades u objetos de arte, cuyo domicilio conste en el correspondiente contrato dentro del ámbito territorial de la provincia de Córdoba, y cuya suma asegurada por cada bien o por el conjunto de los mismos sea

igual o superior a 10.000.000 ptas. (60.101'21 euros). La información se extenderá a todos los contratos en vigor cuya antigüedad sea posterior al 31 de diciembre de 1996". Transcurrido el plazo otorgado, la entidad no atendió la solicitud de información, por lo que se reiteró el 21 de diciembre siguiente.

2.- Con fecha 12 de enero de 2000, la entidad requerida interpuso recurso de reposición contra el citado requerimiento, que fue desestimado por resolución del Inspector Jefe del Servicio de Inspección Tributaria de la citada Delegación Provincial, de 1 de marzo de 2000, practicándose la notificación a la entidad interesada el día 7 siguiente.

3.- Contra la anterior resolución la sociedad interesada interpuso reclamación económico administrativa ante el TEAR de Andalucía alegando, en síntesis, que se trata de una petición indiscriminada de datos sobre supuestos que no se han producido, no diferencia el lugar del tomador, del asegurado o del beneficiario y no se justifica la trascendencia tributaria de los datos solicitados, además de producir una carga económica y material a la que se obliga a la entidad sin justificación bastante.

4.- El TEAR desestimó la reclamación en resolución de 29/11/02, que fue recurrida en alzada ante el TEAC, reiterando las alegaciones anteriores y añadiendo que el requerimiento infringe la Ley 15/99, Orgánica de Protección de Datos.

En resolución de 14 de julio de 2005 el TEAC desestima la alzada razonando que la trascendencia tributaria que deben tener los datos requeridos ha de entenderse en sentido amplio, de modo que no es necesario que el dato requerido esté conectado con un hecho imponible concreto, sino que la Inspección puede requerir datos que sirvan de inicio para averiguar después hechos imponibles presuntamente no declarados o para guiar la práctica de la labor inspectora; que la Inspección está habilitada para procurarse de forma inmediata, previos los trámites legales establecidos, la información que precisa para desarrollar las actuaciones de investigación y comprobación; que el requerimiento no infringe la Ley Orgánica de Protección de Datos y reúne todos los requisitos exigidos por la LGT, en cuanto que aparece suficientemente motivado, está debidamente individualizado, se refiere a datos con trascendencia tributaria y no es desproporcionado".

Contra la resolución del TEAC la entidad promovió recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional, que dió lugar a la sentencia desestimatoria ahora impugnada.

**SEGUNDO.-** Son dos los motivos de casación, que se formulan al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (LJCA, en adelante), el primero por infracción del artículo 111 de la Ley General Tributaria, en la redacción otorgada por la Ley 25/95, y el segundo por infracción de los principios de proporcionalidad y arbitrariedad.

Alega la parte recurrente, respecto del primer motivo, que los datos solicitados no pueden considerarse que tengan trascendencia tributaria, a los efectos del artículo 111 citado, porque mientras no se produzca el evento o hecho imponible objeto del correspondiente seguro contra daños no se devengará la correspondiente indemnización, con la repercusión tributaria que la misma puede comportar.

Por otro lado entiende que, en relación con los tomadores de seguros de daños por cuenta ajena (y no sólo los tomadores que aseguran por cuenta propia), cuyos datos también son solicitados en el requerimiento discutido, difícilmente se puede justificar la trascendencia tributaria exigible porque, por definición, tales personas carecen de titularidad dominical sobre los bienes objeto del seguro de daños.

En relación con el segundo motivo de casación alegado, aduce la entidad que la cumplimentación del requerimiento le supondría una ingente carga material y económica para la averiguación de los datos objeto de la información solicitada, ya que la Ley no le exige mantener un listado sistematizado o informatizado de las pólizas de seguros contra daños por provincias o regiones, ni tampoco un listado en relación con los bienes muebles objeto de los distintos contratos de seguros contra daños, ni tampoco que se desagreguen los valores de las sumas aseguradas de dichos bienes. Manifiesta que la búsqueda y sistematización de los datos requeridos conllevaría una desmesurada actividad, que exigiría de la contratación de un número indeterminado de personal laboral para su cumplimentación.

**TERCERO.-** Para resolver el primer motivo es preciso partir del texto de los preceptos a considerar, y en especial del citado art. 111 LGT que establece: "1. Toda persona natural o jurídica, pública o privada, estará obligada a proporcionar a la Administración tributaria toda clase de datos, informes o antecedentes con trascendencia tributaria deducidos de sus

relaciones económicas, profesionales o financieras con otras personas" y que "2. Las obligaciones a que se refiere el apartado anterior deberán cumplirse, bien con carácter general, bien a requerimiento individualizado de los órganos competentes de la Administración Tributaria, en la forma y plazos que reglamentariamente se determinen", y partir, también, de que el precepto transcrito impone, como es patente, ese deber de colaboración sin más limitación que la trascendencia tributaria de los datos solicitados y la obtención de los mismos, por la persona o entidad solicitada en mérito a sus relaciones económicas, profesionales o financieras con terceros.

Cabe añadir, con la Sentencia de esta Sala de 10 de Abril de 2002 (recurso de casación 2073/96), que si se tratara de informaciones poseídas por los particulares en razón de relaciones a distinta naturaleza, o que exigieran una actividad de investigación de parte del requerido, se estaría ante un ámbito perteneciente a la intimidad de las personas, salvaguardado por el art. 18.1 de la Constitución, que no podría entrar en el marco del deber de colaboración establecido en el tan repetido art. 111 LGT, marco que, con las aludidas limitaciones, ha sido considerado conforme con la Norma Fundamental por la STC 110/1984, de 26 de Noviembre.

Pues bien, si los datos tributarios de que aquí se trata son datos concretos referidos a un grupo de personas, que razonablemente son potenciales contribuyentes del impuesto sobre el patrimonio, y que se hallan vinculados con la entidad requerida por razón de su actividad mercantil, pues se trata de los titulares de contratos de seguros contra daños, como tomadores por cuenta propia o ajena, sobre toda clase de bienes muebles de carácter especial o suntuario que superen determinado valor, constatándose también que se hallan razonablemente acotados en un ámbito temporal determinado, que abarca desde la fecha del requerimiento, 24 de noviembre de 1999, y se extiende a "*los contratos en vigor cuya antigüedad sea posterior al 31 de diciembre de 1996*", no hay duda que el requerimiento individualizado era conforme con las exigencias legales.

Téngase presente, también, según ha manifestado esta misma Sala, en cuanto a los deberes de información de las Compañías de Seguros en relación con determinados contratos de seguro, que la única restricción es la que afecta a los "beneficiarios" de seguros de vida mientras no se produzca el hecho imponible que les afecta, según declaró esta Sala en sentencia de 13 de Diciembre de 2000 (recurso de casación 5603/96), restricción que no cabe apreciar en el supuesto de autos, en que, como se ha visto, se requiere información sobre los tomadores de determinados seguros de daños.

Asimismo, debe reiterarse que la propia doctrina constitucional avala la procedencia del requerimiento, pues la STC 143/1994, de 9 de mayo, expresa que no existe un derecho absoluto e incondicionado a la reserva de los datos económicos del contribuyente con relevancia fiscal frente a la Administración u otros poderes públicos porque, si lo hubiera, se haría imposible toda la labor inspectora y toda actividad de interés general que hubiera de conseguirse a través del deber de sostenimiento de los gastos públicos que a todos impone el art. 31.1 de la Constitución.

Por otra parte, pese a las alegaciones de la parte recurrente, la trascendencia a efectos fiscales de los datos solicitados no viene dada por la renta motivada por el acaecimiento del daño asegurado, sino que, en caso del impuesto sobre el patrimonio, como es el que nos ocupa, el hecho imponible lo constituye la titularidad del patrimonio neto, donde se integran entre otros, el conjunto de bienes y derechos de contenido económico de que sea titular el contribuyente con deducción de las cargas y

gravámenes que disminuyan su valor, según expresa el artículo 3 de la Ley 19/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre el Patrimonio.

En el propio requerimiento se expresa claramente tal circunstancia, cuando se especifica que *"la trascendencia tributaria lo es en relación con los artículos 7, 9, 18 y 19 de la Ley 19/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre el Patrimonio"*. La lectura de tales preceptos pone de manifiesto la adecuada motivación y justificación de la trascendencia tributaria del requerimiento, ya que los citados preceptos se refieren al modo de acreditar la titularidad de los elementos patrimoniales y a diversos tipos de bienes, que son sobre los cuales se solicita la información.

Finalmente, no puede compartirse la alegación de que, sobre los tomadores de seguros de daños por cuenta ajena, no puede justificarse la trascendencia tributaria exigible, por la ausencia de titularidad dominical sobre los bienes objeto del seguro de daños, pues los datos solicitados son relevantes desde el punto de vista fiscal para la Administración tributaria, porque lo que es decisivo a estos efectos es la identificación de bienes susceptibles de integrarse en el hecho imponible del impuesto sobre el patrimonio, con independencia de que los mismos no sean los tomadores de los seguros, puesto que si la titularidad de tales bienes no se halla establecida en los correspondientes contratos de seguro, su determinación y correspondiente comprobación tributaria puede ser objeto de actuaciones posteriores de la Administración.

Por todo ello, el primer motivo debe desestimarse.

**QUINTO.-** El segundo motivo de casación se formula al amparo del artículo 88.1.d) de la LJCA, por infracción de los principios de proporcionalidad y arbitrariedad.

Alega la parte recurrente que la cumplimentación del requerimiento supondría una ingente carga material y económica para la averiguación de los datos objeto de la información solicitada, ya que la Ley no le exige mantener un listado sistematizado o informatizado de las pólizas de seguros contra daños por provincias o regiones, ni tampoco un listado en relación con los bienes muebles objeto de los distintos contratos de seguros contra daños, ni mucho menos respecto a la suma asegurada en los distintos contratos contra daños, encontrándose fijadas, por el contrario, la regulación y control de los distintos contratos, en sus diversas modalidades, por los

números de póliza, por lo que la concreción, averiguación y determinación de los datos requeridos conllevaría una desmesurada actividad, que exigiría de la contratación de un número indeterminado de personal laboral para su ejecución.

La desestimación también se impone.

Según se ha dicho, estamos ante un requerimiento que puede considerarse razonablemente individualizado en relación con un grupo de personas concreto (pues se refiere a determinados tomadores de seguros sobre daños en relación con bienes que superen determinada cantidad en la provincia de Córdoba) y cuya extensión temporal se haya igualmente acotada de forma razonable en el tiempo, de modo que no puede entenderse que sea una solicitud desproporcionada.

La parte actora realiza alegaciones genéricas sobre la ingente cantidad de trabajo que supondría obtener tales datos, pero omite efectuar afirmaciones precisas y concretas que permitieran fundar adecuadamente sus afirmaciones, como por ejemplo cuantificando el número de ese tipo de seguros que mantiene en la provincia de Córdoba. Por otro lado, aunque no haya exigencia legal de mantener determinado tipo de listados, es una práctica común en las entidades de determinada dimensión (entre las que sin duda se encuentra la recurrente) la informatización de sus operaciones, que permite recoger y sistematizar los datos relevantes de las mismas, entre los cuales sin duda estarán el domicilio del tomador del seguro y el valor asegurado del contrato (al menos de modo global).

Por todo ello, se entiende que el requerimiento solicitado no es arbitrario, en la medida en que se haya suficientemente motivado, y que no es desproporcionado, sin perjuicio de cuestiones de detalle sobre los datos solicitados cuya cumplimentación pudiera ser difícil, cuestiones que no son alegadas con la suficiente precisión y detalle por la parte recurrente, por lo que no cabe pronunciarse sobre las mismas.

**SEXTO.-** Por las razones expuestas, se está en el caso de desestimar el presente recurso de casación, con imposición de las costas a la parte recurrente, de conformidad con lo establecido en el art. 139.2 de la Ley Jurisdiccional, si bien en uso de las facultades que el apartado 3 nos otorga establecemos el máximo de la cuantía de la minuta del Abogado del Estado en la cantidad de 2.400 euros. ""

9581/03

023

## TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo. -Secc. 5ª-: Sentencia de 28/11/2008

Ponente: Excmo. Sr. D. Mariano de Oro-Pulido y López

### Síntesis

**EXTRANJERÍA. Expulsión del territorio nacional.** Sanción de multa o expulsión. Motivación de la expulsión y no de la multa.

### Fundamentos de Derecho y Doctrina:

""**PRIMERO.-** Se impugna en este recurso de casación número 9581/2003 la sentencia que la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de las Islas

Baleares dictó en fecha de 31 de mayo de 2003, y en su recurso contencioso administrativo nº 348/02, por medio de la cual se estimó el formulado por Doña Nelly, contra la resolución de la Delegada del Gobierno en las Islas Baleares de fecha 4 de marzo de 2002, que le expulsó del territorio nacional, con prohibición de entrada durante tres años, por la comisión de una infracción grave prevista en el artículo 53-a) de la Ley Orgánica 4/2000.

**SEGUNDO.-** Impugnada esa resolución en vía contencioso administrativa, la Sala de Baleares estimó la impugnación y anuló la resolución impugnada. Contestando a los argumentos expuestos en la demanda, argumentó el Tribunal que la infracción del artículo 53-a) de la Ley Orgánica 4/2000 (reformada por L.O. 8/2000), según su artículo 57-1, está castigada en primer lugar con la sanción de multa, permitiendo la Ley que en lugar de la multa se imponga la de expulsión, lo que exige una motivación específica que no existe en el caso de autos, razón por la cual la Sala de instancia estima el recurso y anula la resolución.

**TERCERO.-** El Sr. Abogado del Estado ha interpuesto recurso de casación contra esa sentencia, en el cual articula dos motivos de impugnación, que examinaremos a continuación.

**CUARTO.-** Se alega, en primer lugar, y al amparo del artículo 88-1-c) de la Ley Jurisdiccional, la infracción de sus artículos 33.1 y 67.1, por haber fundado la Sala de instancia su fallo estimatorio en un motivo, (a saber, no haber justificado la Administración, en la resolución impugnada, por qué impuso la sanción de expulsión y no la de multa), que no había sido objeto de debate procesal.

Pero no existe tal infracción.

La cuestión de la motivación de la resolución impugnada había sido indudablemente introducida por la recurrente en su demanda: en el "hecho" quinto, se hace referencia explícita a la falta de motivación y proporcionalidad de la opción por aplicar la sanción de expulsión en vez de la multa. Y a tal cuestión dedica el propio Abogado del Estado el fundamento II b) de la contestación a la demanda.

Así que esa no era una cuestión nueva que, al sentenciar, pusiera de manifiesto por primera vez la Sala, sino que constituía uno de los argumentos específicos impugnatorios de la demanda.

**QUINTO.-** En segundo lugar, alega el Sr. Abogado del Estado la aplicación indebida del artículo 57-1 de la Ley Orgánica 4/2000, pues, afirma, del simple examen del expediente administrativo se deduce la motivación adecuada de la resolución que se impugna.

Tampoco este motivo puede ser aceptado.

En la Ley Orgánica 7/85, de 1 de Julio, la expulsión del territorio nacional no era considerada una sanción, y así se deduce de una interpretación conjunta de sus artículos 26 y 27, al establecerse como sanción para las infracciones de lo dispuesto en la Ley la de multa y prescribirse que las infracciones que den lugar a la expulsión no podrían ser objeto de sanciones pecuniarias. Quedaba, pues, claro en aquella normativa que los supuestos en que se aplicaba la multa no podían ser castigados con expulsión.

La Ley Orgánica 4/2000, de 11 de Enero (artículos 49-a), 51-1-b) y 53-1), en regulación mantenida por la reforma operada por Ley Orgánica 8/2000, de 22 de Diciembre (artículos 53-a), 55-1-b) y 57-1), cambia esa concepción de la expulsión, y prescribe que en el caso de infracciones muy graves y graves de las letras a), b), c), d) y f) del artículo 53 "**podrá aplicarse en lugar de la sanción de multa la expulsión del territorio español**", e introduce unas previsiones a cuyo tenor "para la graduación de las sanciones, el órgano competente en imponerlas (sic) **se ajustará a criterios de proporcionalidad**, valorando el grado de culpabilidad, y, en su caso, el daño producido o el riesgo derivado de la infracción y su transcendencia".

De esta regulación se deduce:

1º.- Que el encontrarse ilegalmente en España (una vez transcurridos los noventa días previstos en el artículo 30-1 y 2 de la Ley 4/2000, reformada por la Ley 8/2000 ya que durante los primeros noventa días no procede la expulsión sino la devolución), repetimos ese encontrarse ilegalmente en España, según el artículo 53-a), puede ser sancionado o con multa o con expulsión. No sólo se deduce esto del artículo 53-a) sino también del artículo 63-2 y 3, que expresamente admite que **la expulsión puede no ser oportuna (artículo 63-2) o puede no proceder (artículo 63-3)**, y ello tratándose, como se trata, del caso del artículo 53-a), es decir, de la permanencia ilegal.

Por su parte, el Reglamento 864/2001, de 20 de Julio, expresamente habla de la elección entre multa o expulsión, pues prescribe en su artículo 115 que "**podrá acordarse la expulsión del territorio nacional, salvo que el órgano competente para resolver determine la procedencia de la sanción de multa**", (Dejemos de lado ahora el posible exceso del Reglamento, que, en este precepto y en contra de lo dispuesto en la Ley, parece imponer como regla general la expulsión y como excepción la multa). Lo que importa ahora es retener que, en los casos de permanencia ilegal, la Administración, según los casos, puede imponer o bien la sanción de multa o bien la sanción de expulsión.

2º.- En el sistema de la Ley la sanción principal es la de multa, pues así se deduce de su artículo 55-1 y de la propia literalidad de su artículo 57-1, a cuyo tenor, y en los casos, (entre otros) de permanencia ilegal, "**podrá aplicarse en lugar de la sanción de multa la expulsión del territorio nacional**",

3º.- En cuanto sanción más grave y secundaria, la expulsión requiere una motivación específica, y distinta o complementaria de la pura permanencia ilegal, ya que ésta es castigada simplemente, como hemos visto, con multa. Según lo que dispone el artículo 55-3, (que alude a la graduación de las sanciones, pero que ha de entenderse que resulta aplicable también para elegir entre multa y expulsión), la Administración ha de especificar, si impone la expulsión, cuáles son las razones de proporcionalidad, de grado de subjetividad, de daño o riesgo derivado de la infracción y, en general, añadimos nosotros, cuáles son las circunstancias jurídicas o fácticas que concurren para la expulsión y prohibición de entrada, que es una sanción más grave que la de multa.

4º.- Sin embargo, resultaría en exceso formalista despreciar esa motivación por el hecho de que no conste en la resolución misma, siempre que conste en el expediente administrativo.

En efecto:

A) Tratándose de supuestos en que la causa de expulsión es, pura y simplemente, la permanencia ilegal, sin otros hechos negativos, es claro que la Administración habrá de motivar de forma expresa por qué acude a la sanción de expulsión, ya que la permanencia ilegal, en principio, como veíamos, se sanciona con multa.

B) Pero en los supuestos en que en el expediente administrativo consten, además de la permanencia ilegal, otros datos negativos sobre la conducta del interesado o sus circunstancias, y esos datos sean de tal entidad que, unidos a la permanencia ilegal, justifiquen la expulsión, no dejará ésta de estar motivada porque no se haga mención de ellos en la propia resolución sancionadora.



**SEXTO.-** En el presente caso no hay en el expediente administrativo ningún otro dato o hecho relevante que no sea la pura y escueta permanencia ilegal de Doña Nelly en territorio español, quien no se hallaba indocumentada (consta en el expediente copia de su pasaporte y su cédula de identidad de su país de origen).

En consecuencia, se trata de un caso en que ni en la resolución ni en el expediente administrativo existen específicamente las razones por las cuales la Administración impuso la sanción de expulsión y no la general de multa que prevé el ordenamiento jurídico.

De suerte que obró conforme a Derecho la Sala de Baleares cuando estimó el recurso contencioso administrativo y anuló la sanción impuesta.

Y debe tenerse presente que la Administración no sancionó a la demandante por entrada ilegal (cosa que, por cierto, no constituye infracción, sino sólo motivo de devolución) ni tampoco por no contar con documento que justificara su identidad, sino exclusivamente por permanencia ilegal en el territorio nacional (artículo 53-a) de la Ley Orgánica 4/2000).”””.

2847/06

024

## TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo. -Secc. 4ª-: Sentencia de 02/12/2008

Ponente: Excma. Sra. Dª. Celsa Pico Lorenzo

### Síntesis

**SANCIÓN POR CONTRATACIÓN LABORAL.** ETT Contrato de puesta a disposición. Trabajo de riesgo.

### Fundamentos de Derecho y Doctrina:

“”**SEGUNDO.-** Un primer -y único- motivo al amparo del art. 88.1.d) LJCA atribuye conculcación del art. 8 de la ley 14/1994, de 1 de junio, reguladora de las ETT en relación con el art. 18.3.b) TRLISOS.

Invoca infracción del principio de culpabilidad y del de tipicidad pues si bien el trabajador fallecido no fue contratado para realizar trabajos en altura tal hecho no fue puesto en conocimiento de la recurrente.

Rechaza la argumentación de la sentencia porque va más allá de lo actuado por el Inspector que levantó el acta de infracción. Sostiene que el acta no valoró como tipificable la conducta en que la Sala apoya el fallo.

Reputa vulnerado el art. 8 de la Ley 14/94 por lo que interesa una retroacción para una nueva acta apoyada en la realización de la actividad contratada y conocida por ADIA. Con cita de una sentencia de un juzgado de lo contencioso administrativo de Madrid mantiene que la conducta sancionada no está definida.

Afirma que la resolución de 11 de marzo de 2002 que puso fin a la vía administrativa, se limitó a oponer a la recurrente que “el que la empresa usuaria ostente el poder de dirección y control de la actividad laboral durante el tiempo de prestación de servicios, no exime a la empresa de trabajo temporal de sus obligaciones frente al trabajador, no pudiendo la misma delegar su responsabilidad en la usuaria”.

Aduce que, con el fin de suplir la falta de facultad de control de la actividad por la ETT, en los sucesivos convenios colectivos del Sector de ETT se pactó con los representantes de los trabajadores un Régimen Disciplinario que por la vía de las infracciones, acordaba un deber de información del trabajador en misión a la ETT, que entre otros extremos obliga al primero a comunicar a su empleadora los cambios de funciones decididos por la Empresa Usuaria.

Añade que, en coherencia, con esto, el artículo 46.9 del III Convenio del Sector de ETT tipifica como infracción del trabajador; **“Art. 46. Graduación de las faltas.** Las faltas cometidas por los trabajadores se clasificarán atendiendo a su importancia y, en su caso, a su reincidencia, en leves, graves y muy graves. **Se considerarán faltas leves las siguientes: (...)** 9. No comunicar a la empresa de trabajo temporal el cambio de funciones o centro de trabajo ordenados por la empresa usuaria...”.

Señala que este sistema convencional, hace recaer en el trabajador la carga de la responsabilidad de la información del cambio de funciones. Alega no consta queja alguna frente a la ETT o ante el Comité de Empresa. Insiste en que ADIA no tuvo medio alguno para evitar el cambio de funciones.

Objeta los argumentos la administración autonómica. Considera que el hecho imputado en el acta y en la resolución sancionadora es el mismo. Destaca que no se trataba de una obra menor sino de la construcción de un edificio de 150 viviendas con locales, garajes y piscina por lo que había riesgos de sepultamiento y hundimiento. Reputa irrelevante que la empresa contratante cambiara el puesto de trabajo del fallecido dada la conducta poco diligente de la recurrente al no poner en evidencia los riesgos reales.

**TERCERO.-** Antes de entrar en el examen del único motivo de recurso conviene subrayar la improcedencia de esgrimir la doctrina sentada por un juzgado de lo contencioso administrativo ya que nos encontramos en un recurso de casación ordinario en que la única jurisprudencia que puede esgrimirse como conculcada es la emanada de este Tribunal Supremo.

De hallarnos frente a un recurso de casación para la unificación de doctrina cabría esgrimir sentencias de distintos Tribunales Superiores de Justicia dictadas en única instancia con pronunciamientos diferentes para que este Tribunal se pronunciara sobre la doctrina procedente.

**CUARTO.-** Hemos dejado consignado en fundamento anterior los razonamientos esenciales de la sentencia de instancia y las

normas en que se apoya. No procede, pues, repetir el contenido del art. 8 de la ley 14/1994, de 1 de junio ni el art. 18.3.b) del TRLISOS.

A su vista cabe concluir que la interpretación realizada por la Sala de instancia para confirmar la resolución administrativa se ajusta plenamente a derecho.

Pretende la parte recurrente volver a reabrir el debate acerca de que el trabajador no fue contratado para realizar trabajos en altura mas tal hecho no fue el contemplado por el acto administrativo como ilícito administrativo objeto de sanción confirmada por la Sala de instancia.

Tampoco puede ser objeto de examen si, actualmente, constituye infracción del trabajador no comunicar a la empresa de trabajo temporal un cambio de funciones ordenado por la empresa usuaria. El establecimiento de tal infracción del trabajador puede resultar elemento coercitivo para ejercitar un mayor control sobre las empresas usuarias respecto a las Empresas de Trabajo temporal y sus trabajadores. Pero, el objeto del recurso en instancia se centra en la existencia de una conducta de la empresa de trabajo temporal tipificada legalmente si bien con remisión reglamentaria prevista por la Ley.

Explicita muy bien la Sala de instancia que la actuación reputada ilícita fue la concertación de un contrato de puesta a disposición respecto de un trabajo que implicaba, conforme al art. 8 del RD 216/1999, de 5 de febrero, sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud en el trabajo en el ámbito de las empresas de trabajo temporal, en relación con el anexo II del RD 1627/1997, por el que se establecen las disposiciones mínimas de seguridad y salud en las obras de construcción, riesgo para la seguridad y la salud de los trabajadores.

Actuación empresarial que figura debidamente definida en el acta inicial de infracción y en la resolución sancionadora final.

Valora de forma razonable que el entorno del trabajo encajaba en tal situación de riesgo tras un minucioso análisis de las obras de construcción en cuestión engarzado con las normas legal y reglamentaria que veda la concertación en sistema de puesta a disposición de determinadas actividades en el ámbito de la construcción

Tampoco puede alegarse vulneración del artículo 18.3.b) del TRLISOS.

En consecuencia, no puede hablarse de conculcación del art. 8 b) de la Ley 14/1994, de 1 de junio que excluye de la concertación de contratos de puesta a disposición "la realización de las actividades y trabajos que, por su especial peligrosidad para la seguridad o la salud, se determinen reglamentariamente".

Precepto legal que tuvo muy en cuenta la Directiva 91/383/CEE, del Consejo de 25 de junio estableciendo medidas limitativas de la realización de determinados trabajos en los que, por su especial peligrosidad, la adopción de medidas preventivas de otra índole no garantice los adecuados niveles de seguridad. No debe olvidarse que aquella concluye que, según las investigaciones llevadas a cabo en general, los trabajadores en empresas de trabajo temporal están más expuestos que los demás trabajadores, en determinados sectores, a riesgos de accidentes de trabajo. Situación que determina prohibiciones o limitaciones en su contratación a fin de que la empresa de trabajo temporal o empresario no adscriba al trabajador para trabajar para y bajo el control de una empresa cuya actividad comporta riesgos derivados de las condiciones de trabajo.

Es claro el art. 8 b) del Real Decreto 216/1999, de 5 de febrero, al exponer que "De conformidad con lo dispuesto en el art. 8, párrafo b) de la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal, no se podrán celebrar contratos de puesta a disposición para la realización de los siguientes trabajos en actividades de especial peligrosidad: a) Trabajos en obras de construcción a los que se refiere el anexo II del Real Decreto 1627/1997, de 24 de octubre, por el que se establecen disposiciones mínimas de seguridad y salud en las obras de construcción".

Y es explícito el Anexo II del Real Decreto 1627/1997, bajo la rúbrica "Relación no exhaustiva de los trabajos que implican riesgos especiales para la seguridad y la salud de los trabajadores" al comprender en su número 1 "Trabajos con riesgos especialmente graves de sepultamiento, hundimiento o caída de altura, por las particulares características de la actividad desarrollada los procedimientos aplicados, o el entorno del puesto de trabajo".

6453/06

025

## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

**Sala Primera:** Sentencia de 10 de noviembre de 2008 (STC. 146/2008)

**Ponente:** Excmo. Sr. D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez

### Síntesis

**VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA (Incongruencia):** Sentencia dictada en suplicación social, y auto de nulidad de actuaciones, que dejan sin resolver la posibilidad de lucrar pensión de viudedad, aunque no exista matrimonio a efectos civiles por muerte del novio el día previo a la boda. Aplicación analógica de la Ley 30/1981.

### Fundamentos de Derecho y Doctrina:

“3. Planteándose, como queja única del recurso, la existencia de un vicio de incongruencia omisiva en las resoluciones dictadas por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, que habría ocasionado la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) de la

demandante y, por conexión, de sus derechos a la igualdad en la ley (art. 14 CE) y a la libertad religiosa (art. 16 CE), resultará oportuno comenzar por recordar que, de conformidad con la doctrina de este Tribunal, la incongruencia omisiva o ex silentio se produce cuando el órgano judicial deja 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 a todas y cada una de las alegaciones que se aducen por las partes como fundamento de 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 (por todas, SSTC 264/2005, de 24 de octubre, FJ 2; y 40/2006, de 13 de febrero, FJ 2).

Por otra parte, hemos precisado también que el juicio sobre la congruencia de una resolución judicial precisa de la confrontación entre su parte dispositiva y el objeto del proceso delimitado por sus elementos subjetivos —partes— y objetivos —causa de pedir y petitum (entre las más recientes, SSTC 167/2007, de 18 de julio, FJ 2; y 216/2007, de 8 de octubre, FJ 2).

Pues bien, a la luz de la citada doctrina podemos ya analizar si las resoluciones judiciales recurridas han incurrido en el vicio de incongruencia que la demandante denuncia. Para ello, habremos de recordar que, conforme a lo recogido en los antecedentes, la demandante alegó en su recurso de suplicación la infracción por la Sentencia de instancia recurrida del art. 174 de la Ley general de la Seguridad Social (LGSS), en relación con los arts. 4, 49 y 60 del código civil (CC), la disposición adicional décima de la Ley 30/1981 y los cánones 1104, 1108, 1116, 1101 y 1107 del Código canónico, normas de la jurisprudencia y arts. 14, 32, 39 y 41 CE, basando su pretensión de reconocimiento de su derecho a la pensión de viudedad, como había hecho ya en la instancia, en dos diferentes vías argumentales: la primera, la de que se declarara la efectiva existencia del matrimonio conforme a la normativa canónica, debiendo surtir plenos efectos civiles de acuerdo con lo dispuesto en el Código civil; la segunda que, aun en el supuesto de que no se apreciara la existencia del matrimonio, se reconociera, no obstante, la pensión de jubilación, de conformidad con lo dispuesto en el art. 4 del Código civil, por aplicación analógica de la excepción contemplada en la disposición adicional décima de la Ley 30/1981, que contempla el supuesto de aquellos convivientes que no hubieran podido contraer matrimonio antes del fallecimiento de uno de ellos por imposibilidad legal.

4. La primera de las cuestiones planteadas en el recurso de suplicación de la demandante ha sido, con toda evidencia, respondida tanto por la Sentencia de suplicación como por el posterior Auto dictado en el incidente de nulidad de actuaciones. En ambos la Sala rechaza de forma expresa y motivada la existencia de matrimonio en el caso considerado, dado el fallecimiento de uno de los futuros contrayentes con anterioridad a la fecha fijada para la boda y la imposible equiparación del propósito de contraer matrimonio a la efectiva celebración de éste, teniendo en cuenta su carácter consensual y la esencialidad de la forma en que se presta el consentimiento y rechazando igualmente toda equivalencia entre el matrimonio y las uniones de hecho de cara a causar derecho a la pensión de viudedad, con cita al respecto de diversa jurisprudencia ordinaria y constitucional.

El que la Sala rechace la aplicación pretendida por la demandante de diversas normas del Código canónico al objeto de alcanzar una conclusión distinta a la señalada, o que, en el Auto que resuelve el incidente de nulidad de actuaciones, señale que resulta indiferente a los efectos considerados si existió o no matrimonio desde un punto de vista canónico, pues entiende que no lo existió desde un punto de vista civil y que, por ello, no concurrían los requisitos necesarios para el reconocimiento

de la pensión de viudedad, constituyen, obviamente, consideraciones mediante las cuales la Sala da respuesta a la cuestión planteada en el recurso, que podrán estimarse más o menos acertadas en la manera de su formulación y en su contenido, pero que satisfacen el derecho a la tutela judicial efectiva desde la perspectiva del derecho a recibir una respuesta razonada del órgano judicial a la pretensión planteada.

Por el contrario, ni en la Sentencia de suplicación ni en el Auto que resuelve el incidente de nulidad de actuaciones es posible apreciar consideración específica de la Sala respecto de la segunda de las cuestiones planteadas por la recurrente, esto es, la relativa a la posibilidad de lucrar la pensión de viudedad, aun en el supuesto de inexistencia de matrimonio, por aplicación analógica —ex art. 4 CC— de la disposición adicional décima de la Ley 30/1981, cuestión sobre la que, por el contrario, sí que hubo un pronunciamiento expreso —desestimatorio— en la Sentencia del Juzgado de lo Social. De hecho la Sala, al plasmar en el fundamento de derecho único de su Sentencia la síntesis del recurso de suplicación que constituye su objeto, limita el contenido de éste a la pretensión de que se reconozca la validez canónica del matrimonio. En coherencia con ello, ofrece una respuesta al recurso basada, según ya se ha señalado, en la inaplicabilidad de las normas canónicas para declarar la validez del matrimonio cuestionado, en la falta de equiparación del propósito de contraer matrimonio al efectivo consentimiento, esencial para reconocer su existencia, y en la carencia de efectos de las uniones de hecho para causar la pensión de viudedad. Ninguna consideración se contiene, por el contrario, ni en la síntesis del recurso, ni en la posterior argumentación jurídica, a la segunda de las cuestiones planteada por la demandante, que aparece, sin embargo, expresa y detalladamente expuesta en el escrito de formalización de su recurso de suplicación, incluso diferenciada de la primera alegación mediante un apartado específico, titulado expresivamente “derecho a obtención de pensión, incluso sin vínculo matrimonial”.

Tampoco existe respuesta específica y diferenciada de la Sala a esta cuestión en el Auto que resuelve el incidente de nulidad de actuaciones planteado por la recurrente y en el que, nuevamente de manera expresa, detallada y formalmente diferenciada, se denuncia por ésta la falta de respuesta en la Sentencia de suplicación a esta segunda alegación de su recurso.

Esta falta de respuesta del órgano judicial afecta a una alegación que —cualquiera que sea su virtualidad— no puede considerarse accesoria o no sustancial, sino que constituye una auténtica “causa de pedir” plenamente diferenciada y subsidiaria —planteada para el caso de que no se aceptara la primera alegación sobre la efectiva existencia de matrimonio— respecto de aquella a cuya consideración se limitan las resoluciones judiciales recurridas. No cabe, tampoco, apreciar en éstas la existencia de respuesta tácita de ningún tipo, pues es claro que la pretensión de aplicación analógica al caso considerado de la disposición adicional décima de la Ley 30/1981 no puede entenderse resuelta ni por la conclusión relativa a la inexistencia de matrimonio —antes al contrario, se plantea expresamente como alternativa ante dicha hipótesis—, ni por las consideraciones realizadas sobre la exigencia de consentimiento y la falta de equiparación al mismo del propósito de contraer matrimonio —pues ello afectaría, nuevamente, sólo a la cuestión relativa a la existencia o no de matrimonio—, ni, en fin, por el rechazo a aceptar la causación de la pensión de viudedad en supuestos de convivencia de hecho sin matrimonio, pues es precisamente a esta regla general a la que se enfrenta la excepción de la disposición adicional cuya aplicación se pretende. Debemos concluir, por ello, que las resoluciones judiciales recurridas han vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva de la recurrente al no dar respuesta —ni expresa ni tácita— a una alegación fundamental de su recurso

en base a la cual pretendía, previa revocación de la Sentencia desestimatoria de instancia, el reconocimiento de su derecho a la pensión de viudedad reclamada.

5. Apreciada la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) de la demandante como consecuencia de la falta de respuesta por parte de la Sala de suplicación a una de las cuestiones oportunamente planteadas en su recurso,

resultará obligado, sin necesidad de entrar a analizar las restantes vulneraciones aducidas en la demanda, el otorgamiento del amparo solicitado, retrotrayendo las actuaciones al momento anterior a dictarse la sentencia de 6 de marzo de 2006 a fin de que la Sala, con plenitud de jurisdicción, dicte nueva resolución respetuosa con el derecho fundamental reconocido.””.

3783/07

026

## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

**Sala Primera:** Sentencia de 24 de noviembre de 2008 (STC. 158/2008)

**Ponente:** Excma. Sra. D<sup>a</sup>. María Emilia Casas Baamonde

### Síntesis

**VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA SIN INDEFENSIÓN:** Emplazamiento por edictos sin agotar los medios de comunicación efectiva con la demandada, como consecuencia de que la citación solo consignó el nombre de la persona física titular del negocio, cuyo establecimiento hubiera sido fácilmente localizable.

### Fundamentos de Derecho y Doctrina:

“”1. Se impugna en el presente recurso de amparo el Auto de 22 de marzo de 2007 del Juzgado de lo Social núm. 30 de Madrid, que desestimó el incidente de nulidad de actuaciones interpuesto por la demandante en autos núm. 940-2006, por despido. A juicio de la demandante en los indicados autos se ha vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) al no haber sido llamada en tiempo y forma al proceso, impidiéndosele el ejercicio de su derecho a la defensa como consecuencia de una incorrecta actuación del Juzgado de lo Social en la realización de los actos de comunicación procesal.

El Fiscal ante el Tribunal Constitucional interesa el otorgamiento del amparo al apreciar que, según se desprende del análisis de las actuaciones, el Juzgado no adoptó en el procedimiento la diligencia debida agotando todos los medios posibles para comunicar con la demandada, mientras que en el posterior incidente de nulidad de actuaciones se limitó a un análisis meramente formal, sin tener en cuenta la realidad de las circunstancias acaecidas, vulnerando con ello el derecho a la tutela judicial efectiva de la demandante.

Por su parte, la representación procesal de la Sra. C. personada en el procedimiento, interesa la desestimación del amparo, al considerar que no ha existido ninguna indefensión, habiendo actuado correctamente tanto la demandante como el Juzgado, siendo, por el contrario, la ahora demandante de amparo quien no actuó con la diligencia mínima exigible, ya fuere por negligencia o por un deseo expreso de ocultación.

2. Aduciéndose en la presente demanda de amparo una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva de la demandante como consecuencia de una deficiente constitución de la relación jurídico-procesal por falta de emplazamiento personal de quien fue demandada en el proceso por despido, parece oportuno comenzar por recordar los contenidos esenciales de la doctrina constante establecida por este Tribunal Constitucional ante supuestos similares.

Así, hemos venido afirmando que el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión que reconoce el art. 24 CE garantiza el derecho a acceder al proceso y a los recursos legalmente establecidos en condiciones de poder ser oído y ejercer la

defensa de los derechos e intereses legítimos en un procedimiento en el que se respeten los principios de bilateralidad, contradicción e igualdad de armas procesales (por todas, SSTC 19/2004, de 23 de febrero, FJ 2; 128/2005, de 23 de mayo, FJ 2; 111/2006, de 5 de abril, FJ 5; y 84/2008, de 21 de julio, FJ 8). De este enunciado se desprende la preeminencia del emplazamiento personal —en sus diversas formas— frente al realizado por edictos, de tal modo que esta segunda forma de comunicación, si bien válida constitucionalmente, se concibe en todo caso como un remedio último de carácter supletorio y excepcional, que requiere el agotamiento previo de las modalidades aptas para asegurar en el mayor grado posible la recepción de la notificación por el destinatario de la misma, a cuyo fin deben de extremarse las gestiones en la averiguación del paradero de sus destinatarios por los medios normales, de manera que la decisión de notificación mediante edictos debe fundarse en criterios de razonabilidad que conduzcan a la certeza, o al menos a una convicción razonable, de la inutilidad de los medios normales de citación (por todas, SSTC 158/2007, de 2 de julio, FJ 2; y 32/2008, de 25 de febrero, FJ 2).

Sin perjuicio de la responsabilidad que compete a las partes personadas en el procedimiento de colaborar con la Justicia también en este ámbito de constitución adecuada de la relación jurídica procesal (SSTC 82/2000, de 27 de marzo, FJ 5; y 113/2001, de 7 de mayo, FJ 5), corresponde también al órgano judicial la salvaguarda de la garantía de comunicación personal en el emplazamiento y el empleo del edicto como mecanismo último y subsidiario. A esos efectos ha de desplegar un específico deber de vigilancia, el cual reviste mayor intensidad cuando, como aquí se trata, “el fin del acto de comunicación sea justamente poner en conocimiento de su destinatario que contra él se han iniciado ciertas actuaciones judiciales que en aquellos otros en los que la comunicación versa sobre los distintos actos procesales que se siguen en la causa en la que ya es parte y está debidamente representado y asistido técnicamente” (STC 113/2001, de 7 de mayo, FJ 5; en el mismo sentido, STC 126/2006, de 24 de abril, FJ 3).

No obstante todo lo anterior, hemos recordado también reiteradamente que la indefensión causada por la falta de emplazamiento personal ha de ser no solo formal, sino material para alcanzar relevancia desde la perspectiva del art. 24.1 CE. Por ello hemos venido rechazando su procedencia cuando la realidad de haberse quedado a espaldas del proceso responda a

circunstancias imputables al propio justiciable, bien por haberse situado al margen del litigio por razón de una actitud pasiva con el objetivo de obtener una ventaja de esa marginación, circunstancia que caracteriza intencionalmente la falta de diligencia, al punto de concretarla en un ánimo de dificultar o impedir la localización para beneficiarse posteriormente de ello, bien por haberse acreditado un conocimiento extraprocesal de la existencia del proceso, conocimiento extraprocesal que excluye la indefensión sencillamente porque hay conocimiento y porque, por consiguiente, no ha existido imposibilidad de defensa (entre otras muchas, SSTC 295/2005, de 21 de noviembre, FJ 5; 161/2006, de 22 de mayo, FJ 4; 162/2007, de 2 de julio, FJ 4; y 78/2008, de 7 de julio, FJ 3). En todo caso, hemos advertido de que ese conocimiento extraprocesal ha de estar acreditado fehacientemente en los autos y no basarse en una presunción construida a partir de meras conjeturas, “pues lo presumido es, justamente, el desconocimiento del proceso si así se alega” (STC 210/2007, de 24 de septiembre, FJ 2; en el mismo sentido SSTC 219/1999, de 29 de noviembre, FJ 2; y 268/2000, de 13 de noviembre, FJ 4).

3. La aplicación de la referida doctrina al caso ahora considerado conduce necesariamente a la estimación del recurso de amparo, al haberse vulnerado efectivamente el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) de la demandante, en su vertiente del derecho de acceso al proceso.

Tal y como se desprende de manera indubitada de las actuaciones, la falta de emplazamiento personal de la demandante de amparo en el proceso por despido en el que era parte demandada se produjo como consecuencia de ser su nombre desconocido para el conserje de la finca en la que se halla situado el negocio de peluquería del que aquella es titular y que constituye, a su vez, el centro de trabajo en el que había prestado servicios la trabajadora que presentó la demanda por despido. Dado que la existencia de una peluquería no puede pasar desapercibida para el conserje de la finca en que se halla ubicada ni para los funcionarios del Servicio Común de Notificaciones que a ella acudieron, tal circunstancia sólo pudo producirse como consecuencia de que la citación fuera redactada indicando exclusivamente el nombre de la persona física titular del indicado negocio, sin identificación de la actividad de éste, pese a que tal dato constaba en la demanda presentada por la trabajadora.

Tal circunstancia, fácilmente constatable y subsanable por el Juzgado acudiendo a diversos medios normales a su alcance (análisis de los autos, solicitud de aclaración a la demandante, indagación en registros mercantiles, fiscales y de Seguridad Social), determinó, sin embargo, que se considerara sin más trámite a la demandada en paradero desconocido y que se procediera a su citación por edictos, a pesar de tratarse de la titular de un negocio abierto y en funcionamiento cuyos datos obraban plenamente identificados en autos. De hecho, es lo cierto que el Juzgado, probablemente como consecuencia de haber resultado ya fallida la citación para el preceptivo acto de conciliación administrativa previa, procedió a remitir simultáneamente la cédula de citación a través del Servicio Común de Notificaciones y la solicitud de publicación del edicto en el Boletín Oficial correspondiente, acordando así la notificación edictal aún antes de que la personal hubiera resultado fallida. Más aún, junto a las dos actuaciones anteriores procedió también a solicitar al mismo tiempo del Servicio de Averiguación Patrimonial la identificación de otros posibles domicilios de la persona demandada, sin desarrollar tampoco ningún nuevo intento de localización a partir de los resultados obtenidos de dicha gestión, a pesar de que en la

certificación emitida por el indicado servicio se identificaba a un total de nueve personas con el nombre y apellidos de la demandada, sólo una de ellas con domicilio en el municipio de Madrid.

Los anteriores elementos ponen de manifiesto la efectiva concurrencia de la denunciada falta de diligencia del órgano judicial en la constitución de la relación jurídica procesal, determinando que un hecho tan usual como la falta de identidad entre el nombre comercial de un establecimiento y la razón social de la empresa titular del mismo se convirtiera en un obstáculo insalvable para el acceso al proceso de la demandada. Frente a ello, no existe dato alguno en las actuaciones que permita reprochar a ésta, ni una actitud consciente y deliberada dirigida a impedir o dificultar su localización y a entorpecer el proceso judicial —ni tan siquiera un comportamiento pasivo o negligente al respecto—, ni un conocimiento extraprocesal del mismo.

A lo señalado cabe añadir que, una vez personada finalmente la demandada en el procedimiento con posterioridad a haberse dictado la Sentencia instando la nulidad de las actuaciones, el Juzgado desestimó su petición con base en la pretendida corrección formal de los trámites procesales efectuados, a pesar de que del análisis de los autos, del contenido del escrito del incidente de nulidad y de la documentación aportada al mismo se desprendían de manera indubitada la realidad de las circunstancias anteriormente descritas, de manera que, como señala el Ministerio Fiscal, a la anterior indiligencia del Juzgado en la práctica del acto de citación, se añadió ahora un rigorismo y formalismo injustificados en la desestimación del incidente de nulidad, denegando con ello la reparación de la indefensión causada en el proceso y la tutela judicial solicitada.

4. De todo ello se concluye que la situación de indefensión que denuncia la demandante de amparo se ha producido como consecuencia de una defectuosa actuación del Juzgado de lo Social en la práctica de los actos de comunicación procesal, omitiendo la realización de cualquier indagación o esfuerzo añadido para notificar personalmente a la demandada el inicio del procedimiento, en garantía de su derecho a la tutela judicial efectiva, a pesar de que obraban en las actuaciones datos suficientes para posibilitar dicha localización y de que ésta habría resultado posible mediante la utilización de los medios normales a su alcance. Ello ha determinado una efectiva situación de indefensión material, impidiendo a la ahora demandante de amparo hacer valer sus derechos en el procedimiento, sin que quepa atribuir tal indefensión a una actitud voluntariamente consentida por la afectada o atribuible a su propio desinterés, pasividad, malicia o falta de la necesaria diligencia, y habiéndose igualmente denegado por el Juzgado Social la reparación de la indefensión causada en el incidente de nulidad de actuaciones instado por la demandante mediante una resolución rigorista y formalista vulneradora también de este mismo derecho.

Debemos, por ello, otorgar el amparo solicitado, y en su virtud anular todas las actuaciones realizadas en los autos 940-2006, por despido, del Juzgado de lo Social núm. 30 de Madrid, con posterioridad al Auto de 30 de octubre de 2006 que decidió la admisión a trámite de la demanda presentada, reponiendo las actuaciones al momento procesal oportuno a fin de que se proceda a citar nuevamente a la demandada de manera respetuosa con su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE).”

## TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS

Sala Tercera: Sentencia de 18 de diciembre de 2008

Ponente: Sr. J.-J. Kasel

### Síntesis

INFORMACIÓN DE LOS TRABAJADORES. – Directiva 91/533/CEE – Artículo 8, apartados 1 y 2 – Ámbito de aplicación – Trabajadores “cubiertos” por un convenio colectivo – Concepto de contrato o relación laboral “temporal”»

### Fundamentos de Derecho y Doctrina:

#### “(…) Sobre las cuestiones prejudiciales

##### *Primera cuestión*

22 Mediante su primera cuestión, el órgano judicial remitente pregunta, en esencia, si el artículo 8, apartado 1, de la Directiva 91/533 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una norma nacional que establece que un convenio colectivo destinado a adaptar el Derecho nacional a las prescripciones de dicha Directiva será aplicable a un trabajador aunque no esté afiliado a ninguna de las organizaciones sindicales que participaron en la elaboración de dicho convenio.

23 Debe señalarse, en primer lugar, que el tenor del artículo 8, apartado 1, de la Directiva 91/533 no permite responder eficazmente a dicha cuestión.

24 En cambio, del artículo 9, apartado 1, de la Directiva 91/533, interpretado a la luz del decimotercer considerando de ésta, se desprende sin ambigüedades que los Estados miembros pueden delegar en los interlocutores sociales la adopción de las disposiciones necesarias para dar cumplimiento a dicha Directiva, siempre y cuando los Estados miembros puedan garantizar en todo momento los resultados impuestos por la Directiva.

25 Ha de añadirse que esta facultad reconocida por la Directiva a favor de los Estados miembros es conforme con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia según la cual es lícito que los Estados miembros dejen, en primer lugar, que los interlocutores sociales lleven a cabo los objetivos de política social establecidos por una directiva en este ámbito (véanse, en particular, las sentencias de 30 de enero de 1985, Comisión/Dinamarca, 143/83, Rec. p. 427, apartado 8; de 10 de julio de 1986, Comisión/Italia, 235/84, Rec. p. 2291, apartado 20, y de 28 de octubre de 1999, Comisión/Grecia, C-187/98, Rec. p. I-7713, apartado 46).

26 A este respecto debe señalarse, sin embargo, que dicha facultad no exime a los Estados miembros de la obligación de cerciorarse, mediante las apropiadas medidas legales, reglamentarias o administrativas, de que todos los trabajadores puedan beneficiarse de la protección que les confiere la Directiva 91/533 en toda su extensión. La garantía estatal debe cubrir todos los casos en que no se garantice de otra manera una protección y, especialmente, cuando la falta de protección se deba al hecho de que los trabajadores afectados no pertenezcan a un sindicato.

27 De lo anterior se deduce que la Directiva 91/533, en sí misma, no se opone a una norma nacional que establezca que el hecho de que un trabajador no esté afiliado a ninguna de las organizaciones sindicales que participaron en la elaboración de

un convenio colectivo destinado a adaptar el Derecho nacional a las prescripciones de dicha Directiva no impedirá, por este único motivo, que el trabajador se acoja, en aplicación de ese convenio colectivo, a la protección establecida por la Directiva en toda su extensión.

28 En el asunto principal, es incontrovertido que la normativa danesa reconoce a todos los trabajadores incluidos en el ámbito de aplicación del convenio KTO, estén o no afiliados a una organización sindical, el derecho de esgrimir ante los tribunales nacionales las disposiciones protectoras de dicho convenio colectivo, de manera que todos esos trabajadores tienen la misma protección.

29 No obstante, corresponde al órgano judicial remitente examinar si dicha apreciación se corresponde con la realidad y asegurarse de que la convención KTO puede garantizar a favor de los trabajadores incluidos en su ámbito de aplicación una protección efectiva de los derechos que les confiere la Directiva 91/533.

30 Habida cuenta de las consideraciones anteriores, procede responder a la primera cuestión que el artículo 8, apartado 1, de la Directiva 91/533 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una norma nacional que establece que un convenio colectivo destinado a adaptar el Derecho nacional a las prescripciones de dicha Directiva será aplicable a un trabajador aunque no esté afiliado a ninguna de las organizaciones sindicales que participaron en la elaboración de dicho convenio.

##### *Segunda cuestión*

31 Mediante su segunda cuestión, el órgano judicial remitente pregunta, en esencia, si el artículo 8, apartado 2, párrafo segundo, de la Directiva 91/533 debe interpretarse en el sentido de que se opone a que un trabajador que no esté afiliado a ninguna de las organizaciones sindicales que participaron en la elaboración de un convenio colectivo que regula la relación laboral de dicho trabajador pueda considerarse «cubierto» por ese convenio, en el sentido de dicho precepto.

32 A este respecto, debe señalarse que la expresión «que no estén cubiertos por alguno de los convenios colectivos», utilizada por el artículo 8, apartado 2, párrafo segundo, de la Directiva 91/533, permite suponer que el legislador comunitario quiso referirse a las situaciones en que los trabajadores afectados carecen de la protección jurídica que debe brindar un convenio colectivo a los trabajadores a quienes resulta aplicable.

33 Tal y como señala acertadamente la Comisión de las Comunidades Europeas, dicha apreciación se confirma mediante una comparación de las diferentes versiones lingüísticas de la Directiva 91/533.

34 Dado que el grupo de personas cubiertas por un convenio colectivo puede ser totalmente independiente del hecho de que dichas personas estén o no afiliadas a una organización sindical que participó en la elaboración de ese convenio, como sucede particularmente en el caso de un convenio colectivo declarado de aplicación general, la circunstancia de que una persona no esté afiliada a una de tales organizaciones sindicales no implica, en sí misma, que dicha persona quede excluida de la cobertura jurídica que confiere el convenio colectivo en cuestión.

35 Debe añadirse que dicha interpretación es conforme con la voluntad del legislador comunitario, el cual, tal y como se desprende del apartado 24 de la presente sentencia, autoriza a los Estados miembros a delegar en los interlocutores sociales la adopción de las disposiciones necesarias, particularmente mediante convenios colectivos, para dar cumplimiento a los objetivos de la Directiva 91/533.

36 Por otro lado, dicha interpretación permite cumplir con el objetivo principal de la Directiva 91/533, que, según se desprende de los considerandos segundo, quinto y séptimo de la Directiva, consiste en mejorar la protección de los trabajadores informándoles de los elementos esenciales de su contrato o relación laboral, en la medida en que todos los trabajadores a quienes resulta aplicable un convenio colectivo que adapte correctamente el Derecho nacional a la Directiva podrán ampararse en ese convenio con arreglo a lo dispuesto en el Derecho nacional, estén o no afiliados a una organización sindical que participó en su elaboración.

37 En el asunto principal, corresponde al órgano judicial remitente verificar por un lado si, tal y como cabe deducir de las observaciones formuladas ante el Tribunal de Justicia, un trabajador como el Sr. Andersen está cubierto por el convenio KTO y, por otro lado, valorar si las disposiciones de dicho convenio colectivo pueden garantizar la protección efectiva de los derechos que la Directiva 91/533 confiere a los trabajadores.

38 Habida cuenta de las consideraciones anteriores, procede responder a la segunda cuestión que el artículo 8, apartado 2, párrafo segundo, de la Directiva 91/533 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a que un trabajador que no esté afiliado a ninguna de las organizaciones sindicales que participaron en la elaboración de un convenio colectivo que regula la relación laboral de dicho trabajador pueda considerarse «cubierto» por ese convenio, en el sentido de dicho precepto.

### *Tercera cuestión*

39 Mediante su tercera cuestión, el órgano judicial remitente pregunta, en esencia, si la expresión «contrato o relación laboral temporal» utilizada en el artículo 8, apartado 2, párrafo segundo, de la Directiva 91/533 debe interpretarse en el sentido de que se refiere al conjunto de contratos y relaciones laborales de duración determinada o solamente a los de corta duración.

40 Según reiterada jurisprudencia, para la interpretación de una disposición de Derecho comunitario es preciso tener en cuenta no sólo su tenor literal, sino también su contexto y los objetivos de la normativa de la que forma parte (véanse, en particular, las sentencias de 17 de noviembre de 1983, Merck, 292/82, Rec. p. 3781, apartado 12, y de 3 de abril de 2008, Zweckverband zur Trinkwasserversorgung und Abwasserbeseitigung Torgau-Westelbien, C-442/05, Rec. p. I-0000, apartado 30).

41 En primer lugar, en lo relativo al tenor del artículo 8, apartado 2, párrafo segundo, de la Directiva 91/533, debe señalarse que la expresión «contrato o relación laboral temporal» que figura en dicho precepto no se define en la

Directiva y parece que no aparece en ninguna otra disposición del Derecho comunitario derivado.

42 En cambio, el legislador comunitario se ha referido en reiteradas ocasiones a los contratos y relaciones laborales «de duración determinada». Concretamente, cabe citar la Directiva 91/383/CEE del Consejo, de 25 de junio de 1991, por la que se completan las medidas tendentes a promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de los trabajadores con una relación laboral de duración determinada o de empresas de trabajo temporal (DO L 206, p. 19), adoptada tan sólo cuatro meses antes que la Directiva 91/533, y la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada (DO L 175, p. 43).

43 Por consiguiente, debe deducirse que, dado que el artículo 8, apartado 2, párrafo segundo, de la Directiva 91/533 utiliza la expresión «temporal» —en vez de la expresión «de duración determinada», usada anteriormente en la Directiva 91/383 y posteriormente en la Directiva 1999/70—, el legislador comunitario no tuvo la intención de cubrir todos los contratos de trabajo de duración determinada.

44 Esta interpretación de la voluntad del legislador comunitario responde a la finalidad de interpretar el Derecho comunitario, en la medida de lo posible, en un sentido que respete y garantice su coherencia interna.

45 Dicha interpretación no se desvirtúa por el hecho de que la Directiva 91/533 utilice la expresión «contrato o [...] relación laboral temporal» en su artículo 2, apartado 2, precepto que enumera los elementos esenciales del contrato o relación laboral que deben ponerse obligatoriamente en conocimiento del trabajador, entre los cuales figura, bajo la letra e), la «duración previsible» de tal contrato o relación laboral. En efecto, la expresión «duración previsible» implica una incertidumbre temporal que difiere de la redacción precisa utilizada en la cláusula 3, apartado 1, del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada, que constituye el anexo de la Directiva 1999/70, para designar el elemento característico de un contrato de duración determinada, a saber, el hecho de que el final de dicho contrato venga determinado por «condiciones objetivas tales como una fecha concreta, la realización de una obra o servicio determinado o la producción de un hecho o acontecimiento determinado». Semejante diferencia terminológica permite presumir una diferencia conceptual.

46 En segundo lugar, en lo relativo al contexto del artículo 8, apartado 2, párrafo segundo, de la Directiva 91/533, debe señalarse, tal y como hizo la Comisión en sus observaciones formuladas ante el Tribunal de Justicia, que el párrafo primero de dicho apartado 2 regula la posibilidad de que los Estados miembros subordinen los recursos contra el empresario que no haya cumplido con sus obligaciones a un requerimiento previo por parte del trabajador.

47 Como indicó el Abogado General en el punto 39 de sus conclusiones, procede considerar que la facultad de los Estados miembros de establecer tal formalidad previa, reconocida por el artículo 8, apartado 2, párrafo primero, de la Directiva 91/533, responde a un propósito de economía procesal y tiene por objeto evitar litigios, solucionando los conflictos por trámites menos costosos y complejos que los jurisdiccionales.

48 Sin embargo, el artículo 8, apartado 2, párrafo segundo, de la Directiva 91/533 enumera tres categorías de trabajadores a quienes no cabe imponer dicha formalidad, a saber, los trabajadores expatriados, aquellos cuya relación laboral no esté cubierta por un convenio colectivo y los que tengan un contrato o relación laboral temporal. Tal y como sugiere el

Abogado General en el punto 39 de sus conclusiones, procede considerar que dicha excepción establecida por el legislador comunitario trata de evitar que el requerimiento previo pueda transformarse en una formalidad excesiva que obstaculice o impida, en la práctica, el acceso a la vía judicial por parte del trabajador en cuestión.

49 En lo referente al alcance de dicha excepción, de la enumeración de las categorías de trabajadores dispensados de la formalidad del requerimiento previo se desprende que el legislador comunitario quiso proteger a los trabajadores que, por razones materiales o jurídicas, le parecían más vulnerables desde el punto de vista del cumplimiento de dicha formalidad, tal como los trabajadores expatriados, que pueden enfrentarse a dificultades relacionadas con su aislamiento geográfico, y los trabajadores cuya relación laboral no esté cubierta por un convenio colectivo, que se encuentran en una situación de aislamiento jurídico.

50 En cuanto a la inclusión de los trabajadores con un contrato o relación laboral temporal, el legislador comunitario no tenía motivos particulares para referirse a todos los trabajadores con contratos de duración determinada, sin distinción alguna y cualquiera que sea la duración del contrato. En cambio, es lógico y está justificado que pretendiera referirse a los trabajadores que tengan un contrato de corta duración, dado que precisamente dicha duración puede obstaculizar en la práctica su acceso efectivo a la vía judicial.

51 En tercer lugar, en lo relativo al objetivo del artículo 8 de la Directiva 91/533, del duodécimo considerando de ésta se desprende que dicho precepto refleja el propósito del legislador comunitario de garantizar a los trabajadores por cuenta ajena la posibilidad de hacer valer sus derechos derivados de la Directiva. Este propósito corrobora la interpretación efectuada en el apartado anterior de la presente sentencia, según la cual, al incluir a los trabajadores con un «contrato o relación laboral temporal», el legislador comunitario quiso referirse a los trabajadores cuyo contrato es de tan corta duración que la obligación de proceder a un requerimiento previo al recurso judicial podría perjudicar su acceso efectivo a la vía judicial.

52 Dado que la Directiva 91/533 no regula el modo de determinar más concretamente dicha duración, corresponde en principio a los Estados miembros determinarla. Tal y como sugiere el Abogado General en el punto 67 de sus conclusiones, en el supuesto de que la normativa de un Estado miembro no establezca dicha duración, corresponderá a los órganos judiciales nacionales determinarla en cada caso y en función de las particularidades de determinados sectores o de determinadas ocupaciones y actividades.

53 No obstante, es preciso señalar que dicha duración debe determinarse de forma que no vulnere la eficacia del artículo 8, apartado 2, párrafo segundo, de la Directiva 91/533, cuyo objetivo, tal y como se ha indicado en el apartado 51 de la presente sentencia, consiste en permitir que los trabajadores que se encuentren en una situación de precariedad puedan hacer valer directamente por vía judicial los derechos que les confiere la Directiva.

54 Habida cuenta de las consideraciones anteriores, procede responder a la tercera cuestión que la expresión «contrato o relación laboral temporal» utilizada en el artículo 8, apartado 2, párrafo segundo, de la Directiva 91/533 debe interpretarse en el sentido de que se refiere a los contratos y relaciones laborales de corta duración. En el supuesto de que un Estado miembro no haya adoptado una norma a estos efectos, corresponderá a los órganos judiciales nacionales determinar dicha duración en cada caso y en función de las particularidades de determinados

sectores o de determinadas ocupaciones y actividades. No obstante, dicha duración deberá determinarse de forma que garantice la protección efectiva de los derechos que la Directiva 91/533 confiere a los trabajadores. (...) .

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Sala Primera) declara:

**1) El artículo 8, apartado 1, de la Directiva 91/533/CEE del Consejo, de 14 de octubre de 1991, relativa a la obligación del empresario de informar al trabajador acerca de las condiciones aplicables al contrato de trabajo o a la relación laboral, debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una norma nacional que establece que un convenio colectivo destinado a adaptar el Derecho nacional a las prescripciones de dicha Directiva será aplicable a un trabajador aunque no esté afiliado a ninguna de las organizaciones sindicales que participaron en la elaboración de dicho convenio.**

**2) El artículo 8, apartado 2, párrafo segundo, de la Directiva 91/533 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a que un trabajador que no esté afiliado a ninguna de las organizaciones sindicales que participaron en la elaboración de un convenio colectivo que regula la relación laboral de dicho trabajador pueda considerarse «cubierto» por ese convenio, en el sentido de dicho precepto.**

**3) La expresión «contrato o relación laboral temporal» utilizada en el artículo 8, apartado 2, párrafo segundo, de la Directiva 91/533 debe interpretarse en el sentido de que se refiere a los contratos y relaciones laborales de corta duración. En el supuesto de que un Estado miembro no haya adoptado una norma a estos efectos, corresponderá a los órganos judiciales nacionales determinar dicha duración en cada caso y en función de las particularidades de determinados sectores o de determinadas ocupaciones y actividades. No obstante, dicha duración deberá determinarse de forma que garantice la protección efectiva de los derechos que la Directiva 91/533 confiere a los trabajadores.””.**



## RELACIÓN DE SENTENCIAS SELECCIONADAS

### TRIBUNAL SUPREMO –SALA CUARTA-

03/10/2008	(RCUD. 2584/07)	-Ref. 01-
07/10/2008	(RCUD. 3700/07)	-Ref. 02-
08/10/2008	(RCUD. 2581/07)	-Ref. 03-
08/10/2008	(RCUD. 0582/08)	-Ref. 04-
13/10/2008	(RCUD. 3465/07)	-Ref. 05-
14/10/2008	(RCUD. 3165/07)	-Ref. 06-
14/10/2008	(RCUD. 2651/07)	-Ref. 07-
17/10/2008	(RCUD. 1951/07)	-Ref. 08-
20/10/2008	(RCUD. 0672/07)	-Ref. 09-
21/10/2008	(RCUD. 1247/07)	-Ref. 10-
23/10/2008	(RCUD. 5456/05)	-Ref. 11-
23/10/2008	(RCUD. 3289/07)	-Ref. 12-
03/11/2008	(RCUD. 1889/07)	-Ref. 13-
03/11/2008	(RCUD. 3948/07)	-Ref. 14-
03/11/2008	(RCUD. 3287/07)	-Ref. 15-
05/11/2008	(RC. 130/07)	-Ref. 16-
05/11/2008	(RCUD. 1433/07)	-Ref. 17-
06/11/2008	(RCUD. 4255/07)	-Ref. 18-
06/11/2008	(RCUD. 0271/07)	-Ref. 19-
12/11/2008	(RCUD. 3177/07)	-Ref. 20-
20/11/2008	(RCUD. 4309/07)	-Ref. 21-

### TRIBUNAL SUPREMO –SALA TERCERA-

26/11/2008	(RC. 6007/06)	-Ref. 22-
28/11/2008	(RC. 9581/03)	-Ref. 23-
02/12/2008	(RC. 2847/06)	-Ref. 24-

### TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

10/11/2008	(STC. 146/2008)	-Ref. 25-
24/11/2008	(STC. 158/2008)	-Ref. 26-

### TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS

18/12/2008	(Asunto 306/07)	-Ref. 27-
------------	-----------------	-----------







*Algú  
havia de ser el  
número 1*



MC MUTUAL som, a més d'una entitat jove, la mútua amb més experiència d'Espanya. Els nostres orígens es remunten a l'any 1901, quan vam ser els primers a treballar en el sector.

La nostra vocació sempre ha estat col·laborar amb empreses que necessiten agilitat, professionalitat i un tracte proper en termes de salut laboral. Protegim els treballadors amb el millor servei, escoltem i donem suport als empresaris per ajudar-los a reduir la sinistralitat laboral.

I ser el **número 1** ens dona avantatges. Perquè a MC MUTUAL hem acumulat tot el coneixement i l'experiència possible durant aquests anys. Perquè fa més d'un segle iniciàrem un nou projecte amb el qual hem crescut i del qual hem après. Dia rere dia.

La iniciativa mou el món.

**I en salut laboral som pioners.**

Atenció 24 hores  
**900 300 144**  
www.mc-mutual.com

AMB LA SALUT LABORAL,  
AMB LES PERSONES.

