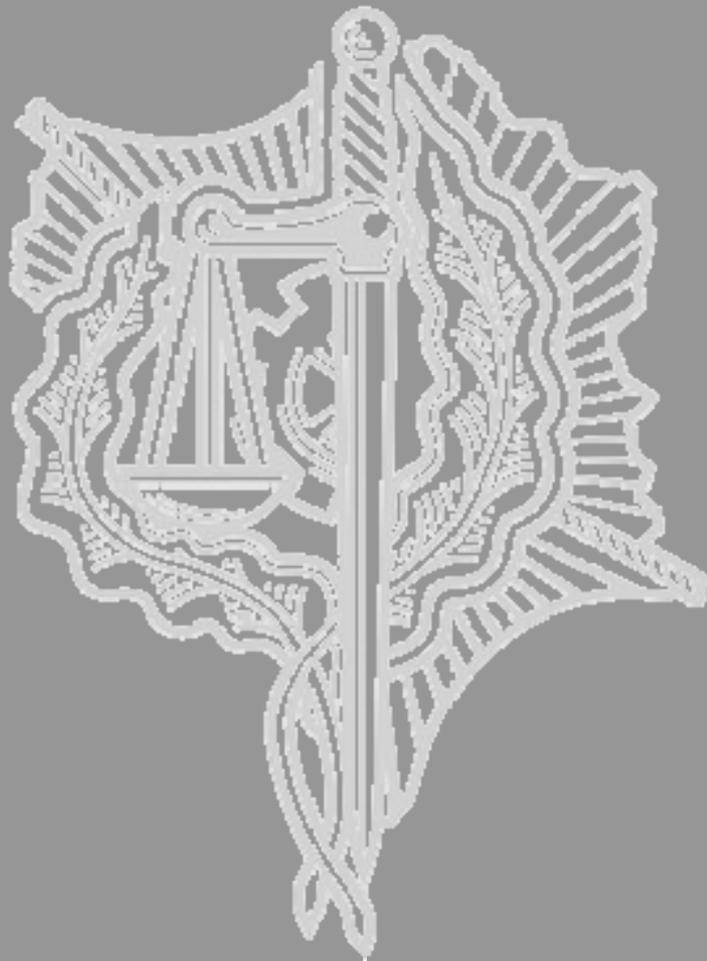




**Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.  
Sentencia de 20 de enero de 2009**

Derecho a vacaciones anuales retribuidas. Compensación económica en concepto de vacaciones anuales retribuidas que, por razones de enfermedad, no se disfrutaron antes de que finalizara el contrato.





**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  
www graduats-socials-tarragona.org  
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 22/12/2008

Ponente: Excmo. Sr. D. José Luís Gilolmo López

**Síntesis**

**REINTEGRO PRESTACIONES INDEBIDAS.** Las posteriores a la Ley 66/1997, que modificó el art. 45 LGSS, con independencia de la buena fe del beneficiario y de la tardanza del INSS, procede el reintegro. Reitera doctrina.

**Fundamentos de Derecho y Doctrina:**

**“PRIMERO.-** Una vez más debe esta Sala pronunciarse sobre el alcance del art. 45.3 de la Ley General de la Seguridad Social, según la redacción que de dicho precepto ordenó el art. 37 de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, conforme al cual, *“la obligación de reintegro del importe de las prestaciones indebidamente percibidas prescribirá a los cinco años, contados a partir de la fecha de su cobro, o desde que fue posible ejercitar la acción para exigir su devolución, con independencia de la causa que originó la percepción indebida, incluidos los supuestos de revisión de las prestaciones por error imputable a la Entidad Gestora”*. Plazo de prescripción que la Ley 55/1999, de 21 de diciembre, de acompañamiento a los Presupuestos Generales del Estado, redujo a cuatro años.

Esa norma entró en vigor el día 1 de enero de 1998, y no contiene preceptos de derecho intertemporal, por lo que, reiteradamente se ha planteado ante esta Sala si tal norma dejó sin efecto la doctrina jurisprudencial anterior y si debe aplicarse a las situaciones anteriores a su vigencia y amparadas por aquella doctrina. Tema que ha sido resuelto, entre otras muchas, por las sentencias de 11 de junio 2001 (R. 3614/2000), 7 de noviembre de 2001 (R. 1533/2001), invocada de contradicción en el presente recurso, 24 de julio 2002 (R. 3553/2001), 12 de noviembre 2002 (R. 888/2002), 2 enero 2003 (R. 1621/2002), 25 de febrero 2003 (R. 798/2002), 10 de abril de 2003 (R. 1315/2002), 11 y 12 de junio de 2003 (R. 3025/2002 y 4227/2002), 6 de octubre de 2003 (R. 3589/2002), 18 de noviembre de 2003 (R. 4771/2002), 17 de septiembre de 2004 (R. 3052/2003), y 25 de octubre de 2003 (R. 5033/2003).

*“Es conveniente recordar [como ya hizo la precitada STS 6/10/2003, R. 3589/2002] que nuestra doctrina, anterior a la reforma legal señalaba que el plazo normal de prescripción de la obligación de reintegro de prestaciones indebidas era el de cinco años, y así se reconoció, entre otras, en las sentencias de 22 de mayo de 1986 y 12 de febrero de 1992. Pero esa regla general hubo de ser moderada, en aras de un principio de equidad. La Sentencia de Sala General de 24 septiembre 1996 (Recurso 4065/1995, declaraba la existencia de dos excepciones a tal principio: “La primera excepción, que ha sido la más inequívoca en su formulación, comprende los supuestos de percepción indebida sobrevenidos como consecuencia del cambio en la interpretación general de determinadas normas, como en el caso de la incompatibilidad entre la pensión de jubilación y el trabajo en la función pública (sentencias de 17 de abril de 1991, 12 de febrero y 28 de mayo de 1992, 24 de mayo de 1993, entre otras). Pero también se ha aplicado una segunda excepción que pondera la conducta adoptada por el beneficiario y el organismo gestor en relación con el origen de la situación de percepción indebida y su mantenimiento. Esta excepción tiene en cuenta, por una parte, el principio de buena fe y, por otra, los perjuicios que como consecuencia del retraso pueden derivarse para el patrimonio del beneficiario de la acumulación de períodos de percepción indebida, especialmente en los casos en que no puede acudirse al reintegro por deducción del importe de lo adeudado en las mensualidades sucesivas de pensión con la posibilidad de embargo y realización de bienes esenciales para el beneficiario”*

*“Esta doctrina [continúa la STS de 6/10/2003], a cuyo amparo la Sala de Suplicación ha resuelto en sentido adverso a la Entidad Gestora, fue dejada sin efecto por la Ley 66/1997. Como declaró nuestra sentencia de 14 de junio 2001 (Recurso 3614/2000), “los términos del nuevo art. 45.3 de la LGSS a través de los criterios de la interpretación jurídica, es preciso constatar que en el enunciado del mismo de un lado se reafirma sin restricciones la regla general de prescripción quinquenal; y de otro lado no sólo se omite cualquier mención expresa de la excepción de equidad apreciada por esta Sala, sino que parece cerrarse virtualmente el paso a la misma al afirmar que la norma de prescripción quinquenal ha de aplicarse “con independencia de la causa que originó la percepción indebida”, incluso cuando la misma se ha debido a “error imputable a la entidad gestora”. En estas condiciones no cabe mantener la anterior excepción jurisprudencial de equidad, teniendo en cuenta que “las resoluciones de los tribunales sólo podrán descansar de manera exclusiva en ella cuando la ley expresamente lo permita”.*

**SEGUNDO.-** En el caso que hoy resolvemos, la beneficiaria demandada solicitó y obtuvo dos pensiones, causadas ambas por el fallecimiento de su madre, acaecido el 28 de septiembre de 2003. Una de orfandad por importe inicial de 268,51 euros y otra a favor de familiares con el mismo importe inicial. Las dos pensiones tuvieron efectos económicos desde el 1 de octubre de 2003.

Por la pensión a favor de familiares percibió 6.793,43 euros durante el período comprendido entre el 1 de octubre de 2003 y el 31 de marzo de 2005, siéndole reclamada dicha suma, como percepción indebida, mediante resolución del INSS del 6 de julio de 2005. Con anterioridad, en resolución del 25 de abril de 2005, notificada el 13 de mayo siguiente, el INSS había iniciado expediente de revisión por incompatibilidad de las dos pensiones, dándole un plazo de 10 días para que optara por una de ellas. El expediente concluyó con la referida resolución de 6 de julio de 2005. Es indudable, y ambas circunstancias parecen estar fuera de discusión, que la Gestora tardó en detectar la incompatibilidad y que la beneficiaria actuó de buena fe porque no consta que ocultara dato alguno.

El INSS interpuso demanda reclamando los cobros indebidos, siendo estimada por sentencia del Juzgado de lo Social Número 4 de Valencia de 22 de junio de 2006, que condenó a la beneficiaria a reintegrar la cantidad de 6.793,43 euros, correspondientes al período comprendido entre el 1 de octubre de 2003 y el 31 de marzo de 2005 por la pensión a favor de familiares.

La beneficiaria interpuso recurso de suplicación que fue parcialmente estimado por la Sala del Tribunal Superior de Justicia de Valencia, en sentencia de 9 de noviembre de 2007 (R. 4037/2006), resolución que, en definitiva, aplicando la teoría de la buena fe y el criterio de proscripción del abuso de derecho, la condeno a reintegrar únicamente las sumas percibidas en los tres últimos meses.

El INSS, interpone el presente recurso de casación para la unificación de doctrina. Para su viabilidad denuncia la infracción del artículo 45.3 de la Ley General de la Seguridad Social, en la redacción dada por el artículo 37 de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, en vigor a partir del 1 de enero de 1998, y la vulneración de la disposición final tercera, introducida por el RD 2032/1998, del Reglamento General de Recaudación de los Recursos del Sistema de la Seguridad Social, aprobado por RD 1637/1995, de 6 de octubre. Invoca como sentencia de contraste, según ya se adelantó, la Sentencia de esta Sala de 7 de noviembre de 2000 (R. 1533/2001). Resuelve esta resolución un supuesto -idéntico en lo sustancial al que hoy resolvemos- en el que el demandante venía percibiendo una pensión de Gran Invalidez del Régimen Especial de la Minería del Carbón y, a su petición, fue convertida en pensión de jubilación, el 1 de octubre de 1981. En 1998 se detectó un error en las revalorizaciones efectuadas y, por resolución de diciembre de 1998, se acordó rebajar la cuantía de su pensión de 234.412 pesetas mensuales que venía percibiendo, a la de 216.639 pesetas, igualmente mensuales, reclamando el reintegro de la cantidad de 323.927 pesetas correspondientes a lo percibido en exceso en el período 1 de noviembre de 1993 a 31 de octubre de 1998. Esta Sala resolvió que el actor debía reintegrar al INSS las diferencias indebidamente percibidas, correspondientes a los tres últimos meses de 1997 y todas las posteriores a 1 de enero de 1998.

Aunque existe algunas diferencias, las dos resoluciones comparadas guardan identidad en lo esencial: se trata de la prescripción de cantidades adeudadas al INSS por percepción indebida. En ambos casos concurre la tardanza de la Gestora y la buena fe del beneficiario y aunque en la referencial también se reclamaban cantidades percibidas antes de la entrada en vigor de la Ley 66/1997, en los dos casos estaban en juego igualmente cantidades percibidas después, y es precisamente respecto a ellas donde se produce la contradicción, puesto que mientras la recurrida sigue limitando la obligación de devolución al último trimestre la de contraste adopta la solución contraria. Se cumple, pues, con el requisito exigido por el art. 217 de la Ley de Procedimiento Laboral para la admisión a trámite del recurso.

**CUARTO.-** Como ya hemos adelantado, la buena doctrina se halla en la sentencia invocada de contradicción, ratificada después, entre otras muchas, por las arriba mencionadas, a todo cuyo contenido, por ser ya pacífico y reiterado, hacemos desde aquí expresa remisión, sin que esta Sala comparta en absoluto la tesis de que la conducta de la Gestora entrañe en este caso ningún tipo de abuso de derecho. Ello supone que el presente recurso, de conformidad con el informe del Ministerio Fiscal, haya de ser estimado y casada y anulada la sentencia recurrida. Al resolver el debate de suplicación ha de ser tenida en cuenta la doctrina unificada y, siendo así que la sentencia de instancia estimó en su totalidad la demanda del INSS, ha de desestimarse el recurso de suplicación en su día interpuesto por la beneficiaria y declarar la firmeza de aquella resolución. Sin costas, al no darse los supuestos de que su imposición depende, ex art. 233 de la LPL.”.



**TRIBUNAL SUPREMO****Sala de lo Social (Unificación de Doctrina):** Sentencia de 22/01/2008**Ponente:** Excmo. Sr. D. Jesús Gullón Rodríguez**Síntesis**

Resolución de contrato a instancia del trabajador por retrasos continuados en el pago del salario (50.1 b) ET). Doctrina "objetiva" del incumplimiento empresarial. Se acoge como causa resolutoria el retraso continuado en el pago de tales salarios en un periodo de dos años con un promedio de retraso de 11,20 días, aunque la empresa estuviese en situación de concurso. La indemnización que corresponde abonar es la establecida en el artículo 50.2 ET.

**Fundamentos de Derecho y Doctrina:**

**PRIMERO.-** La cuestión que se plantea en el presente recurso de casación para la unificación de doctrina consiste en determinar si el retraso en el impago de salarios en que incurrió la empresa --en situación legal de concurso-- en relación con uno de sus trabajadores, supone un incumplimiento con entidad suficiente como para producir el éxito de la acción de extinción del contrato instada al amparo de lo previsto en la letra b) del número 1 del artículo 50 del estatuto de los Trabajadores.

La sentencia recurrida, dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, que confirmó la del Juzgado de Instancia, llegó a la conclusión de que los incumplimientos, los retrasos en el abono de los salarios de trabajador no tenían la gravedad o entidad suficiente para que la acción extintiva pudiese producir los efectos indemnizatorios previstos en el artículo 50.2, en relación con el 56.1 a) del Estatuto de los Trabajadores.

Para llegar a tal conclusión, la referida sentencia partió de los siguientes hechos: a) Desde diciembre de 2.004 hasta el 30 de enero de 2.007 (336 días), el trabajador -al igual que el resto de la plantilla- percibió sus salarios con retrasos variables, que oscilan entre un máximo de 26 días en el caso de la mensualidad de diciembre de 2.006 (la extraordinaria de ese mes la cobró en tiempo) y 2 días en la mensualidad de julio de 2.005 (la extraordinaria también la cobró en su momento oportuno), de suerte que el promedio de retrasos en ese tiempo fue de 11,20 días, aunque normalmente el pago del salario se llevaba a cabo en torno al día 12 del mes siguiente; b) el trabajador estuvo en situación de incapacidad temporal desde el 17 de febrero de 2.006, momento desde el que no volvió a aparecer por la empresa; c) la demandada se encuentra en situación de concurso desde el 16 de febrero de 2.005, sin que conste la tramitación de expediente judicial de extinción colectiva de los contratos de trabajo de los empleados -artículo 64.10 de la Ley Concursal-; d) en el momento del juicio oral no se le adeudaba ninguna cantidad; e) según describe la sentencia de instancia en su fundamentación jurídica, con evidente valor de hecho probado, consta que mientras estuvo el actor en situación de incapacidad temporal (desde febrero de 2.006, como antes se dijo) se produjo un acuerdo con los trabajadores para abonar con retraso los salarios, debido a la situación de concurso, pacto que se comunicó al demandante a través de su madre (fundamento de derecho tercero).

Tras el análisis de tales elementos de hecho y valorar su persistencia y especialmente su gravedad, la sentencia recurrida llega a la conclusión de que "... tales retrasos ... no tienen entidad suficiente como para hacer incurrir a la empresa en un incumplimiento grave de sus obligaciones que justifique la extinción del contrato de trabajo al amparo del artículo 50 ET ...", desestimándose el recurso de suplicación planteado por el trabajador.

**SEGUNDO.-** Frente a tal sentencia se ha interpuesto ahora por el demandante el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, en el que se denuncia la infracción del artículo 50. 1 b) del Estatuto de los Trabajadores y de la Jurisprudencia que lo ha interpretado, proponiéndose como sentencia de contradicción la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Murcia en fecha 10 de abril de 2.006, en la que se estima el recurso del trabajador que habían visto rechazada en la instancia su demanda de extinción del contrato de trabajo planteada también al amparo de lo previsto en el artículo 50.1 b) ET.

La situación de hecho de la que parte esa sentencia para llegar esa decisión estimatoria de acción resolutoria es la siguiente:

- a) Las empresas demandadas (en este caso eran dos codemandadas) venían abonando desde el año 2002 los salarios de sus trabajadores dentro de los 10 primeros días del mes siguiente al de su devengo.
- b) En el periodo elegido para poner de manifiesto los últimos retrasos, comprendido entre el mes de enero de 2.004 y septiembre de 2.005 (265 días), el promedio de tales retrasos había sido de 11,52 días, normalmente superiores a los 10 días, oscilando en ocho días (marzo de 2.004) y 24 (mayo de 2.005), sin que se adeudase nada en el momento del juicio oral.
- c) Una de las empresas demandadas se encontraba en situación de crisis económica y la otra en suspensión de pagos.

- d) El 7 de enero de 2.005 el representante de los trabajadores expuso ante la empresa la queja formal por los retrasos que desde esa fecha se habían agudizado, lo que determinó un "plante" colectivo de los trabajadores en junio de 2.005.
- e) No consta la existencia de acuerdo alguno, individual o colectivo, para abonar los salarios con retraso.
- f) Esa situación de disconformidad o protesta de los trabajadores ante los retrasos se había expresado de forma individual y verbalmente desde enero de 2.004.

A la vista de tales hechos, la sentencia de contraste parte del análisis de la doctrina jurisprudencial sobre la extinción del contrato por retrasos en el pago de salarios y afirma que concurre la gravedad del incumplimiento que exige la jurisprudencia cuando el impago de los salarios no sea un mero acontecimiento esporádico, "sino un comportamiento continuado y persistente, por lo que la gravedad del incumplimiento se manifiesta mediante una conducta continuada del deber de abonar los salarios debidos. También, por ello, cuando exista una situación de impago de salarios como comportamiento empresarial continuado y persistente concurre el requisito de la gravedad de la conducta empresarial que justifica la extinción contractual a instancia del trabajador".

En ese caso concreto, la sentencia de contraste expone como razón de decidir que "... acreditado que la historia laboral de las empresas demandadas se ha caracterizado por el pago diferido, abonando el salario desde el año 2002 hasta enero de 2004 dentro de los diez primeros días siguientes al de su devengo, habiéndose incrementado el tiempo de retraso durante la mayoría de los meses que integran el período comprendido entre los meses de Enero de 2004 hasta Septiembre de 2005, con retrasos medios de diez días e incluso más, esta Sala entiende que concurren las notas de gravedad, continuidad y persistencia de los retrasos que la jurisprudencia exige para que prospere la causa resolutoria a instancia del trabajador basada en 'la falta de pago o retrasos continuados en el abono del salario pactado', sin que el hecho de que con anterioridad a Enero de 2004 los trabajadores no hubieran presentado reclamación contra la empresa pueda servir de argumento a la parte demandada para justificar que ya venían consistiendo los trabajadores de forma tácita ese retraso, alterando de ese modo la fecha de pago, pues lo único que legitimaría al empresario a abonar con retraso los salarios sería un acuerdo expreso con los trabajadores, que no consta, en el que éstos hubieran prestado su conformidad con dicha periodicidad de abono superior a la acostumbrada en el sector".

Por último, se rechaza también en la sentencia de contraste que la situación de suspensión de pagos o la crisis económica pueda determinar la desestimación de la acción de resolución del contrato de trabajo instada por el demandante, pues esas causas económicas tiene su propia regulación y tratamiento en el Estatuto de los Trabajadores, en los casos específicamente previsto para ello, artículo 41, 47, 51 y 52 ET.

**TERCERO.-** Del análisis de los elementos de hecho que condujeron a las resoluciones comparadas a las soluciones que se han expresado, opuestas ciertamente, se desprende su total divergencia, pues en la recurrida se desestimó la pretensión extintiva y en la de contraste se acogió, y todo ello desde hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales en ambos casos, lo que supone que concurren los requisitos que exige el artículo 217 de la Ley de Procedimiento Laboral para la viabilidad del recurso.

Es cierto, como afirma el Ministerio Fiscal en su informe, que concurren algunas diferencias en ambos casos. En el de la de contraste el periodo de incumplimientos es algo más largo que en la recurrida, y en ésta parece que hubo un acuerdo informal con los trabajadores -no con el demandante que estaba en IT- para sostener el retraso, a la vista de la situación de concurso. Pero esas diferencias son irrelevantes, pues lo decisivo es que en ambos supuestos hubo un retraso continuado, extenso en el tiempo, objetivamente importante en su duración y cuantía, en una situación económica adversa de la empresa (concurso de acreedores en la recurrida y suspensión de pagos y crisis económica en la de contraste).

A la vista de la contradicción puesta de manifiesto, procede que esta Sala entre en el fondo del asunto y fije la doctrina que resulte ajustada a derecho, tal y como exige el artículo 226 de la Ley de Procedimiento Laboral.

**CUARTO.-** La evolución de la jurisprudencia de esta Sala en materia de resolución del contrato de trabajo por la causa descrita en la letra b) del número primero del artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores no ha sido siempre uniforme, como se evidencia en una primera fase de la lectura de alguna sentencia como la de 7 de abril de 1987, con cita de la doctrina anterior contenida en las sentencias de 26 de marzo, 24 de abril y 30 de noviembre de 1985, así como en las de 5 de mayo, 3 de noviembre y 4 de diciembre de 1986, en la que se afirma que en *"la aplicación del artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores deben ser valoradas las circunstancias concurrentes, por lo que ha de examinarse al igual que en el supuesto de despido del trabajador, si existe incumplimiento contractual grave y culpable"*, añadiendo que la norma del artículo 50.1.b) no es susceptible de aplicación extensiva, pues los retrasos en el abono de la remuneración del trabajador, han de merecer como presupuesto o condición esencial la conceptualización de gravedad y trascendencia continuadas, y que el retraso en el pago de los salarios han de ser motivados por culpa del empresario, pues si *"no concurre alguna de estas circunstancias, no se produce el incumplimiento grave y culpable requerido para que se pueda dar lugar a la resolución de la relación laboral por voluntad o a instancia del trabajador"*. Por su parte, la sentencia de 24 de octubre de 1988 pondera a efectos del artículo 50.1.b) del Estatuto de los Trabajadores la situación económica cuando señala que *"la conducta de la cooperativa no ha respondido a una voluntad deliberada de incumplir"*

*sus obligaciones, sino que ha venido impuesta por su adversa situación económica*", por lo que no es lícita la posición de privilegio y de insolidaridad adoptada por el actor en perjuicio de los demás socios cooperativistas y en consecuencia carece del derecho de solicitar la resolución del contrato mediante indemnización al amparo del artículo 50 del Estatuto. Y en la misma línea, las sentencias de 13 de febrero de 1.984 y 16 de junio de 1.987, en las que se valora especialmente la existencia de un acuerdo de la empresa con los trabajadores para el abono con retraso, lo que hacía que la deuda un fuese exigible y, por tanto, no se apreciaba la existencia de incumplimiento encuadrable en el repetido precepto.

Esta línea jurisprudencial fue rectificada a partir de la sentencia de 24 de marzo de 1992 (recurso 413/1991) que, ya en el marco del recurso de casación para la unificación de doctrina, inicia lo que pudiera denominarse una línea objetiva clara, afirmándose que *"la extinción del contrato por la causa del artículo 50 no se produce por el dato de que el incumplimiento empresarial sea culpable, sino que la culpabilidad no es requisito para generarlo"*, precisándose que *"si el empresario puede amparar sus dificultades económicas, a efectos de la suspensión o de la extinción del contrato de toda o de parte de su plantilla, en el seguimiento del expediente administrativo del artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores, no puede eludir el deber principal que le incumbe con base en la difícil situación económica por la que atraviesa"*. De ahí se concluye que *"es indiferente dentro del artículo 50, que el impago o retraso continuado del salario venga determinado por la mala situación económica empresarial"*. Este criterio ha sido reiterado en las sentencias posteriores de 29 de diciembre de 1.994 (recurso 1169/94), 25 de noviembre de 1.995 (recurso 756/1995) --aunque en este caso el retraso de tres meses no tenía gravedad y continuidad suficientes para la extinción--, 28 de septiembre de 1.998 (recurso 930/1998) y 25 de enero de 1999 (recurso 4275/1997), especificándose en esta última que para determinar tal *"gravedad"* del incumplimiento *"debe valorarse exclusivamente si el retraso o impago es o no grave o trascendente en relación con la obligación de pago puntual del salario «ex» artículos 4.2 f) y 29.1 del Estatuto de los Trabajadores, partiendo de un criterio objetivo (independiente de la culpabilidad de la empresa), temporal (continuado y persistente en el tiempo) y cuantitativo (montante de lo adeudado)"*. La sentencia de 5 de abril de 2001 señala incluso que ni siquiera la iniciación por la empresa de un expediente de regulación de empleo es susceptible de enervar la acción resolutoria fundada en el artículo 50.1.b) del Estatuto de los Trabajadores, argumentado que ninguna previsión existe en este sentido en nuestro ordenamiento y que confiere esta acción sin ninguna limitación.

**QUINTO.-** Siguiendo entonces esa doctrina jurisprudencial y aplicándola al caso de autos nos encontramos con una situación en la que objetivamente y con independencia de que la empresa se encuentra en concurso, existen unos retrasos en el pago de los salarios del trabajador demandante que tienen gravedad suficiente para constituir la causa de extinción del contrato de trabajo postulada al amparo de lo establecido en el artículo 50.1 b) del Estatuto de los Trabajadores, puesto que son continuados, persistentes en el tiempo y cuantitativamente importantes, desde el momento en que en 336 días alcanzaron un promedio de retraso de 11,20 días.

Como antes se dijo, en esa jurisprudencia unificada, en la que se fija la línea "objetiva" en el análisis del incumplimiento empresarial examinado, se ha negado que las dificultades económicas, la situación de concurso, constituya un factor que module esa situación de impago constatada, hasta el punto de entender, como razona la sentencia recurrida, que esa situación priva del requisito de "gravedad" a la conducta empresarial, solución ésta que, en consecuencia, se muestra como no ajustada a derecho y ha de ser revocada con la estimación del presente recurso de casación para la unificación de doctrina.

La consecuencia legal prevista en el ámbito de las indemnizaciones ante ese incumplimiento empresarial no puede ser otra que la específicamente prevista en el número 2 del artículo 50, en relación con el 56.1 a) del Estatuto de los Trabajadores, esto es, 45 días por año de antigüedad, con el límite previsto en dicho precepto.

Ciertamente que, como ha puesto de relieve la doctrina, el incumplimiento contractual aquí examinado -retraso continuado en el pago del salario- opera en un sentido similar al del artículo 1.124 del Código Civil en cuanto asegura la reciprocidad de prestaciones en el contrato de trabajo. De hecho, la Jurisprudencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo ha venido modulando, porque lo permite el precepto, el alcance del carácter esencial del incumplimiento del deudor en orden a la resolución del contrato. Pero en el ámbito laboral no existe posibilidad de atender a otras circunstancias que atemperen el alcance indemnizatorio de forma diferente a la prevista en la propia norma, como ocurre en el caso del artículo 50.1 a), en relación con los artículos 40 y 41 del Estatuto de los Trabajadores, en los que se contempla de hecho una modalidad "objetiva" de extinción a instancias del trabajador con base en determinadas conductas empresariales perfectamente regladas en tales preceptos, en los que el alcance de la indemnización se reduce -en claro paralelismo al despido objetivo- a 20 días por año de servicio.

La situación de concurso de la empresa, como ocurre en el caso aquí analizado, tal vez hubiera podido motivar que se pusiera en marcha el sistema de expediente de regulación de empleo judicial a que se refiere el artículo 64 de la Ley 22/2003, que podían haber instado los administradores del concurso, los trabajadores o el empresario deudor. Y en el supuesto del número 10 del citado precepto de la Ley Concursal, en el caso de resoluciones del contrato de trabajo planteadas por los trabajadores al amparo del artículo 50.1 b) ET, únicamente cuando se superen los umbrales numéricos allí establecidos, las demandas de resolución de contrato planteadas por trabajadores de la empresa *después de la declaración del concurso*, tendrían la consideración de

extinciones susceptibles de ser indemnizadas con 20 días por año de antigüedad (a las que la Ley impropriadamente denomina acciones individuales y a las que se atribuye la condición de *extinciones de carácter colectivo*). Pero si tales previsiones numéricas no se cumplen, las acciones de extinción del contrato de trabajo instadas al amparo del referido precepto estatutario no obtendrían la condición legal de *colectivas* y en consecuencia la indemnización sería la prevista en el propio artículo 50.2 ET.

**SEXTO.-** En conclusión, tal y como se ha anticipado, el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el trabajador debe ser estimado, debiendo la Sala casar y anular la sentencia recurrida para resolver el recurso de suplicación instado en su día por el demandante frente a la sentencia de instancia, que ha de ser revocada para estimar la demanda instada por el trabajador y acoger la pretensión de resolver su contrato de trabajo con efectos desde la fecha de esta sentencia y con derecho al percibo de una indemnización de 45 días por año de servicio, con el límite de 42 mensualidades, lo que supone, desde un salario diario de 47,05 euros y una antigüedad de 3 de octubre de 2.000, la cantidad de 17.361,45 euros. Sin costas.”

2302/07

003

## TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social (Unificación de Doctrina): Sentencia de 15/01/2009

Ponente: Excmo. Sr. D. Jordi Agustí Julià

### Síntesis

**DESPIDO DISCIPLINARIO: OFENSAS VERBALES. Falta de contradicción. SUCESIÓN de CONTRATOS TEMPORALES con la misma empresa, sin solución de continuidad, unos con la empresa usuaria, y otros contratados directamente con el trabajador. ANTIGÜEDAD COMPUTABLE A EFECTOS INDEMNIZATORIOS DEL DESPIDO IMPROCEDENTE: Es la del primer contrato. Se reitera doctrina.**

### Fundamentos de Derecho y Doctrina:

**PRIMERO.-** 1.- Por sentencia del Juzgado de lo Social núm. 28 de los de Madrid, de fecha 13 de septiembre de 2006, recaída en Autos núm. 607/2006, se declaró la improcedencia del despido del trabajador demandante; y recurrida en suplicación dicha sentencia por la empresa demandada, la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de fecha 30 de abril de 2007 (rec. 1075/2007), desestimó el recurso. Conforme al relato de hechos probados, resulta que : a) el demandante, con la categoría profesional de Encargado, vino prestando servicios para la empresa demandada EMBUTIDOS F, S.A., desde el 30-11-1999, primero a través de una Empresa de trabajo temporal, y posteriormente mediante contratos temporales directamente con la empresa demandada desde el 30-05-2000, siendo su contrato indefinido desde 1-07-2000; b) Tras haber sancionado la demandada al demandante el día 4-05-2006 con amonestación escrita por haberse negado injustificadamente a prestar servicios en la sección de cocina desde su puesto de la sección de obrador, y después de interponer aquél demanda contra dicha sanción, el día 30-05-2006 la demandada comunicó por carta el despido al demandante por reiterada y voluntaria conducta de indisciplina y desobediencia en el trabajo, con reincidencia en la comisión de faltas laborales; y, c) consta acreditado, que el día 23-05-2006 el actor tuvo un altercado durante la jornada laboral con el Encargado General, D. Ramón , elevando ambos el tono de la discusión, al parecer porque el Encargado mandó bajar la voz al actor y le pidió que no distrajera a sus compañeros. En el calor de la discusión, el actor le dijo al Sr. A que no pintaba nada, y que no tenía porque meterse en sus conversaciones, que era un Chivato de la dirección. Similar situación se produjo el día 26-05-06, entre el actor y D. Francisco O, que hacía labores de adjunto al Encargado General, y se ocupaba de las cuestiones de personal cuando el Sr. O al parecer recriminó al actor el estar profiriendo frases contra la empresa. Se produjo entre ambos una discusión, en la que el actor negaba la autoridad sobre él del Sr. O. No consta que las citadas discusiones paralizaran el trabajo de las secciones donde se produjeron”. Sobre la base de estos hechos, y con respecto a la cuestión controvertida principal, la procedencia o improcedencia del despido, la sentencia de la mencionada Sala considera, de una parte, que la sanción de amonestación por escrito impuesta al actor en comunicación de 4 de mayo de 2006, en nada puede incidir en la valoración de los hechos que determinar la decisión de despedir el día 30 del mismo mes, por cuanto que la misma fue impugnada por aquél en sede judicial, y no era firme; y de otra parte, considera que los hechos demostrados carecen de encaje en el supuesto del incumplimiento contractual grave del artículo 54,.2c) del Estatuto de los Trabajadores, esto es, las ofensas verbales al empresario o a las personas que trabajen en la empresa, y que de lo demostrado únicamente se colige la existencia de disputas verbales los días 23 y 26 de mayo de 2006, en la forma señalada, sin que tales discusiones llegasen en ningún momento a alterar el ritmo de la actividad productiva de la empresa, ni tampoco hubo insultos graves ni amenazas, y aunque la Sala consideró que la palabra “chivato” puede tildarse de ofensiva, ello no impide –dice- “que su valoración deba hacerse en el contexto en que se profirió, y si bien se trata de una expresión ciertamente desafortunada, en realidad, vistas las circunstancias en que se produjo, carece de la potencialidad lesiva, por insultante, que quien hoy recurre le atribuye hasta el punto de hacerla merecedora de la máxima sanción de despido”, aplicando, al respecto la doctrina gradualista que rige en materia de sanción disciplinaria.

Habiendo formulado la empresa demandada un motivo de suplicación, de modo subsidiario, en relación con el importe de la indemnización por el despido improcedente, para que la antigüedad del trabajador se cifrase en 30 de mayo de 2000, y no en 30 de noviembre de 1999, como hizo el Magistrado de instancia, la Sala también lo desestimó, al no constar la interrupción en la prestación de servicios en la que la recurrente basó su pretensión.

2.- La indicada sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, ha sido objeto de recurso de casación para la unidad de la doctrina por la empresa demandada, mediante el que plantea dos motivos de contradicción. Para el primero, sobre la causa y calificación del despido, invoca como sentencia de contraste la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, con sede en Santa Cruz Tenerife, de fecha 11 de septiembre de 2000, en el recurso de suplicación núm. 489/2000; y para el segundo, formulado con carácter subsidiario, relativo al computo de antigüedad del trabajador a efectos del cálculo de la indemnización por despido, invoca la recurrente como sentencia para la confrontación doctrinal la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de fecha 6 de febrero de 2006, en el recurso de suplicación núm. 7832/2005. En la primera de dichas sentencias, se confirmó la sentencia de instancia, que había convalidado la procedencia del despido de un trabajador, acordado por la empresa en la que prestaba servicios, sobre la base de los siguientes hechos: a) el demandante, con la categoría profesional de Conductor, fue despedido por motivos disciplinarios, por haber proferido ofensas verbales dirigidas al empresario y demás trabajadores, así como por haber incurrido en indisciplina y desobediencia de forma reiterada a las instrucciones impartidas por sus superiores; y, b) está acreditado, que el día 14-12-1999 al regresar el demandante al centro de trabajo, se dirigió al responsable del tráfico y al director de la empresa, en presencia de otros trabajadores y personas ajenas a la empresa, gritando : “Estoy harto de esta empresa y de todos los comemierdas de esta oficina y del resto de la empresa”, y siendo requerido por el director para que cesara en su actitud y retirase sus anteriores palabras, el demandante se negó contestando que la empresa “es un circo”. A partir de dicho día, el demandante se niega a cumplir las instrucciones del Jefe de control de tráfico, dejando de entregar los partes de mercancías que reflejan las incidencias de la jornada y que todos los conductores deben entregar al finalizar la misma y ello a pesar de que fue requerido para ello con apercibimiento de sanción. Y en la segunda de las citadas sentencias, consta que iniciada la prestación de servicios mediante la suscripción de un contrato de trabajo con una empresa de trabajo temporal, a la que siguió un contrato suscrito directamente con la empresa usuaria, sólo se computó, a efectos del cálculo de la indemnización por despido improcedente, el período de tiempo correspondiente al segundo contrato.

**SEGUNDO.-** 1.- El artículo 217 de la Ley de Procedimiento Laboral exige para la viabilidad del recurso de casación para la unificación de doctrina que exista contradicción entre la resolución judicial que se impugna y otra decisión judicial, que ha de proceder de Sala de lo Social de un Tribunal Superior de Justicia o de la Sala IV del Tribunal Supremo. Y sobre este extremo se ha indicado reiteradamente que el juicio de contradicción requiere que las resoluciones a comparar han de contener pronunciamientos distintos sobre el mismo objeto, esto es, controversias esencialmente iguales en hechos, fundamentos y pretensiones; de ahí que aquella contradicción no surja 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 aunque no se exige una identidad absoluta, sí es preciso, como señala el ya mencionado artículo 217 de la Ley de Procedimiento Laboral, 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» (Sentencias de esta Sala de 09/02/04 –rec. 2515/03–; 10/02/05 –rec. 949/04; –15/11/05, rec. 4922/04; 15/11/05, rec. 5015/04; 24/11/05, rec. 3518/04; 29/11/05, rec. 6516/03; 16/12/05, rec. 3380/04; 3/2/06, rec. 4678/04; 6/2/06, rec. 4312/04; 7/2/06, rec. 1346/05; y 28/2/06, rec. 5343/04.

2.- Como ya tuvo ocasión de recordar la sentencia de esta Sala de 26 de abril de 2007 (rec. 801/2006), con cita de la de 8 de junio de 2006 (rec. 5165/2004), “esa exigencia legal de igualdad sustancial en los hechos restringe acusadamente la viabilidad del recurso de unificación de doctrina en aquellos tipos de controversias como los despidos [SSTS 18/05/92 –rec. 1492/91–; 15/01/97 –rec. 3827/95–; 29/01/97 –rec. 3461/95–], en que la decisión judicial se sustenta sobre una valoración individualizada de circunstancias de hecho, dada la dificultad que supone encontrar términos homogéneos de comparación; y esa dificultad persiste, como es lógico, en la extinción de los contratos por causas objetivas [STS 06/04/00 –rec. 1270/99–; AATS 08/09/03 –rec. 3374/02– y 12/06/03 –rec. 3248/02–] (SSTS 07/10/04 –rec. 4523/03–; y 28/10/04 –rec. 5529/03–). Más concretamente, en relación con los despidos disciplinarios, la Sala ha declarado que la calificación de conductas a los efectos de su inclusión en el art. 54 ET no es materia propia de la unificación de doctrina, ante la dificultad de que se produzcan situaciones sustancialmente iguales, ya que en estos casos la decisión judicial se funda en una valoración individualizada de circunstancias variables, que normalmente no permite la generalización de las decisiones fuera de su ámbito específico, pues «para llegar a la conclusión de que un incumplimiento contractual es “grave y culpable” se deben, como regla, valorar todas las circunstancias concurrentes no sólo en lo afectante al hecho cometido, sino también en lo relativo a la conducta y persona del trabajador y al entorno empresarial en que acontece» (así, STS 13/11/00 rec. 4391/99)”.

3.- En esta misma sentencia de 26 de abril de 2007, se reitera asimismo el razonamiento de la de 8 de junio de 2006, cuando señala que : “Profundizando en esta línea, la Sala ha destacado la inexistencia de interés casacional en unificación de doctrina respecto de la calificación de conductas en materia de despido disciplinario, pues ello –reproducimos literalmente la STS 24/05/05

–rec. 1728/04– «no es materia propia de la unificación de doctrina, ante la dificultad de que se produzcan situaciones sustancialmente iguales, ya que en estos casos la decisión judicial se funda en una valoración individualizada de circunstancias variables, que normalmente no permite la generalización de las decisiones fuera de su ámbito específico (sentencias de 30 de enero [–rec. 1232/90–] y 18 de mayo de 1992 [–rec. 2271/91–], 15 [–rec. 952/96–] y 29 de enero de 1997 [–rec. 3461/95–], 6 de abril [–rec. 1270/99–], 2 de junio [–rec. 311/99–] y 13 de noviembre de 2000 [–rec. 4391/99–]. Este criterio [...], se reitera en resoluciones más recientes, entre las que pueden citarse las sentencias de 26 de abril de 2001 (rec. 1302/2000), 12 de febrero de 2002 (rec. 359/2001), 25 de marzo de 2002 (rec. 1292/2001), 6 de marzo de 2002 (rec. 717/2000) y 26 de febrero de 2002 [–rec. 4327/00–] y se ha aplicado incluso en casos límite, en los que, aunque en una primera consideración pudieran parecer iguales, un examen más detenido muestra que se producen también elementos circunstanciales de diferenciación. Así se advierte en los supuestos decididos en las sentencias de 2 de junio de 2000 (rec. 311/1999), sobre el vigilante dormido, en la sentencia de 13 de noviembre de 2000 (rec. 4391/1999) y en el auto de 10 de noviembre de 2000 (rec. 5072/1998), sobre el alcance disciplinario de sustracciones de escaso valor. En realidad, lo que ponen de relieve estas resoluciones no es sólo la dificultad de construir en materia disciplinaria la identidad fáctica que exige el artículo 217 de la Ley de Procedimiento Laboral para que se produzca la oposición de pronunciamientos, que abre la vía para la unificación de doctrina. Tales resoluciones evidencian también algo que afecta, de manera más profunda, a la propia función de este recurso como instrumento de unificación jurisprudencial. Ese instrumento no puede operar a partir de lo que la doctrina denomina juicios empíricos de valoración de la conducta humana, porque en estos juicios los elementos circunstanciales de ponderación adquieren la máxima significación en el orden decisorio y, por ello, se resisten a una tarea de unificación doctrinal, que sería, por definición, una labor destinada al fracaso, al intentar convertir en general y uniforme lo que, por su propia naturaleza, es particular y variable, pues en tales decisiones opera siempre un elemento de discrecionalidad que no es susceptible de unificación. Por ello, el auto de 5 de noviembre de 1998 (rec. 4546/1997) ya precisó que la calificación de las conductas en materia disciplinaria «no es materia propia de la unificación de doctrina» porque la decisión parte «necesariamente de una valoración individualizada que no permite establecer criterios generales de interpretación». Desde esta perspectiva puede afirmarse que este tipo de litigios carece de interés casacional y su acceso al recurso no sólo resulta inadecuado en orden a la función unificadora, sino que comprometería gravemente el funcionamiento del recurso con repercusiones muy negativas en la garantía del principio de celeridad, que es esencial en la configuración institucional del proceso social. En estos principios se ha fundado y se funda la doctrina de la Sala, con resultados que han acreditado su eficacia a lo largo del tiempo”.

**TERCERO.-** 1.- Este criterio jurisprudencial nos lleva a concluir la inadmisibilidad del primero de los motivos en las presentes actuaciones, porque además de las consideraciones acerca de la falta de interés casacional de la materia, no son de apreciar las identidades que impone el repetido artículo 217 de la Ley procesal laboral. En efecto, tal como se evidencia de lo expuesto en el primero de nuestros fundamentos, si bien concurren circunstancias similares entre los supuestos objeto de debate en la sentencia recurrida y la de contraste, por la imputación en ambas de ofensas verbales, median diferencias notables que obstan el juicio de igualdad, y muy especialmente, que en la decisión recurrida, más que ofensas verbales, lo que aconteció fue que el demandante se enzarzó en dos disputas de carácter verbal que en momento alguno llegaron a alterar el ritmo de la actividad productiva de la empresa.

2.- En la sentencia invocada para el contraste coexisten dos tipos de conductas sancionables : de una parte, se sancionan ofensas verbales, dirigidas por el demandante a sus superiores, profiriendo comentarios de tipo ordinario y soez, con el agravante de que tal proceder lo fue en presencia no sólo de los compañeros de trabajo, sino también de personas ajenas a la empresa; y de otra parte, en aquél caso el demandante incurrió en desobediencia reiterada negándose a aportar los partes diarios de entrega de mercancías, constando incluso que la orden le fue cursada con advertencia de sanción.

3.- Estas distintas circunstancias, que concurren en uno y otro caso, conducen a pronunciamientos distintos, nada extraño, si se tiene en cuenta que constituye doctrina jurisprudencial inveterada –Sentencias de esta Sala de lo Social de 28 de enero de 1984, 18 y 21 de junio de 1985, 12 y 17 de julio, 13 y 23 de octubre y 11 de noviembre de 1986, 21 de enero y 13 de noviembre de 1987, 7 de junio, 11 de julio y 5 de diciembre de 1988, 15 de octubre de 1990, y 2 y 23 de enero, 20 de febrero y 3 y 19 de abril de 1991– la de que en las cuestiones situadas en el área disciplinaria o sancionadora de esta rama del ordenamiento jurídico, han de ponderarse todos sus aspectos, objetivos y subjetivos, pues los más elementales principios de justicia exigen una perfecta proporcionalidad y adecuación entre el hecho, la persona y la sanción, y en este orden de cosas, no puede operarse objetiva y automáticamente, sino que tales elementos han de enlazarse para buscar en su conjunción la auténtica realidad jurídica que de ella nace, a través de un análisis específico e individualizado de cada caso concreto, con valor predominante del factor humano, pues en definitiva se juzga sobre la conducta observada por el trabajador en el cumplimiento de sus obligaciones contractuales, o con ocasión de ellas. De ahí, y en virtud de todo ello, que no pueda mantenerse la identidad sustancial de los supuestos comparados.

**CUARTO.-** 1.- Por el contrario, si concurre la señalada identidad sustancial, y por ende la contradicción entre sentencias a la que se refiere al artículo 217 de la Ley de Procedimiento Laboral y la jurisprudencia trascrita, en el segundo de los motivos de contradicción expuestos por la recurrente. En efecto, como se pone de manifiesto en el preceptivo dictamen del Ministerio Fiscal,

tanto en el caso resuelto por la sentencia recurrida como en la referencial dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en fecha 6 de febrero de 2006, la cuestión que se debate se centra en determinar si, la indemnización por año de servicio que contempla el artículo 56.1 del Estatuto de los Trabajadores, en el supuesto de despido improcedente, comprende exclusivamente el de los servicios prestados en la empresa, en virtud de la contratación directa con ella, o debe de computarse el tiempo de la anterior prestación de servicios a la misma empresa, como consecuencia de contratos de puesta a disposición, formalizados con una empresa de trabajo temporal, no apreciándose fraude en la contratación, no existiendo, en ambos casos, a tenor de sus relatos fácticos –mantenido incólume el de la recurrida pese al intento de modificación- solución de continuidad entre uno y otro contrato. Y, mientras en la sentencia recurrida se computa, a efectos del cálculo de la indemnización, la prestación de servicios desde el primer contrato, en la invocada para el contraste únicamente se computa para dicho cálculo la citada prestación de servicios a partir del segundo contrato, es decir, el suscrito directamente con la empresa.

2.- Pues bien, esta cuestión ha sido ya resuelta por esta Sala en sus recientes sentencias de 17 de enero de 2008 (rec. 1176/2007) y 3 de noviembre de 2008 (rec. 3883/2007), en el sentido que lo ha hecho la sentencia recurrida, que en su consecuencia contiene la doctrina correcta. Así, al respecto, en la primera de dichas sentencias, reproduciendo los razonamientos de las sentencias de 17 de octubre de 2006 (rec. 2426/2005) y 15 de noviembre de 2007 (rec. 3344/2006), se dice que :

"La solución acertada es la que adopta la resolución de contraste, por resultar en todo conforme con la doctrina de ésta Sala y con el espíritu de las normas que disciplinan la contratación temporal. En la actualidad, sin bien el artículo 15.1, párrafo inicial, del Estatuto de los Trabajadores permite concertar contratos de trabajo por tiempo indefinido o por duración determinada, la temporalidad en la relación laboral está reducida exclusivamente a los supuestos autorizados por el artículo 15 citado, desarrollado por el R.D. 2720/1998, de 18 de diciembre, normativa que sigue la línea marcada por el Derecho de la Unión Europea (Directiva 199/1970, de 28 de junio y el Acuerdo Marco celebrado entre los sindicatos y las asociaciones empresariales europeas), para evitar abusos en la contratación temporal, tasar las causas de temporalidad y limitar, en lo posible, la duración de los contratos temporales, permitiendo la atención a situaciones que no precisen de una contratación indefinida, mediante contrataciones limitadas en el tiempo.

El contrato eventual está caracterizado por la temporalidad de la causa que lo origina, fijando la ley una duración máxima (seis meses, dentro de un periodo de doce meses, contados a partir del momento en que se produzca la causa) evitando con ello que por este procedimiento se lleguen a cubrir necesidades permanentes de las empresas acudiendo a contrataciones de tiempo limitado; la causa radica en las circunstancias del mercado, acumulación de tareas o exceso de pedidos, es decir, se trata de un contrato caracterizado por la temporalidad de la causa que lo legitima; si la causa no es temporal, la relación se convierte en indefinida; cabe la prórroga, siempre que sumada a la duración inicial ya transcurrida, no se supere el plazo máximo de duración permitido.

Precisamente cuando el problema se manifiesta en el ámbito de actuación de las empresas de trabajo temporal, esta Sala ha declarado en la sentencia de 4 de febrero de 1999 (R- 2022/1998), que el artículo 15.1, b) del Estatuto de los Trabajadores debe interpretarse en el sentido de que el contrato temporal requiere necesariamente un término y que éste rige la vigencia del contrato, al margen de las circunstancias que justifican el recurso a la contratación temporal, lo que obliga a las partes, y en especial a la empresa, que es la que cuenta con la información necesaria para ello, a establecer siempre un término o someterse al máximo, sin perjuicio del recurso a las prórrogas cuando la duración fijada no supera la máxima y subsista la necesidad de trabajo temporal; también se dijo en aquella sentencia que, en lo referente a los contratos de puesta a disposición, el precepto básico es el artículo 10 de la Ley 14/1994, a tenor del cual el contrato de trabajo entre la empresa de trabajo temporal y el trabajador que ha de prestar servicios en la empresa usuaria puede establecerse por duración determinada coincidiendo con la duración del contrato de puesta a disposición, pero sin olvidar que el artículo 6.2 de la propia Ley dispone que la cesión del trabajador para prestar servicios en la empresa usuaria, tiene que fundarse en alguna de las causas generales de la contratación temporal y entre ellas la de atender las circunstancias del mercado, la acumulación de tareas o el exceso de pedidos, lo que significa que el contrato de puesta a disposición no puede ser una vía para alterar el régimen general de la contratación temporal, sino únicamente un instrumento para trasladar la temporalidad del ámbito de contratación de la empresa usuaria a la empresa de trabajo temporal."

Esa doctrina subsiste, incluso, cuando en los sucesivos contratos temporales ha intervenido una empresa de trabajo temporal, a través de contratos de puesta a disposición, que solamente serán válidos, conforme a las previsiones del artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores y 16 de la Ley 14/1994, cuando estos contratos de duración determinada responden a alguna de las causas de temporalidad enumeradas en el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores, sin que sea posible la interpretación extensiva de estas normas, como pone de relieve la sentencia de esta Sala de 4 de julio de 2006 (recurso 1077/2005), porque suponen la excepción a la regla general de la duración indefinida del contrato de trabajo." "

**TRIBUNAL SUPREMO**

Sala de lo Social (Unificación de Doctrina): Sentencia de 16/01/2009

Ponente: Excmo. Sr. D. Aurelio Desdentado Bonete

**Síntesis**

"Despido dentro del despido". Efectos de un segundo despido que queda firme por caducidad de la acción sobre la ejecución de la sentencia que declaró nulo un primer despido. Es posible el segundo despido con efectos preventivos mientras se está tramitando el primero.

**Fundamentos de Derecho y Doctrina:**

**PRIMERO.-** La cuestión que se suscita en el presente recurso consiste en determinar los efectos de un segundo despido que adquirió firmeza sobre la ejecución de la sentencia dictada en otro proceso sobre un primer despido que fue declarado nulo. El trabajador fue despedido el 10 de junio de 2006, y este cese se consideró nulo en la instancia por resolución de 23 de octubre de 2006, luego confirmada en suplicación por sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 28 de febrero de 2007. El mismo día de la notificación de la sentencia dictada en la instancia en el proceso sobre el primer despido la empresa volvió a despedir al trabajador el 25 de octubre de 2006 por causas distintas, que se habían puesto de manifiesto en el acto de juicio del primer despido. En este segundo despido se apreció la caducidad de la acción por sentencia de instancia de 28 de mayo de 2007, confirmada en suplicación por sentencia de 5 de octubre de 2007. Por ello, la empresa solicitó que se pusiera fin a la ejecución de la sentencia dictada en el primer despido, lo que se denegó por auto que, recurrido en suplicación, fue revocado por la sentencia que ahora se impugna, en la que se reconoce la extinción del vínculo laboral como consecuencia del segundo despido y se establece que sólo procede en ejecución liquidar los salarios de tramitación hasta el 25 de octubre de 2006.

Contra este pronunciamiento se recurre en casación, aportando como sentencia contradictoria la de la Sala de lo Social del País Vasco que se pronuncia sobre otro caso de despidos sucesivos. El primer despido se declaró nulo y, readmitido de forma irregular el trabajador, fue objeto de un segundo despido a los cinco días por causa distinta. En el incidente de readmisión del primer despido, se declara la readmisión irregular y se requiere a la empresa para que proceda a la readmisión, argumentando que no cabe dar eficacia al segundo despido porque no se puede realizar un nuevo despido cuando el vínculo está roto como consecuencia del primer cese.

**SEGUNDO.-** La parte recurrida alega la falta de contradicción, señalando que en el supuesto de la sentencia recurrida el segundo despido se produce cuando la relación laboral se había reanudado *ex lege*, mientras que en el caso decidido por la sentencia de contraste lo que se produjo antes del segundo despido fue una readmisión irregular. Pero se trata de diferencias no en los hechos, sino, en su caso, en la calificación jurídica y además no son relevantes. En el caso de la sentencia recurrida no ha habido readmisión, sino que el segundo despido se produce el mismo día de la notificación de la declaración de nulidad del primer despido, sin que conste readmisión alguna. Lo que hay es simplemente una apreciación jurídica cuando en el fundamento jurídico segundo, con cita de otra sentencia, se dice que "la relación laboral se había reanudado con la sentencia que declara la nulidad del primer acto extintivo", pero esto no es lo mismo que establecer el hecho de que hubo readmisión. Por otra parte, esta diferencia no elimina la contradicción, sino que la refuerza, pues la sentencia recurrida reconoce efectos al segundo despido, aunque no hubo físicamente readmisión, mientras que la segunda niega esos efectos, aunque hubo readmisión, si bien ésta fue irregular. Tampoco es decisivo que haya alguna diferencia de enfoque jurídico en las sentencias comparadas, pues mientras que la recurrida se centra en la consideración de los efectos de un segundo despido firme sobre la ejecución de la nulidad del primer despido, la de contraste razona a partir de la imposibilidad de despedir cuando no se ha restablecido de manera completa el vínculo laboral roto por el primer despido. La diferencia es irrelevante porque este razonamiento conduce también a una conclusión sobre la ejecución del primer despido, que resulta contraria a la que mantiene la resolución recurrida.

**TERCERO.-** Es acertada la observación del Ministerio Fiscal sobre la deficiente fundamentación de la infracción legal alegada en el escrito de interposición del recurso. Este se limita a denunciar la infracción del artículo 55.6 del Estatuto de los Trabajadores y de los artículos 276 a 284 de la Ley de Procedimiento Laboral. Pero esta denuncia acumulativa no se acompaña de razonamiento alguno que ponga de relieve por qué se han vulnerados estos preceptos. El recurrente se limita a remitir a la interpretación dada por la sentencia de esta Sala de 15 de marzo de 2004 sobre las consecuencias de la no readmisión del trabajador y de la readmisión irregular, añadiendo luego que la infracción legal denunciada ha sido causa de la contradicción y que la correcta doctrina llevaría a un pronunciamiento idéntico al de la sentencia de contraste por cuanto "el trabajador no ha sido readmitido desde que fue despedido por primera vez, lo que en aplicación de los artículos citados daría lugar a no dar por cumplida la

sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 que declaró la nulidad del primer despido, sin que mediase nunca la readmisión del trabajador".

Hay en el último inciso citado un principio de fundamentación, pero es claro que no se establece ninguna relación entre el argumento que se expone y el contenido de los preceptos cuya infracción se ha denunciado. La fundamentación de las infracciones legales exige razonar éstas, estudiando el contenido de los preceptos denunciados, y no es válido limitarse a realizar una denuncia genérica y exponer una determinada opinión sobre la solución correcta del caso. El artículo 55.6 del Estatuto de los Trabajadores establece que la nulidad del despido determinará la readmisión del trabajador y el abono de los salarios de tramitación, pero no determina cuáles son los efectos sobre la obligación de readmitir de un nuevo despido, y la cita de los artículos 276 a 284 de la Ley de Procedimiento Laboral no es más que una remisión en bloque a toda la regulación de la ejecución de las sentencias firmes de despido, sin duda, para que la Sala elabore la impugnación que la parte ha renunciado a realizar. La cita en bloque es además errónea, pues cuando se produce el segundo despido -el 25 de octubre de 2006- la sentencia de instancia dictada en el primero no era firme, al estar recurrida en suplicación, resolviéndose el recurso por sentencia de 28 de febrero de 2007. Eran, por tanto, aplicables en ese momento las normas sobre ejecución provisional -en especial, el artículo 295 de la Ley de Procedimiento Laboral- y no las relativas a la ejecución definitiva que de modo tan genérico se invocan. Además, nuestra sentencia de 15 de marzo de 2004 no trata de los efectos del segundo despido sobre la readmisión, sino sobre las consecuencias del incumplimiento del plazo para readmitir establecido en el artículo 276 de la Ley de Procedimiento Laboral.

Esto es suficiente, de acuerdo con una reiterada doctrina (sentencia de 18 de diciembre de 2008 y las que en ella se citan), para desestimar el recurso por no haberse cumplido la exigencia de fundamentar la infracción legal que establecen los artículos 222 de la Ley de Procedimiento Laboral y 481.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

**CUARTO.-** No obstante, hay que señalar que el recurso también tiene que ser desestimado por falta de contenido casacional, pues el criterio que sostiene la sentencia de contraste sobre la imposibilidad de realizar un nuevo despido "hasta que no haya sido restablecido de manera completa el vínculo laboral, roto con el primer despido" es contrario a la doctrina de esta Sala. En efecto, la Sala ya desde la casación ordinaria (sentencias de 6 de octubre de 1984 y 8 de abril de 1986) ha admitido la posibilidad de un segundo despido durante la tramitación de la impugnación de otro anterior y ello a partir de la consideración de falta de firmeza de éste, y, aunque las sentencias de 8 de abril de 1988, 7 de diciembre de 1990, 20 de junio de 2000, 15 de noviembre de 2002, han insistido en el efecto extintivo del acto empresarial de despido al margen de su impugnación, la Sala ha seguido manteniendo la posibilidad de un despido *ad cautelam* durante la tramitación del primer despido. Así la sentencia de 4 de febrero de 1991 señala que en estos casos el segundo despido no constituye por sí mismo un reconocimiento o aceptación de la vigencia de la relación que extinguió el primer despido; se configura, por el contrario, como una medida preventiva para el supuesto de que la primera decisión extintiva no gane firmeza, como "mera prevención de la incertidumbre derivada de la impugnación del primer despido y de las consecuencias del transcurso del tiempo sobre la vigencia disciplinaria de los hechos que motivan el segundo". De ahí, continúa diciendo esta sentencia, que "si con posterioridad la primera decisión extintiva gana firmeza", el segundo despido pierde incluso esa eficacia puramente cautelar y no puede declararse de nuevo extinguido lo que ya lo está de manera firme, ni tampoco ejecutar una decisión que ordena el restablecimiento de la relación extinguida o indemnizar una terminación que ya ha tenido lugar. Pero de no ser así, el segundo despido puede desplegar una eficacia propia, sin perjuicio de lo que resulte de su impugnación.

En una sentencia más reciente de 18 de diciembre de 2007, en un supuesto muy próximo al que aquí se examina, se llegó a la misma conclusión. Algunas consideraciones que en esta sentencia se realizan sobre la limitación de los efectos de la decisión extintiva empresarial deben matizarse a la vista de la doctrina a que se ha hecho referencia y de la que se contiene en este punto en la sentencia del Pleno de esta Sala de 31 de enero de 2007 y en la de 12 de febrero de 2007, en las que se establece que "el despido del trabajador se configura como causa de extinción del contrato de trabajo por el artículo 49.1.k) del Estatuto de los Trabajadores de modo que produce efectos directos e inmediatos sobre la relación de trabajo, sin perjuicio del posterior enjuiciamiento de su regularidad en caso de impugnación ante la jurisdicción". Pero lo cierto es que la citada sentencia de 18 de diciembre de 2007 admite también el segundo despido durante la impugnación del primero como forma de prevenir la eventual revocación o anulación judicial del primer despido."

**TRIBUNAL SUPREMO**

Sala de lo Social (Unificación de Doctrina): Sentencia de 16/01/2009

Ponente: Excmo. Sr. D. Gonzalo Moliner Tamborero

**Síntesis**

**DESPIDO OBJETIVO.- CARTAS DE DESPIDO DE CONTENIDO DIFERENTE.** Es difícil establecer la contradicción en cuanto al cumplimiento del contenido mínimo de la carta de despido, porque, la determinación de este contenido afecta normalmente a cuestiones de carácter particular e individualizado, en las que es muy cuestionable la posibilidad de establecer generalizaciones o pautas válidas para diferentes supuestos, ya que la adopción de cada solución concreta depende fundamentalmente de las circunstancias, datos y elementos que en ese caso concreto concurren. Falta de contradicción. Se formula Voto particular.

**Fundamentos de Derecho y Doctrina:**

“**PRIMERO.- 1.-** La cuestión objeto de debate en el presente recurso de casación unificadora consiste en determinar el contenido mínimo de la comunicación escrita empresarial en la que se procede a un despido con invocación de causas objetivas, en concreto organizativas y económicas, con alegado fundamento en el art. 52.c) del Estatuto de los Trabajadores (ET), para, en su caso, poder entender cumplidas las exigencias de forma que a la referida comunicación escrita impone el art. 53.1.a) ET en cuanto a la necesidad de expresión de “*la causa*”.

**2.-** La sentencia recurrida, -- dictada en suplicación en fecha 20-julio-2007 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias (rollo 1467/2007) --, recaída en proceso de despido objetivo, por alegadas causas organizativas y económicas, desestimando el recurso interpuesto por los trabajadores despedidos, confirma la sentencia de instancia en la que se declara la procedencia del despido, rechazando, en lo que ahora nos afecta, la pretensión de nulidad del despido con alegado fundamento en el incumplimiento de la requisitos formales de las comunicaciones escritas empresariales, argumentando la Sala que dichas cartas exponían, “*sin la menor ambigüedad, las causas y hechos que fundan su decisión de amortizar los puestos de trabajo, proporcionando a los ahora recurrentes elementos suficientes para poder impugnar tal decisión, cuestionar la realidad o justificación de las causas invocadas y defender sus intereses*”. El contenido de las comunicaciones escritas cuestionadas, en lo esencial, indicaba, --como se transcribe en lo hecho probado 4º de la sentencia de instancia, inalterado en suplicación --, que los despidos ex art. 52.c ET se fundamentaban “*en la existencia de causas organizativas y económicas*”, que “*la empresa se encuentra en una situación de crisis, con pérdidas en los últimos ejercicios 2004 y 2005, derivadas de la falta de productividad del departamento de cosmética, que ha reducido debido a circunstancias del mercado su margen comercial dada la competencia internacional que existe en el sector*”, que “*por ello y después de un análisis de la plantilla y las necesidades de la empresa se ha llegado a la conclusión de que es preciso reducir la rama de producción de productos cosméticos, lo que se traduce en una reducción de puestos productivos y de almacén*”, que la empresa se ve “*en la ineludible obligación de amortizar su puesto de trabajo, con la finalidad de disminuir los gastos y adecuar la plantilla a las necesidades de la empresa*”. En otros de los hechos declarados probados de la sentencia de instancia, no modificados en suplicación, se detallan como datos fácticos acreditados, las distintas ramas de actividad diferenciada existentes en la empresa, la adscripción en el último año de los diversos trabajadores a las distintas secciones, el tanto por ciento de ventas por secciones en los años 2003, 2004 y 2005, el que, con remisión a un informe pericial practicado en el acto del juicio y que se da por reproducido, existen datos para determinar que el ciclo de explotación de la empresa era deficitario al no cubrir con el volumen de ventas los gastos de explotación y que existía la necesidad de reestructurar la empresa con amortización de cuatro puestos de trabajo (hecho probado 4º).

**3.-** Contra el anterior pronunciamiento recurren en casación unificadora los trabajadores demandantes. La sentencia invocada por los recurrentes como de contraste, -- dictada en fecha 28-julio-1995 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia (rollo 491/1995) --, recaída, igualmente, en proceso de despido objetivo, por alegadas causas organizativas y económicas, estimó, por el contrario, el recurso interpuesto por los trabajadores despedidos, revocando la sentencia de instancia en la que se declaraba la procedencia del despido, acogiendo la pretensión de nulidad del despido por incumplimiento de la requisitos formales de las comunicaciones escritas empresariales, argumentando la Sala de lo Social que “*no es posible entender que, con esas cartas, la empresa haya cumplido con lo dispuesto en el art. 53.1.a) del ET, que exige para la adopción del acuerdo de extinción que la comunicación escrita dirigida al trabajador «expresé la causa*”. Las cartas indicaban que “*La situación de crisis en nuestro sector de automoción que ha determinado, en esta sociedad un importante descenso de la facturación e importantes pérdidas por el ejercicio 1993 exige, entre otras medidas de ajuste, reducir nuestra plantilla para superar esta situación y garantizar la viabilidad de la empresa, atendiendo asimismo las exigencias de las Marcas representadas, extremos estos que podemos aclararle o ampliarle ... En consecuencia le participo que con fecha ... quedará extinguido el contrato de trabajo que le unía con*

la empresa de acuerdo con el art. 52.c) del ET, por razones económicas, organizativas y de producción". En otros hechos declarados probados de la sentencia, también ajenos o complementarios a los hechos relatados en la carta de despido, se detallaba "Que la empresa demandada ... concesionaria de las marcas ... facturó en el año 1991, 4.936 millones, en el año 1992, 4.863 millones y en el año 1993, 4.201 millones, habiendo cerrado la misma empresa el taller de la C/ San F... pasado los dos únicos mecánicos de este centro al taller principal (uno de ellos J. ... demandante en el presente procedimiento)" (hecho probado 4º). La sentencia referencial argumentaba, como fundamento de su decisión, que "es evidente que las cartas de despido entregadas por la empresa no cumplen con esa exigencia jurisprudencial. De un lado, porque aunque la decisión extintiva se apoya, según se dice expresamente -además de en causas económicas- en razones organizativas y de producción, no se indica ningún hecho que las justifique más que una genérica -y en modo alguno inequívoca y precisa- alusión a las «exigencias de las marcas representadas». Y de otro, porque el derecho de defensa de los trabajadores, respecto de la causa económica invocada, exigía una mayor concreción fáctica, al menos de: 1.º) Cuál ha sido la cuantía de las pérdidas que se alegan; 2.º) Si con ellas, la empresa ha entrado o no en una situación económica negativa, pues no debe olvidarse que no son las pérdidas coyunturales las que autorizan el despido objetivo, sino la situación global de la empresa, que puede ser positiva pese a las pérdidas de un año si en los anteriores se produjeron beneficios. 3.º) Cuál es la situación empresarial en la fecha de los despidos, pues no es posible justificar unas extinciones acordadas a finales de 1994, exclusivamente por pérdidas en 1993, cuando nada se dice de la evolución en este último año, dato determinante, también, para poder saber si las pérdidas del ejercicio anterior fueron o no coyunturales, y si sigue existiendo o no situación negativa en la empresa en el momento de los ceses; ... Y 4.º) Expresión de qué departamento de la empresa ... son los que ocasionan las pérdidas, sin lo cual los trabajadores no pueden saber si es o no correcta la amortización de sus concretos puestos de trabajo".

**SEGUNDO.- 1.-** El Ministerio Fiscal y la parte recurrida oponen la inexistencia de contradicción entre las sentencias que se comparan. En efecto, como se deduce de la relación efectuada del contenido de la carta de despido objetivo y de los esenciales hechos declarados probados de ambas sentencias y como destaca el Ministerio Fiscal, resulta patente que los hechos objeto de ambas sentencias no son coincidentes y no permiten establecer en los términos que exige el artículo 217 de la Ley de Procedimiento Laboral un término de comparación adecuado para entrar en el juicio de contradicción propio de este recurso de casación para la unificación de doctrina; debiendo destacarse que los términos que contienen ambas cartas de despido son distintos y abordan de manera diferente la exposición de las causas económicas y organizativas que motivan la amortización de los puestos de trabajo.

**2.-** Como recuerda, entre otras, nuestra sentencia de fecha 9-diciembre-1998 (recurso 590/1997), con carácter previo a determinar si concurre en el presente caso el requisito o presupuesto de contradicción exigido en el art. 217 LPL para viabilizar el recurso de casación unificadora, es doctrina de esta Sala la que establece, como pone de relieve la STS/IV 28-abril-1997 (rec.- 1076/1996), referida a una comunicación escrita en la que se notificaba un despido disciplinario, que "es desde luego difícil establecer la contradicción en cuanto al cumplimiento del contenido mínimo de la carta de despido, porque, como señala el Auto de 18 junio 1993, la determinación de este contenido afecta normalmente a cuestiones de carácter absolutamente particular e individualizado, en las que es casi imposible establecer generalizaciones o pautas válidas para diferentes supuestos, ya que la adopción de cada solución concreta depende fundamentalmente de las circunstancias, datos y elementos que en ese caso concreto concurren"

Este es, por otra parte, el criterio que ha seguido en otras muchas ocasiones la Sala en relación con cartas de despido comparadas que, al obedecer a situaciones distintas en su calidad y circunstancias han conducido a entender que no era posible apreciar la contradicción que constituye el presupuesto de admisión del recurso de conformidad con el precepto precitado; pudiendo apreciarse aplicada tal doctrina no solo en las sentencias antes indicadas sino en una gran variedad de Autos en los que el recurso se ha inadmitido precisamente por entender que "en materia de valoración de la suficiencia de la carta de despido es difícil que se pueda dar la contradicción exigida, ya que para ello es necesaria una coincidencia de hechos y de redacción de las cartas que difícilmente concurren en la realidad" - así en Autos de 26-6-00 (rec.- 4323/98), 20-6-2002 (rec.- 3021/01), 8-10-2001 (rec.- 325/01) o 27-11-2008 (rec.- 680/2008).

**3.-** La aplicación de la anterior doctrina al supuesto ahora analizado comporta declarar la inexistencia de contradicción, lo que constituye causa de inadmisión del recurso de casación unificadora (art. 223.1 LPL), la que en este trámite procesal adquiere carácter de desestimación del recurso formulado por los trabajadores demandantes, lo que debe ser resuelto de conformidad con el informe del Ministerio Fiscal y sin que haya lugar a imposición de costas (art. 233 LPL). Y ello porque, puestas en comparación las cartas de despido que sirvieron de fundamento a cada una de las sentencias comparadas se aprecia como mientras la que tuvo en cuenta la sentencia referencial no contiene más que una remisión genérica a una situación de crisis en el sector de automoción que dice se ha traducido en importantes pérdidas en un ejercicio económico (única concreción apreciable), la carta sobre la que se pronunció la sentencia recurrida, es bastante más explícita en cuanto que por una parte se refiere a una crisis más acentuada y precisa - años 2004 y 2005 -, que concreta en el departamento de cosmética que es en el que el actor prestaba sus servicios y refiriéndose también a un problema de competencia internacional en el sector.

Tales diferencias permitieron a cada una de las Salas entender que en un caso no y en el otro sí que se habían cubierto las exigencias garantistas del art. 53.1 del Estatuto de los Trabajadores y en esa tesitura se hace difícil a la Sala, como ya se advirtió ocurre como regla general, entrar a resolver sobre la bondad o no de la carta de cuya adecuación a derecho se trata, cual como se ha dicho, estimó igualmente el Ministerio Fiscal.”

**“VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL EXCMO. SR. MAGISTRADO Don FERNANDO SALINAS MOLINA A LA SENTENCIA DICTADA EN EL RECURSO 4165/2007.**

De conformidad con lo establecido en el artículo 260.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, formulo voto particular a la sentencia dictada en el recurso 4165/07 para sostener la posición que mantuve en la deliberación.

El voto particular se funda en las siguientes consideraciones jurídicas:

**PRIMERA.- 1.-** Entiendo que concurría el requisito de contradicción de sentencias y que debería haberse entrado a resolver la cuestión de fondo planteada.

**2.-** La contradicción que se alega debería haberse estimado, pues, aunque hay diferencias en cuanto a la actividad de las empresas, la configuración de la entidad empresarial, la referencia temporal a las pérdidas y a los departamentos que pudieran resultar afectados, lo cierto es que estas diferencias son irrelevantes en orden al problema que aquí se decide, pues estamos ante la misma causa invocada de indudable carácter económico y organizativo y lo relevante a efectos de este recurso no es la situación económica negativa ni siquiera ahora la conexión entre ésta y la medida extintiva en orden a la finalidad que ha de perseguir ésta, -- cuestiones, como esta última, abordadas y resueltas en casación unificadora en la sentencia de esta Sala de fecha 29-septiembre-2008 (recurso 1659/2007) --, sino si el contenido de la comunicación escrita de despido objetivo por causas organizativas y económicas cumple las exigencias de forma que a la referida comunicación escrita impone el art. 53.1.a) ET en cuanto a la necesidad de expresión de “*la causa*” con la finalidad de evitar la indefensión del trabajador despedido para lo que debe conocer de forma suficiente la indicada “*causa*” equivalente a los “*hechos*” determinantes de la decisión empresarial de extinción objetiva. Es indudable que el contenido de las cartas de despido que sirvieron de fundamento a los pronunciamientos contradictorios de fondo adoptados en la sentencia ahora recurrida y en la invocada como de contrate, es esencialmente idéntico en sus referencias a la situación global de crisis económica generalizada en el correspondiente sector de actividad, a las pérdidas en cuantía no concretada en periodos anuales anteriores al año en que se produce el despido y a la remisión o transcripción, más o menos fiel, del contenido del precepto legal ex art. 52.c) ET como si de un dato fáctico se tratara y, por último, en ambos casos, los hechos declarados probados de las sentencias de instancia, inalterados en suplicación, declaratorias de la procedencia de los despido añadían una serie de datos concretos sobre la situación económica y la medida extintiva que no figuraban en las comunicaciones escritas de despido objetivo y en los que se fundamentaba la decisión judicial que eran ajenos o complementarios a los hechos relatados en la carta de despido y de carácter trascendente a los fines de la declaración de procedencia efectuada.

**3.-** En definitiva, entiendo que, conforme incluso a la jurisprudencia de esta Sala invocada en la presente sentencia, existiría contradicción en el caso ahora enjuiciado, pues lo que se debate aquí es un problema estrictamente formal sobre el grado de determinación de la carta de despido objetivo y a esta cuestión no afecta la prueba o no de los hechos que pudieran justificar el despido, ya que no se trata de una decisión sobre la existencia y la trascendencia de estos hechos, sino sobre su constancia formal en la comunicación escrita de extinción contractual.

**SEGUNDO.- 1.-** En cuanto al fondo del asunto, el recurso denuncia la infracción del art. 53.1.a) del Estatuto de los Trabajadores, en el que se establece como un requisito de forma, para la adopción del acuerdo de extinción por causas objetivas al amparo del art. 52 del propio texto legal, la “*comunicación escrita al trabajador expresando la causa*”.

**2.-** En interpretación del art. 53.1.a) ET, en sus esenciales extremos, afectantes especialmente al contenido mínimo de la comunicación escrita de despido y la trascendencia de su exigencia, es reiterada jurisprudencia de esta Sala, declarativa de que: a) los requisitos que haya de expresar la comunicación escrita al trabajador y la expresión de la “*causa*” “*indudablemente han de ser los mismos que se exigen para el despido disciplinario debiéndose entender que la expresión «causa» en este precepto utilizada es equivalente a «hechos» a los que se refiere el art. 55, una y otra determinantes, en definitiva, de la garantía que la Ley otorga al trabajador para que si impugna el despido lo haga con conocimiento de los «hechos» que se le imputan a fin de preparar su defensa como reiteradamente ha mantenido esta Sala, lo que obliga a exigir que el contenido de la carta o comunicación sea inequívoco, es decir, suficientemente claro y expresivo, para evitar toda duda o incertidumbre en cuanto a las imputaciones de la empresa*” (sentencia de 3-noviembre-1982 en interés de ley, lo que se reitera en la sentencia de 7-julio-1986 en interés de ley), resolviéndose que examinada comunicación escrita “*no cumple el requisito del artículo 53.1.a) ET, es decir de expresión en la comunicación de la causa, que equivale a expresión concreta de los hechos que la constituyen en términos similares a los requeridos por el artículo 55.1 del mismo cuerpo legal*” (sentencia de 10-marzo-1987 en interés de ley); b) que, en interpretación

del art. 55 ET, en el que se establece que «*el despido deberá ser notificado por escrito al trabajador, habiendo figurar los hechos que lo motivan y la fecha en que tendrá efectos*», se declara que esta exigencia “*aunque no se impone una pormenorizada descripción de aquéllos, sí exige que la comunicación escrita proporcione al trabajador un conocimiento claro, suficiente e inequívoco de los hechos que se le imputan para que, comprendiendo sin dudas racionales el alcance de aquéllos, pueda impugnar la decisión empresarial y preparar los medios de prueba que juzgue convenientes para su defensa y esta finalidad no se cumple, según reiterada doctrina de la Sala -Sentencias de 17 diciembre 1985, 11 marzo 1986, 20 octubre 1987 y 19 enero y 8 febrero 1988-, cuando la aludida comunicación sólo contiene imputaciones genéricas e indeterminadas que perturban gravemente aquella defensa y atentan al principio de igualdad de partes al constituir, en definitiva, esa ambigüedad una posición de ventaja de la que puede prevalerse la empresa en su oposición a la demanda del trabajador*”, doctrina que se sintetiza en la STS/Social 3-octubre-1988 y se reafirma en las sentencias de fechas 22-octubre-1990, 13-diciembre-1990, 9-diciembre-1998 (recurso 590/1997) y la más reciente de fecha 21-mayo-2008 (recurso 528/2007), entre otras; y c) que, aun sin haber entrado en el fondo del asunto por falta del requisito de contradicción, se ha resaltado por la jurisprudencia social, para distinguir las exigencias y trascendencia de las comunicaciones escritas en los despidos colectivos y en los despidos objetivos ex art. 52.c) ET, la importancia de la expresión de la “*causa*” en estos últimos, afirmando que “*El despido objetivo se lleva a cabo por decisión unilateral y exclusiva del empresario, sin que exista ningún control previo a ese acto extintivo sobre la concurrencia de las causas en que tal empresario basa ese despido; el control de la existencia o no de esas causas justificativas del mismo se lleva a cabo, después de que éste ha tenido lugar, mediante el proceso judicial iniciado por virtud de la demanda presentada por el trabajador cesado impugnando ese despido objetivo; de ahí que, para hacer posible la adecuada y correcta defensa jurídica de la pretensión impugnatoria del trabajador en ese proceso judicial, la Ley imponga como obligación esencial para la validez del despido objetivo que el empresario le comunique por escrito ese despido con expresión de sus causas*” (sentencia de 20-octubre-2005 recurso 4153/2004).

3.- La trascendencia de la determinación del contenido mínimo de la comunicación escrita empresarial en la que se procede a un despido con invocación de causas objetivas, en concreto organizativas y económicas, con alegado fundamento en el art. 52.c) ET, estriba en la finalidad de evitar la indefensión del trabajador despedido que debe conocer de forma suficiente la “*causa*” del acuerdo empresarial de extinción para poder actuar en condiciones de igualdad en el proceso (arts. 9.2, 14 y 24.1 Constitución – CE).

4.- Con tal propósito garantista, la normativa sustantiva y procesal constituye la referida “*causa*” como elemento delimitador del objeto probatorio del juicio de despido, puesto que “*para justificar el despido, al demandado no se le admitirán en el juicio otros motivos de oposición a la demanda que los contenidos en la comunicación escrita de dicho despido*” (art. 120 en relación con art. 105.2 Ley de Procedimiento Laboral –LPL) y de la carga probatoria del empresario al que le corresponde “*la carga de probar la veracidad de los hechos imputados en la carta de despido como justificativos del mismo*” (art. 120 en relación 105.1 LPL) o, utilizando los términos de la normativa procesal civil, “*la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico*” correspondiente a su pretensión (art. 217.2 de la supletoria Ley de Enjuiciamiento Civil –LEC); derivadamente se configura como referencia, también, para fijar el concreto contenido de los hechos declarados probados de la sentencia (art. 97.2 LPL y 209.2<sup>a</sup> LEC) y como determinador del sentido del fallo, pues la procedencia, en su caso, de la decisión extintiva ex art. 52.c ET solamente deberá efectuarse, como de forma expresa se establece legalmente, “*cuando el empresario, habiendo cumplido los requisitos formales exigibles, acredite la concurrencia de la causa legal indicada en la comunicación escrita*” (art. 122.1 LPL), comportando la declaración de nulidad de la tal tipo de decisión extintiva el supuesto de incumplimiento de “*las formalidades legales de la comunicación escrita, con mención de causa*” (art. 122.2. a LPL), declaración que debe efectuarse incluso “*de oficio*” por la autoridad judicial (art. 53.4 ET).

5.- Cabe deducir en interpretación de la normativa expuesta, como también es dable entender resulta en sus esenciales extremos de la jurisprudencia social antes expuesta que se respeta y reitera, entre otros extremos: a) que la referencia a la “*causa*” como exigencia formal de la comunicación escrita en el despido objetivo (art. 53.1.a ET) es equivalente a la de los “*hechos que lo motivan*” en la carta de despido disciplinario (art. 55.1 ET); b) que, tanto en uno como en otro caso, para que pudiera llegar a declararse la procedencia del despido tales datos fácticos que han de tener reflejo en la comunicación escrita deben ser, en su caso, los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a la pretensión extintiva empresarial, y, en el supuesto de despido objetivo económico, como recuerda la sentencia de esta Sala de fecha 29-septiembre-2008 (recurso 1659/2007), partiendo de los hechos probados, su justificación “*tiene que enjuiciarse a partir del análisis de tres elementos: el supuesto de hecho que determina el despido - ‘la situación negativa de la empresa’ -, la finalidad que se asigna a la medida extintiva adoptada (atender a la necesidad de amortizar un puesto de trabajo con el fin de contribuir a superar una situación económica negativa) y ‘la conexión de funcionalidad o instrumentalidad’ entre la medida extintiva y la finalidad que se asigna*”; c) que única y exclusivamente los hechos contenidos en la comunicación escrita de despido podrán ser objeto de prueba en el correspondiente juicio, cuya carga de la prueba incumbe, como regla, al empresario, al que, además, no se le admitirán en el juicio otros motivos de oposición a la demanda que los contenidos en la comunicación escrita de dicho despido; d) que debe existir interrelación entre los hechos relatados en la carta de despido y, en su caso, con los hechos que resulten como probados en la sentencia, sin que sea dable para justificar el despido adicionar como acreditados datos

fácticos trascendentes ajenos o complementarios a los hechos relatados en la carta de despido; e) que la procedencia o improcedencia del despido solo podrá decretarse, tratándose de extinción objetiva, cuando cumplidos los requisitos formales se acredite o no, con reflejo concreto en los hechos probados, la concurrencia de la causa legal indicada específicamente en la comunicación escrita; f) que la comunicación escrita, tanto en el despido objetivo como en el disciplinario, para su validez formal debe proporcionar al trabajador un conocimiento claro, suficiente e inequívoco de los hechos que se le imputan o los que se invocan como constitutivos del despido objetivo para que, comprendiendo sin dudas racionales el alcance de aquéllos, pueda impugnar la decisión empresarial y preparar los medios de prueba que juzgue convenientes para su defensa y que esta finalidad no se cumple cuando la aludida comunicación sólo contiene imputaciones o afirmaciones genéricas e indeterminadas que perturban gravemente aquella defensa y atentan al principio de igualdad de partes al constituir, en definitiva, esa ambigüedad una posición de ventaja de la que puede prevalerse la empresa en su oposición a la demanda del trabajador; y g) que tratándose de despido objetivo en el supuesto de incumplimiento de *“las formalidades legales de la comunicación escrita, con mención de causa”* la consecuencia es la declaración de nulidad del despido, la que debe efectuarse incluso *“de oficio”* por la autoridad judicial.

**TERCERO.- 1.-** En aplicación de la doctrina expuesta, en el supuesto que se enjuicia la conclusión que entiendo debería haberse adoptado era la de considerar que la comunicación escrita de despido objetivo no se ajustaba a lo prevenido en el art. 53.1.a) del Estatuto de los Trabajadores, ya que aquella se limitaba a establecer como causa de despido fundamentaban *“en la existencia de causas organizativas y económicas”*, que *“la empresa se encuentra en una situación de crisis, con pérdidas en los últimos ejercicios 2004 y 2005, derivadas de la falta de productividad del departamento de cosmética, que ha reducido debido a circunstancias del mercado su margen comercial dada la competencia internacional que existe en el sector”*, que *“por ello y después de un análisis de la plantilla y las necesidades de la empresa se ha llegado a la conclusión de que es preciso reducir la rama de producción de productos cosméticos, lo que se traduce en una reducción de puestos productivos y de almacén”*, que la empresa se ve *“en la ineludible obligación de amortizar su puesto de trabajo, con la finalidad de disminuir los gastos y adecuar la plantilla a las necesidades de la empresa”*.

**2.-** Tales afirmaciones, entiendo, son a todas luces genéricas al transcribir de modo meramente descriptivo las causas que para el despido económico se definen el art. 52.c) en relación con el art. 51.1 del Estatuto de los Trabajadores, sin que tal imprecisión pueda superarse por las referencias, igualmente abstractas, a la situación global de crisis económica generalizada en el correspondiente sector de actividad, a las pérdidas en cuantía no concretada en periodos anuales anteriores al año en que se produce el despido. Tampoco, por ser procesalmente rechazables, pueden considerarse como integradores de la carta de despido los que figuran en los hechos declarados probados de la sentencia de instancia, no alterados en suplicación, que se constituyeron como datos trascendentes para la decisión judicial de procedencia del despido adoptada a pesar de ser ajenos o complementarios a los hechos relatados en la comunicación de despido, como son los referentes a las distintas ramas de actividad diferenciada existentes en la empresa, la adscripción en el último año de los diversos trabajadores a las distintas secciones, el tanto por ciento de ventas por secciones en los años 2003, 2004 y 2005, el dato de que, -- con remisión a un informe pericial practicado en el acto del juicio y al que se da por reproducido, que no consta unido a la carta como parte integrante de la misma --, se considere como hecho probado que existen datos para determinar que el ciclo de explotación de la empresa era deficitario al no cubrir con el volumen de ventas los gastos de explotación y la afirmación fáctica que existía la necesidad de reestructurar la empresa con amortización de cuatro puestos de trabajo.

**3.-** Faltando en la comunicación escrita de despido objetivo los datos mínimos exigibles en la descripción de *“la causa”* que lo motiva para proporcionar a los trabajadores una información suficiente para organizar su defensa frente al despido, entiendo que habría procedido entender infringido el art. 53.1.a) ET y haber estimado el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por los trabajadores despedidos, lo que comportaba haber casado la sentencia recurrida y haber resuelto el debate planteado en suplicación, habiendo estimando el recurso de esta clase de los trabajadores demandantes, para, con revocación de la sentencia de instancia, haber estimado la demanda, por lo que habría procedido, incluso de oficio, declarar la nulidad de los despidos efectuados por la empresa a los trabajadores demandantes (arts. 52.c, 53.1 y 4 ET, 122.2.a y 123 LPL) con las consecuencias a ello inherentes, lo que hubiera comportado la condena a la entidad demandada a la readmisión inmediata de los trabajadores en las mismas condiciones que regían antes del despido y el abono de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido (12 de mayo de 2006) hasta que la readmisión tenga lugar, sin perjuicio de las compensaciones legalmente procedentes de haber percibidos los trabajadores la indemnización ofrecida (art. 123 LPL), habiendo impuesto a la empresa las costas de este recurso y las del de suplicación (arts. 226.2 y 233.1 LPL).

Madrid, 25 de noviembre de 2.008”.

**TRIBUNAL SUPREMO**

Sala de lo Social (Unificación de Doctrina): Sentencia de 16/01/2009

Ponente: Excmo. Sr. D. Jesús Souto Prieto

**Síntesis**

**DESPIDO DE TRABAJADORAS EMBARAZADAS.** Salvo que resulte procedente, la declaración será de NULIDAD, no de improcedencia. El art. 55.5 contiene una garantía objetiva y automática, al margen de cualquier móvil discriminatorio, y por tanto al margen de que el empleador conozca o no el estado de embarazo. Se reitera la doctrina de la STS. de 17/10/2008 (rec. 1957/07), que rectificó la anterior establecidas en SSTs. 19/07/2008 y 24/07/2007.

**Fundamentos de Derecho y Doctrina:**

“PRIMERO.- La cuestión suscitada en el presente recurso es la relativa a la interpretación que deba darse al art. 55.5.b) del Estatuto de los Trabajadores (redacción de la Ley 39/1999) en los supuestos de despido de mujeres embarazadas y en particular se trata de determinar si es necesario o no, para que el despido pueda y deba ser calificado como nulo, el conocimiento del hecho de la gestación por parte del empresario.

La trabajadora fue despedida, - con efectos 5 de octubre de 2006 - por motivos disciplinarios, en la misma fecha que otras tres compañeras de trabajo, reconociendo la empresa la improcedencia del despido poniendo a disposición de aquella la cantidad correspondiente a indemnización, que fue consignada judicialmente al día siguiente. El mismo día de la notificación del despido, la actora fue dada de baja por los servicios médicos como consecuencia de embarazo de alto riesgo. Consta acreditado que el estado de gestación no era conocido por la empresa en el momento del despido, y que en ese momento a la actora no se le notaba físicamente que estaba embarazada. (HP 8º).

La sentencia ahora recurrida, del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 17 de enero de 2008 (Rec. 6805/07), estima el recurso de la trabajadora y declara la nulidad del despido. Se debate si la dicción literal del art 55.5 ET exige o no el previo conocimiento por parte del empresario del embarazo de la trabajadora a fin de operar la declaración de nulidad del despido, salvo que se demostrara la procedencia del mismo. La Sala, tras reproducir parcialmente la STS de 19 de julio de 2006, que se inclina por la opción de la exigencia de ese conocimiento como supuesto de hecho de la norma, señala que la misma cuenta con un fundamentado voto particular y que la propia Sala de Cataluña con posteridad al dictado de esa sentencia, se ha pronunciado en el sentido del voto minoritario – no exigencia del conocimiento por parte del empleador – y que es en definitiva en el que sustenta la declaración de nulidad del despido. Se señala así mismo, que la posible contradicción entre la normativa europea - art 10.1 de la Directiva 92/85 – y la interna, debe resolverse conforme al principio de norma más favorable al trabajador, y que en el caso es la nacional. Finalmente y como argumento de refuerzo, se alude a la promulgación de la Ley Orgánica 3/2007 para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

Por la empresa se interpone recurso unificador, alegando infracción de los arts. 55.5 b) ET en relación con el art 3 del Código Civil y 55.4 ET, de la Directiva 92/1985 y arts 24,14 y 38 CE, invocando a efectos de sustentar la contradicción la sentencia de esta Sala IV, dictada en Sala General, de 19 de julio de 2006 (REc. 387/05), y en la que como se indicaba anteriormente se revoca la declaración de nulidad del despido de una trabajadora a la que le fue comunicado su despido por razones disciplinarias, y en la misma notificación se reconocía la improcedencia y se ofrecía una indemnización que fue objeto de consignación. Dos días después del despido la trabajadora verificó un test de embarazo, cuyo resultado fue positivo; en ningún momento se notificó a la empresa el embarazo. La Sala IV, estima que es necesario el “conocimiento por el empleador del estado de embarazo” como elemento o requisito constitutivo del despido nulo de la mujer embarazada y que la Ley 39/1999 concibe dicha calificación como un supuesto particular de “despido discriminatorio”, esto es, de despido nulo por lesión de derechos fundamentales, en el que el derecho fundamental lesionado es el derecho a no ser discriminado por razón de sexo o por razón de cargas familiares. Razonamiento que se apoya también en el principio de seguridad (art. 9.3. CE), a lo que se une un argumento de interpretación histórica y de interpretación conforme a Derecho Comunitario, puesto que una de las fuentes de inspiración de la Ley 39/1999 es la Directiva 92/85. En todo caso, no se exige la “comunicación” al empresario del estado de embarazo. Basta con que éste tenga conocimiento del mismo, bien porque sea apreciable a simple vista bien porque el hecho sea conocido en el centro de trabajo para que corresponda automáticamente la calificación de nulidad, siempre y cuando no concurran razones que justifiquen la calificación de improcedencia.

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 si, 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) ET en relación con el art. 3 del Código Civil y 55.4 del ET en relación con la STC 25 de febrero de 2002, la Directiva Comunitaria 92/85 y art. 4.1 de la Recomendación núm. 95 de la OIT, y los artículos 24, 14 y 38 de la CE.

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. (Sentencias dictadas en Sala General de 19 de julio de 2006, (Recs. 387/05 y 1452/05), reiteradas por la de 24 de julio de 2007 (Rec. 2520/06).

Tal doctrina ha sido modificada expresamente por la Sala en sentencia de 17 de octubre de 2008 (Rec. 1957/07), en la cual se señala:

"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 seria 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."*

**TERCERO.-** De acuerdo con los anteriores razonamientos, y acomodando nuestra doctrina a los parámetros constitucionales señalados, procede desestimar el recurso e imponer las costas a la recurrente."

**"VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL EXCMO. SR. D. ANTONIO MARTIN VALVERDE A LA SENTENCIA DE FECHA 16 DE ENERO DE 2009 (REC. 1758/2008).**

**PRIMERO.-** La sentencia aprobada por la mayoría a la que se adjunta este voto discrepante sigue el criterio ya establecido en sentencia anterior de esta misma Sala del Tribunal Supremo de fecha 17 de octubre de 2008 rec. 1957/2007 (aprobada en sala de cinco magistrados, de la que no formé parte), sobre interpretación del art. 55.5 b) del Estatuto de los Trabajadores (ET). Según estas sentencias de unificación de doctrina el mencionado artículo, al ordenar la calificación de nulidad para el despido no justificado de las trabajadoras embarazadas, contiene una garantía objetiva y automática, que no exige la presencia de móvil discriminatorio en el acto de despido, y que despliega su eficacia, por tanto, al margen de que el empleador conozca o no el estado de gestación de la trabajadora despedida.

Esta tesis de la nulidad objetiva automática del despido injustificado de la trabajadora embarazada supone, como se cuidan de señalar expresamente las citadas resoluciones, una rectificación de la jurisprudencia establecida en sentencias anteriores de la propia Sala del Tribunal Supremo (STS 19-7-2006, rec. 1452/2005, de pleno o sala general; seguida por otras varias; entre ellas STS 29-2-2008, rec. 657/2007, y STS 12-3-2008, rec. 1695/2007, que amplían la argumentación de las precedentes).

Como se recordará, la doctrina rectificadora establecía que la calificación de nulidad del despido de las mujeres embarazadas correspondía al acto unilateral del empresario de extinción del contrato de trabajo motivado por el embarazo de la trabajadora, motivación discriminatoria por razón de sexo que había de comportar como exigencia lógica el conocimiento del hecho del embarazo por parte del empresario que despide. A esta conclusión se llegaba atendiendo al propósito y a la finalidad de la ley (expresados en la exposición de motivos de la Ley 39/1999, que introdujo el precepto en nuestro ordenamiento) y con apoyo en el canon de la interpretación sistemática (*ex art. 108.2.b. de la Ley de Procedimiento Laboral – LPL—*). La importante ventaja que, según la interpretación jurisprudencial rectificadora, proporcionaba el art. 55.5. b) ET en los despidos de trabajadoras embarazadas era de carácter procesal: si el empresario conocía el hecho del embarazo de la trabajadora que ha decidido despedir, y si el acto extintivo no se consideraba procedente por el órgano jurisdiccional, la calificación obligada es la de nulidad del despido, sin necesidad de prueba alguna de existencia de un "panorama discriminatorio".

Quede claro, por si hiciera falta, que acato sin reserva, como no podía ser de otra manera en el funcionamiento de un órgano jurisdiccional colegiado, la decisión de la mayoría; acatamiento que el art. 260.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) resalta al ordenar que "*todo el que forme parte en la votación de una sentencia o auto definitivo firmará lo acordado, aunque hubiese disentido de la mayoría*". Quede claro también que, a mi juicio, la posición actual de la Sala, al ser reiterada, atribuye a la nueva doctrina unificada la cualidad de jurisprudencia, con las consecuencias jurídicas establecidas, explícita o implícitamente, en el Código Civil (art. 1.6), y en diversos preceptos de la Ley de Procedimiento Laboral (LPL) y de la supletoria en este orden jurisdiccional Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC). Y quede claro, en fin, que formulo este voto particular, que fue anunciado oportunamente en el momento de la votación, con el debido respeto y consideración a los colegas de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo y, en la parte que les pueda afectar, teniendo en cuenta que mi discrepancia se extiende como se verá a STC 92/2008, a los Magistrados del Tribunal Constitucional que la han dictado. Pero, por razones de coherencia doctrinal, quiero ejercer el derecho que me reconoce el citado art. 260 LOPJ, de hacer constar públicamente mi disenso.

**SEGUNDO.-** La única justificación que se aporta en la sentencia de la que se discrepa (y en la precedente STS 17-10-2007) para rectificar la jurisprudencia anterior es, como resulta fácil comprobar, la aprobación y publicación de la sentencia del Tribunal Constitucional 92/2008, de 21 de julio de 2008. La fundamentación de la nueva doctrina jurisprudencial de esta Sala del Tribunal Supremo es, por tanto, la fundamentación de dicha sentencia del Tribunal Constitucional, que las citadas sentencias de unificación de doctrina recogen con las "propias palabras" de STC 92/2008, en una versión resumida.

Comprendo las razones psicológicas que explican la posición adoptada por la mayoría de la Sala, en la que subyace una actitud de deferencia a las decisiones del Tribunal Constitucional que siempre he compartido. Pero entiendo que la deferencia no ha debido llegar al punto de que la Sala de lo Social del Tribunal Supremo abdique de la propia competencia de enjuiciamiento, como “*órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales*” (art. 123.1 CE). Y a una abdicación de la propia competencia equivale, a mi juicio, el cambio de jurisprudencia motivado exclusivamente en una sentencia de amparo dictada en un asunto en el que: a) la concreta cuestión debatida es de legalidad ordinaria y no se refiere a las garantías constitucionales concernidas en la regulación legal de los derechos fundamentales, y b) los hechos del caso son claramente distintos a los que determinaron nuestra anterior doctrina jurisprudencial.

Me referiré sucesivamente a estos dos puntos.

**TERCERO.-** La concreta cuestión debatida en la sentencia a la que se acompaña este voto particular es, según se ha dicho, la de si corresponde o no la calificación de nulidad al despido de la mujer embarazada acordado por el empleador sin conocer el hecho del embarazo. Tal conocimiento, como es lógico, podría ser obtenido por parte de la dirección de la empresa por diversas vías, bien porque se lo hubiera comunicado la trabajadora, bien porque el hecho hubiera sido difundido en el centro de trabajo, bien porque el embarazo fuera perceptible.

Utilizando los términos de la propia jurisprudencia constitucional (STC 95/1988), tal cuestión afecta sin duda al “régimen jurídico” de un derecho fundamental (el de la mujer a no ser discriminada por razón de sexo), pero no afecta en cambio al “desarrollo” de este derecho fundamental. Que el punto descrito de la regulación de la nulidad del despido de la mujer embarazada corresponde al régimen jurídico y no al desarrollo del derecho fundamental a la no discriminación por razón de sexo se demuestra, me parece de manera indudable, por el rango de ley ordinaria y no de ley orgánica que tiene el precepto del art. 55.5.b) ET, objeto directo de la interpretación en las sentencias de casación y de amparo a las que se refiere este voto.

En efecto, de haber sido este precepto “desarrollo” de un derecho fundamental el art. 55.5.b) ET hubiera debido ser aprobado por ley orgánica, siguiendo el mandato del art. 81.1 de la Constitución (“*Son leyes orgánicas las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales*”). Pero no ha sido así, como es sabido; el Estatuto de los Trabajadores es una ley ordinaria, y la Ley 39/1999, que introdujo la redacción actual del art. 55.5.b) ET, tiene la misma condición de ley ordinaria, y como tal fue aprobada en el procedimiento legislativo a través de cual se llevó a cabo su elaboración. Se trata, además, de una ley “de conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras”, grupo o conjunto normativo que tiene que ver desde luego con la facilitación del trabajo de la mujer, pero que se aplica también en muchos de sus preceptos a los trabajadores varones (por ejemplo, artículos 37.3, 37.4 bis y 37.5 ET), y cuya conexión constitucional no es la norma general de no discriminación del art. 14 CE sino el principio de protección jurídica de la familia del art. 39.1 CE.

Pues bien, en mi opinión, la diferencia entre régimen jurídico y desarrollo de un derecho fundamental, es, en materias como la ahora enjuiciada, la clave para establecer con la certeza y la seguridad exigibles en cuestiones de competencia legislativa y jurisdiccional, la necesaria delimitación de los campos respectivos de la legalidad y la constitucionalidad. De ahí que el Tribunal Supremo, como órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, haya de ser el encargado de fijar la interpretación jurisprudencial del punto controvertido del art. 55.5.b) ET, el cual se refiere, insistimos, por razón de la materia y por razón de la forma legal adoptada, al régimen jurídico y no al desarrollo del derecho fundamental a la no discriminación de la mujer. Este criterio de la regulación por ley orgánica ha sido también el acogido por nuestra jurisprudencia para precisar el ámbito de la modalidad procesal de tutela de la libertad sindical y de los derechos fundamentales regulada en los artículos 175-182 LPL (STS, pleno o sala general, 14-7-2006, rec. 5111/2004; y 18-7-2006, rec. 1005/2005).

**CUARTO.-** La propia dicción de STC 92/2008 trasluce el problema competencial señalado en varios pasajes de su fundamentación jurídica. En primer lugar en el fundamento 4, cuando, recordando su propia jurisprudencia, afirma, en consonancia con la jurisprudencia ordinaria que ahora abandonamos, que “nuestra doctrina (la del Tribunal Constitucional) 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 otro orden de ideas, pero dejando entrever el mismo problema de competencia, el fundamento jurídico 9 de STC 92/2008, dice que “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” (en la interpretación dada por STC 92/2008 y acogida ahora por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo). “Serían posibles, desde esta perspectiva, otros sistemas de protección igualmente respetuosos con el art. 14 CE”.

Coincido con estas afirmaciones de STC 92/2008. Pero no acabo de entender cómo las mismas pueden compaginarse con la aplicación al caso enjuiciado del “canon reforzado” de control de constitucionalidad que se intenta explicar en el fundamento 6.

Si, en palabras de STC 92/2008 (fundamento 4, *in fine*), la <<decisión de las resoluciones judiciales recurridas de no considerar acreditada la existencia de un despido “motivado” por el embarazo es conforme con nuestra doctrina>> (la del Tribunal Constitucional); y si el régimen legal del despido de la trabajadora embarazada no exige necesariamente adoptar la tesis de la “nulidad objetiva”; si todo ello es así, y así lo es efectivamente, de acuerdo con la posición que sostengo, no veo por qué la jurisprudencia anterior de esta Sala ha de ser reformada por el Tribunal Constitucional en uso de su competencia de intérprete supremo de la Constitución. y de guardián asimismo supremo de las “garantías constitucionales”.

**QUINTO.-** A la argumentación de competencia jurisdiccional que se acaba de exponer podemos añadir otra, complementaria, relativa a la fijación del alcance vinculante de las sentencias de amparo del Tribunal Constitucional.

Vale la pena mencionar de entrada el dato de que STC 92/2008 omite deliberadamente enfrentarse de manera directa a la jurisprudencia del Tribunal Supremo contenida en STS 19-7-2006 y sucesivas, jurisprudencia que sin duda conocía, puesto que la cita en el Antecedente 8, aunque no haya considerado necesario referirse a ella en sus fundamentos de derecho. Esta omisión, que ciertamente cabe interpretar de varias maneras, tal vez podría ser entendida en el sentido de limitar el alcance de la doctrina de STC 92/2008 a casos como el enjuiciado en ella de embarazo perceptible. Pero esta conclusión debe ser descartada, a la vista de las claras afirmaciones en sentido contrario que contiene el fundamento jurídico 8 de dicha sentencia constitucional. En honor a la verdad, no puede acogerse tal fórmula conciliadora, que en el caso resultaría engañosa por forzada.

De acuerdo con el art. 5.1 LOPJ, la interpretación de los “*preceptos y principios constitucionales*” efectuada “*por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos*” vincula “*a todos los jueces y tribunales*”. Esta vinculación es absoluta en lo que se refiere a la “cosa juzgada”, pero, en lo que concierne a la interpretación o “cosa interpretada”, tal carácter de vinculatoriedad absoluta no es predicable en las sentencias de amparo respecto de todas y cada una de sus declaraciones o consideraciones. De acuerdo con una doctrina general bien establecida, dentro de las resoluciones jurisdiccionales, incluidas las del Tribunal Constitucional, puede y debe distinguirse entre *ratio* (o *rationes decidendi*) y afirmaciones efectuadas *obiter dicta*. La separación entre una y otra parte de su contenido presenta a veces notables dificultades. Ahora bien, existe una fórmula sencilla para llevar a cabo tal desglose, que no siempre es suficiente pero que sí lo es en el análisis de STC 92/2008. Me refiero a la vinculación de la *ratio decidendi* a los hechos concretos del caso enjuiciado, de acuerdo con el criterio de “integridad” que ha de presidir la comprensión o entendimiento de las sentencias o decisiones de los tribunales.

En los antecedentes 3 y 4 de STC 92/2008 consta que el despido de la trabajadora embarazada en el litigio principal tuvo lugar el 12 de enero de 2004, y consta además que “su embarazo ... era perceptible con ocasión de la comida de empresa celebrada en diciembre de 2003 (siendo así que el hijo nació a los nueve meses de gestación el 9 de mayo de 2004)”. Por su parte, el fundamento jurídico 7 de la propia sentencia constitucional reproduce la afirmación de la sentencia de instancia del Juzgado de lo Social relativa a “que es lógico suponer” que el empresario conociera el hecho del embarazo de la trabajadora despedida. En cambio, los hechos probados de las sentencias de esta Sala del Tribunal Supremo que contienen la doctrina jurisprudencial ahora rectificadora ponen de relieve de manera inequívoca que las empresas que acordaron el despido injustificado de las trabajadoras embarazadas demandantes ignoraban tal circunstancia. Lo mismo sucede en la sentencia de la que se discrepa, donde se dice que el embarazo de la trabajadora no era perceptible en el momento del despido, no constando tampoco que lo hubiera comunicado o difundido en el centro de trabajo.

En buena práctica de análisis de sentencias, las circunstancias fácticas reseñadas del litigio enjuiciado en STC 92/2008 limitarían la fuerza vinculante de la posición sentada en ella a los supuestos de despido de trabajadoras embarazadas con embarazo perceptible, impidiendo generalizar su doctrina a supuestos distintos del enjuiciado. Ello no quiere decir que los *dicta* de las sentencias constitucionales, cuya riqueza doctrinal no necesito ponderar aquí, sean irrelevantes. Pero sí supone que la fuerza de los mismos es la que se desprende de su capacidad de convicción, y no la que se desprende de su posición institucional de máximo intérprete de las garantías constitucionales.

**SEXTO.-** En suma, no estoy de acuerdo con que nuestra jurisprudencia se haya rectificado para cohonestarla con una sentencia constitucional de amparo que se refiere a un supuesto distinto, y que, dicho sin ánimo polémico, invade nuestra competencia de formación de doctrina unificada en el ámbito de la legislación social. Y creo, además, que hemos debido mantener la doctrina jurisprudencial anterior, ahora abandonada.

Las razones de fondo a favor de la doctrina jurisprudencial anterior, que darían lugar a un fallo de signo distinto en el presente caso, ya fueron expuestas en nuestras sentencias citadas STS 19-7-2006 y sucesivas. No me parece que sea necesario aclararlas y ampliarlas más allá de lo que lo hicieron STS 29-2-2008 y 12-3-2008. Remito a la lectura de estas resoluciones, fácilmente accesibles en el estado actual de la información jurídica, a quienes no las conozcan y estén verdaderamente interesados en conocerlas.

Madrid, 16 de enero de 2009.”.

1764/08

007

**TRIBUNAL SUPREMO**

Sala de lo Social (Unificación de Doctrina): Sentencia de 19/01/2009

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

**Síntesis**

**INVALIDEZ PERMANENTE.** Fecha de efectos económicos de la prestación. Cuando el beneficiario se encuentra en activo y la invalidez se reconoce por primera vez en sentencia, la pensión se devenga desde el día del cese en el trabajo. Reitera doctrina.

**Fundamentos de Derecho y Doctrina:**

**“PRIMERO.-** La cuestión planteada en el presente recurso se reduce a determinar la fecha de efectos económicos de una prestación por incapacidad permanente, cuando la declaración de invalidez permanente se hace por sentencia, dictada en proceso promovido por el trabajador al efecto, tras ser alta médica y dictarse resolución administrativa declarando que no se encuentra afecto de invalidez permanente en ningún grado, lo que le obligó a reincorporarse al trabajo mientras se tramitaba su demanda.

La controversia ha sido resuelta de forma contradictoria por las sentencias comparadas: la recurrida, dictada el día 18 de abril de 2008 en el recurso de suplicación 2186/2007 por el Tribunal Superior de Justicia de Asturias, ha estimado que los efectos económicos se producen desde el día en que se dictó la resolución administrativa impugnada, mientras que la de contraste, dictada por esta Sala el día 13 de octubre de 2004 (Rec. 6096/03), entendió que tales efectos debían producirse desde el día del cese en el trabajo. Concorre, pues, el requisito de que existan pronunciamientos contradictorios que viabilizaba este recurso, conforme al artículo 217 de la Ley de Procedimiento Laboral, ya que, siendo sustancialmente idénticos los hechos, los fundamentos y la pretensión se han dictado pronunciamientos distintos. En efecto, cual se dijo al principio, en ambos casos se controvertía la fecha de efectos económicos de la declaración de invalidez permanente de determinado trabajador, cuando esta se hace por sentencia y el interesado se encuentra en activo en ese momento. Es cierto que en el caso de la sentencia de contraste al trabajador se le reconoció una invalidez permanente total para su profesión habitual, mientras que en el de la recurrida se reconoció una incapacidad permanente absoluta, pero ese dato ni es relevante, ni marca una diferencia sustancial. El dato importante es que en ambos casos la invalidez permanente se reconoce por primera vez por una sentencia y que el trabajador demandante se encuentra en activo en ese momento, por cuánto esa situación es la que determina la necesidad de concretar la fecha de efectos económicos. Ahí está el núcleo de la contradicción, y, al efecto, es indiferente cual sea el grado de invalidez permanente reconocido, pues la prestación se devengará desde el mismo día en todo caso.

**SEGUNDO.-** La cuestión controvertida ya ha sido unificada por esta Sala en sus sentencias de 24-4-2002 (Rec.2871/01), 19-12-2003 (Rec.2151/03), donde se sentó un criterio que es seguido por la sentencia de contraste. Tal solución, derivada de una interpretación sistemática de los artículos 131 bis.3 de la Ley General de la Seguridad Social, 6 del Real Decreto 1300/1.995 y 4 y 13-2 de la Orden de 18 de enero de 1.996, es razonada en esas sentencias con argumentos que aquí damos por reproducidos, para evitar reiteraciones innecesarias. En ellas se afirma que, cuando la situación invalidante no ha venido precedida de una incapacidad temporal, al estar el trabajador en activo, "no hay dificultad en distinguir entre la fecha del hecho causante y la de efectos económicos de la prestación. La primera será la correspondiente a la fecha de emisión del dictámen-propuesta del Equipo de Valoración de Incapacidades -tal y como establece el párrafo segundo del número 2 del artículo 13 de la Orden de 18 de enero de 1.996- y la segunda será aquella en la que se produzca el cese en el trabajo". No existen razones que justifiquen un cambio de esa doctrina que es acorde con lo dispuesto en los artículos 141 de la Ley General de la Seguridad Social, 24-3 de la Orden de 15 de abril de 1.969 y 18-4 de la Orden de 18 de enero de 1.996, preceptos de los que se deriva que el percibo de la prestación es incompatible con el desempeño de la profesión ejercida al tiempo del hecho causante de la misma, lo que impone el que aquella se reconozca cuando se deja de trabajar y de cobrar el salario.

**TERCERO.-** Fue, pues, la sentencia referencial y no la recurrida la que aplicó la doctrina ajustada a derecho, tal y como afirma el Ministerio Fiscal en su preceptivo informe. Procede, por tanto, que esta Sala, de conformidad con lo dispuesto en el art. 226.2 LPL, estime el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Instituto Nacional de la Seguridad Social, case y anule en parte la sentencia dictada el 18 de abril de 2008 por la Sala de lo Social de Asturias y, resolviendo el debate planteado en suplicación, fije la fecha de efectos económicos de la incapacidad permanente absoluta que tiene reconocida el demandante, a partir del día siguiente a aquel en que se haya producido su cese en el trabajo. Sin costas (art. 233.1 LPL).

**TRIBUNAL SUPREMO**

Sala de lo Social (Unificación de Doctrina): Sentencia de 27/01/2009

Ponente: Excm. Sra. Doña María Luisa Segoviano Astaburuaga

**Síntesis**

**PRESTACIONES DE INCAPACIDAD TEMPORAL DERIVADAS DE ENFERMEDAD COMÚN.** La trabajadora, después de agotar el periodo de IT, y de denegársele la Incapacidad Permanente, es dada de ALTA; sin que se reincorpore a la empresa al iniciar el siguiente día una nueva baja por IT por distinta enfermedad. LA EMPRESA DIO DE BAJA A LA TRABAJADORA AL AGOTAR EL PERIODO MÁXIMO DE INCAPACIDAD TEMPORAL, Y NO LA DIO DE ALTA AL NO HABERSE EFECTIVAMENTE INCORPORADO A LA EMPRESA.

**Fundamentos de Derecho y Doctrina:**

“**PRIMERO.**- El Juzgado de lo Social núm. 2 de los de Santa Cruz de Tenerife dictó sentencia el 13 de junio de 2007, autos 841/05, desestimando la demanda formulada por D<sup>a</sup> Pastora contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social, la Tesorería General de la Seguridad Social y la empresa C Canarias S.L. -de la que desistió- en reclamación de prestaciones por incapacidad temporal, absolviendo a los demandados de las pretensiones contenidas en la demanda en su contra formulada. Tal como resulta de dicha sentencia, la actora venía prestando servicios para la empresa C Canarias S.L. desde el 2-11-1994, con la categoría profesional de camarera de pisos. Permaneció en situación de incapacidad temporal, por enfermedad común, desde el 8-10-03 al 7-4-05, con el diagnóstico de "otros trastornos de tejido blandos", causando alta por agotamiento del plazo, habiéndose prorrogado los efectos de la incapacidad temporal al haberse iniciado expediente de incapacidad permanente, que fue denegado, siendo comunicada tal resolución el 1 de agosto de 2005. El 3 de agosto de 2005 inicia un nuevo proceso de incapacidad temporal por enfermedad común con el diagnóstico de trastorno adaptativo. La trabajadora en ningún momento se incorporó al trabajo.

Tras formular consulta al INSS el 4-8-05, la empresa remitió escrito a la trabajadora, que esta recibió el 23-8-05, comunicándole que, a tenor de la respuesta recibida del INSS, no procede el abono de la prestación de incapacidad temporal por no encontrarse en el momento del hecho causante en situación de alta ni de asimilada al alta, no procediendo tampoco recoger los partes médicos de baja y confirmatorios de su situación de enfermedad. La empresa no dio de alta a la actora ni recogió los partes de baja, por lo que ésta presentó demanda por despido que concluyó con sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias de fecha 7-9-06, desestimatoria de la demanda, al concluir que no hubo acto patronal alguno de extinción de la relación laboral.

La sentencia entendió que la actora no se encontraba en alta ni en situación asimilada al alta en el momento del hecho causante del segundo periodo de incapacidad temporal -el iniciado el 3 de agosto de 2005- pues habiendo agotado el periodo máximo de duración de la incapacidad temporal -de 8-10-03 a 7-4-05- en un proceso anterior, por distinta enfermedad, no se reincorporó al trabajo sino que, tras serle denegada por el INSS la incapacidad permanente, inició un nuevo periodo de incapacidad temporal.

Recurrida en suplicación por la parte actora, la Sala de lo Social del tribunal Superior de Justicia de Canarias, sede Santa Cruz de Tenerife, dictó sentencia el 27 de diciembre de 2007, recurso 777/07, desestimando el recurso formulado.

Contra dicha sentencia se interpuso por la citada demandante recurso de casación para la unificación de doctrina, aportando como sentencia contradictoria la dictada por esta Sala el 13 de febrero de 2007, recurso 3568/05.

La parte demandada 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 substancialmente idénticos, las sentencias comparadas han emitido pronunciamientos diferentes.

La sentencia de contraste, la dictada por esta Sala de lo Social el 13 de febrero de 2007, recurso 3568/05, desestimó el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Instituto Nacional de la Seguridad Social contra la sentencia de 28 de junio de 2005, dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, en el recurso de suplicación núm. 418/05, interpuesto por el recurrente frente a la sentencia de 17 de febrero de 2005, dictada en autos 751/05 por el Juzgado de lo Social núm. 5 de Zaragoza, seguidos a instancia de Doña Sofía contra Refractolaser S.L. y el Instituto Nacional de la Seguridad Social, sobre prestaciones por incapacidad temporal. Consta en dicha sentencia que la trabajadora D<sup>a</sup> Sofía, que venía prestando servicios como auxiliar de clínica para la empresa Refractolaser S.L., inició un proceso de incapacidad temporal por enfermedad

común el 23-9-02 y, tras el agotamiento de dicha situación el 22-3-04, le fueron prorrogados los efectos de la misma hasta que por resolución de 17-5-05 del INSS, notificada a la trabajadora el 19-5-04 y a la empresa el 18-5-04, le fue desestimado el reconocimiento de la incapacidad permanente y se declaró la extinción de la prórroga de los efectos económicos de la incapacidad temporal. El 20-5-04 inicia nuevo proceso de incapacidad temporal, derivada de enfermedad común por recaída. La actora en ningún momento se reincorporó al trabajo. La empresa se negó a recibir el parte médico de baja y los de confirmación, no habiéndole dado de alta la empresa. El INSS le denegó el pago de la prestación de incapacidad temporal, dictando resolución el 8-7-04, dirigida a la empresa, en la que se afirmaba que a ella le correspondía la obligación de dar de alta a la trabajadora, cotizar por ella y abonarle la prestación por incapacidad temporal en régimen de pago delegado.

La sentencia entendió, a la vista de lo establecido en el artículo 128.1 a) de la Ley General de la Seguridad Social que la trabajadora se encontraba en situación de incapacidad temporal desde el día 20 de mayo de 2004 -por error consta 1994- día siguiente al de la notificación de la resolución por la que se extinguía su derecho al anterior subsidio, puesto que tenía extendido un parte de baja de esa fecha por los Servicios Médicos Oficiales, lo que supone que ese día la trabajadora ni podía ni debía incorporarse al trabajo, desde el momento en que el contrato de trabajo se encontraba de nuevo en la situación descrita en el artículo 45.1 c) del Estatuto de los Trabajadores, es decir, se encontraba en suspenso y, por ello, la empresa debió proceder a dar de alta a la trabajadora, aunque no hubiera llegado a reanudarse la actividad, porque la extensión del nuevo parte de baja lo impedía legalmente.

Entre la sentencia recurrida y la de contraste concurren las identidades exigidas por el artículo 217 de la Ley de Procedimiento Laboral, siendo irrelevante que en la sentencia recurrida el segundo proceso de incapacidad temporal sea por distinta enfermedad que el primero y en la de contraste se trate de una recaída, ya que el precepto de la Ley General de la Seguridad Social vigente en el momento del alta y posterior baja, artículo 131 bis, en la redacción anterior a la reforma introducida por Ley 30/2005 de 29 de diciembre no distinguía a la hora de establecer las exigencias legales para causar derecho a la prestación. Asimismo es irrelevante que en la sentencia recurrida conste que la empresa consultó al INSS, dato que no consta en la sentencia de contraste, pues la respuesta que pueda dar el INSS a la misma no es vinculante para la empresa. También es irrelevante que en la sentencia de contraste figure en hechos probados la fecha de notificación de la resolución denegatoria del INSS y tal dato no figure en la sentencia recurrida, pues en esta última se desprende de las actuaciones la fecha de tal notificación. Por último en ninguna de las dos sentencias el debate se plantea sobre quién es el responsable de la prestación, aunque así lo afirma el demandado en su escrito de impugnación del recurso respecto a la sentencia de contraste, ya que en esta última, en el fundamento de derecho quinto, expresamente se hace constar que no cabe examinar la distribución de las responsabilidades puesto que el recurso ha sido planteado por el INSS sobre un único motivo, que pretende la revocación de la sentencia recurrida, por cuanto que la trabajadora no tiene, a juicio del recurrente, derecho a las prestaciones que reclama al no haberse reincorporado al trabajo y únicamente en ese supuesto es en el que se centra el debate. La cuestión esencial examinada por ambas sentencias es si el trabajador, que ha agotado un periodo de incapacidad temporal y su prórroga hasta la resolución sobre la incapacidad permanente, tiene derecho a las prestaciones de incapacidad temporal, cuando ha iniciado un segundo periodo de incapacidad temporal, sin haberse reincorporado en ningún momento al trabajo, no habiendo procedido la empresa a darle de alta, habiendo llegado las sentencias comparadas a resultados contradictorios. 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 del artículo 124.1, en relación con el 130 y 131. bis 2 de la Ley General de la Seguridad Social, en la interpretación dada a dichos preceptos por la Sala Cuarta del Tribunal Supremo en sentencia de unificación de doctrina de 13 de febrero de 2007.

El recurso formulado ha de tener favorable acogida, habiendo sido resuelta la cuestión planteada por la sentencia de esta Sala de 13 de febrero de 2007, recurso 3568/05, invocada como sentencia de contraste, a cuya doctrina debemos atenernos por un principio elemental de seguridad jurídica, al no haberse producido datos nuevos que aconsejen un cambio jurisprudencial. En ella se contiene la fundamentación de derecho que sigue:

"Como punto de partida para resolver la cuestión debe decirse que el artículo 128.1.a. de la LGSS, considera situaciones determinantes de incapacidad temporal *"las debidas a enfermedad común o profesional y a accidente sea o no de trabajo, mientras el trabajador reciba asistencia sanitaria de la Seguridad Social y esté impedido para el trabajo, con una duración máxima de doce meses prorrogables por otros seis cuando se presuma que durante ellos pueda el trabajador ser dado de alta médica por curación"*.

Desde la literalidad del precepto, es claro que la trabajadora se encontraba en esa situación de incapacidad temporal desde el día 20 de mayo de 1.994, día siguiente a la de la notificación de la resolución por la que se extinguía su derecho al anterior subsidio, puesto que tenía extendido un parte de baja de esa fecha por los Servicios Médicos Oficiales (justamente el día en que, de no ser así, tendría que haberse incorporado a su puesto de trabajo en la empresa) documento oficial acreditativo de la doble condición legal de necesitar asistencia sanitaria y de estar impedida para el trabajo. Por ello, lo que aparece con claridad es que ese parte

determina que la trabajadora ni podía ni debía incorporarse al trabajo, desde el momento en que el contrato de trabajo se encontraba de nuevo en la situación descrita en el artículo 45.1 c) del Estatuto de los Trabajadores desde el mismo momento de la expedición de la nueva baja médica. El tránsito temporal resumido en lo que a dicha suspensión del contrato de trabajo se refiere podría sintetizarse así: a) suspendido en el proceso anterior de incapacidad temporal; b) eliminada la causa de suspensión como consecuencia de la Resolución de 17 de mayo de 2.004 y c) suspendido de nuevo el contrato de trabajo desde la fecha del nuevo parte de baja, teniendo en cuenta en este punto que esta Sala ha reconocido en numerosas sentencias como legalmente posible que, agotado por el trabajador el periodo de 18 meses de incapacidad temporal reconocido, se cause por él derecho a una nueva prestación sin necesidad de que se haya reanudado la actividad y cotizado durante los seis meses a que se refiere el párrafo segundo del número 1º del artículo 9 de la Orden de 13 de octubre de 1.967, aunque se trate de una recaída, con las mismas dolencias que motivaron el anterior proceso.

Así, en relación con ese último punto, se afirma en nuestra sentencia de 8 de Noviembre de 2.004 (recurso 6144/2003), en la que se citan otras anteriores como la de 20 de febrero de 2.002 (recurso 1839/2001) *"que el art. 9.1 de la Orden Ministerial de 13 de octubre de 1967 no se ha previsto para resolver la cuestión controvertida. Lo que regula, en definitiva, el precepto de 1967 es la posibilidad de considerar periodos nuevos de incapacidad temporal aquellos que se producen después de seis meses de actividad efectiva en los supuestos en los que no se agotó la duración de la incapacidad temporal; y en tal sentido fue interpretado y aplicado por sentencias de esta Sala como la STS de 8-5-95 (Rec.-2973/94), 10-12-97 (Rec.-1185/97) o 7-4-1998 (Rec.-3137/98) [...]".* Así pues, según añade nuestra sentencia de 20 de febrero de 2002, *"la solución al problema planteado no puede fundarse en el art. 9.1 de la Orden de 1967 en la que se apoya el recurso, sino en el propio art. 130 de la LGSS citada, tanto porque aquella Orden no contempla esta situación, como se ha dicho más arriba, cuanto porque el establecimiento de las condiciones para causar derecho a una prestación de la Seguridad Social no puede venir establecido en una disposición que no tenga rango legal, puesto que vienen establecidas en la propia LGSS".*

Por último dicha sentencia concluye lo siguiente: *"A partir de tales consideraciones, el hecho de que la enfermedad sea nueva [...] o se trate de un proceso nuevo de la misma enfermedad anterior no modifica el criterio a aplicar cuando la LGSS no distingue a la hora de establecer las exigencias legales para causar derecho a la prestación. Ello aunque el art. 131 bis de la propia LGSS disponga que la situación de incapacidad se extingue por el transcurso del plazo máximo establecido, pues el indicado precepto se está refiriendo al período máximo de duración de cada proceso, pero no a procesos colaterales o posteriores que tendrán, a su vez, en cada caso aquella duración, debiendo interpretarse así esta disposición legal [...]".*

De esta forma, si la trabajadora podía iniciar legalmente un nuevo periodo de incapacidad temporal, aunque se tratase de la misma dolencia y no hubiese prestado servicios en los seis meses anteriores a la nueva baja, y además concurrían los requisitos antes examinados para que pueda calificarse su estado de incapacidad temporal según las previsiones del artículo 128.1 a) LGSS (desde el momento en que los Servicios Oficiales Médicos así lo acreditaban), es claro que el contrato de trabajo había iniciado una nueva suspensión por la misma causa legal (artículo 45.1 c) ET) y por ello la empresa debió proceder a dar de alta a la trabajadora, aunque no hubiera llegado a reanudarse la actividad, precisamente porque la extensión del nuevo parte de baja lo impedía legalmente. Técnicamente se trataba de la conclusión de una primera causa de suspensión del contrato, que finalizó en la fecha de la resolución del INSS de 17 de mayo de 2.004, y el inicio de una nueva desde el 20 del mismo mes.

En este punto, el artículo 2 del Real Decreto 575/1997, de 18 de abril, por el que se regulan determinados aspectos de la Gestión y Control de la Prestación Económica de la Seguridad Social por Incapacidad Temporal, establece que *"En el plazo de tres días contados a partir del mismo día de la expedición del parte médico de baja, el trabajador entregará a la empresa la copia a ella destinada. La empresa cumplimentará los apartados correspondientes a ésta, conforme a lo establecido en los artículos 6 y 7 de la Orden del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, de 6 de abril de 1983, por la que se dictan normas a efectos de control de la situación de incapacidad temporal en el sistema de la Seguridad Social, y remitirá la misma, debidamente sellada y firmada, a la Entidad Gestora en el plazo de cinco días contados a partir del mismo día de su recepción, utilizando a tal efecto cualquier medio autorizado que permita dejar constancia del hecho de la comunicación"* (con el mismo contenido, el artículo 6.2 de la Orden de 19 de junio de 1.967). Tal y como se razona en la sentencia recurrida, el plazo contemplado en esos preceptos fue cumplido por la demandante, teniendo en cuenta que ese tercer día era domingo y no hay constancia de que las oficinas de la empresa estuviesen abiertas, lo que habilitaba la posibilidad de presentarlo el lunes, tal y como ocurrió.

De lo razonado se desprende que en el punto clave de la discusión jurídica aquí planteado -si la empresa tenía la obligación de dar de alta en Seguridad Social a la trabajadora aunque no hubiese reanudado físicamente la actividad- lo resolvió adecuadamente la sentencia recurrida y no la de contraste. No obstante, como antes se dijo, la realidad es que la demandante no se encontraba en situación de alta en el momento del hecho causante, porque la empresa entendió que no procedía hacerlo, de manera que no cumplía la trabajadora con las exigencias legales previstas para acceder al subsidio, contenidas en el artículo 130, en relación con el 128.1 LGSS, lo que determinaría que ese incumplimiento de la obligación empresarial de solicitar el alta, que se completa con lo previsto en los artículos 100.1, 124.1 y 130 de aquella norma, y los artículos 29 y 30 del Real Decreto 84/1996, de 26 de enero, por el que se aprueba el Reglamento general sobre Inscripción de Empresas y Afiliación, altas, bajas y variaciones

de datos de trabajadores en la Seguridad Social, conduxese en su momento a la declaración matizada de responsabilidad empresarial por la sentencia de instancia, confirmada por la hoy recurrida, todo ello de conformidad con lo que dispone el artículo 126.2 LGSS. Por ello en la sentencia recurrida se valora esa responsabilidad y se le confiere el alcance limitado que antes se ha visto, pues alcanzaba únicamente al abono de la prestación del cuarto al decimoquinto día, correspondiendo al INSS el resto."

Aplicando la doctrina anteriormente consignada al supuesto debatido, procede la estimación del recurso formulado. De conformidad con lo establecido en el art. 126.2 de la Ley General de la Seguridad Social sobre responsabilidad en orden a las prestaciones y del artículo 94.2 a) de la Ley General de la Seguridad Social, texto articulado aprobado por Decreto 907/1966, de 21 de abril, la empresa C Canarias S.A. sería responsable de la prestación de incapacidad temporal, por falta de alta de la trabajadora. Ocurre, sin embargo, que dicho incumplimiento empresarial no obedece a una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento, sino por el contrario a un error propiciado por las propias Entidades Gestoras. En efecto, la empresa el 4 de agosto de 2005 elevó consulta a dichas entidades sobre si debía tramitar el alta de la trabajadora en la Seguridad Social, tras agotar el periodo máximo de incapacidad temporal, habiendo iniciado un nuevo periodo de baja sin reincorporarse efectivamente a su puesto de trabajo, a lo que el Instituto Nacional de la Seguridad Social contestó que la situación de la trabajadora, en el momento del hecho causante - inicio del segundo periodo de incapacidad temporal - no es de alta ni de asimilada al alta, quedando acreditada la situación de alta únicamente a partir de la incorporación al trabajo y la consiguiente comunicación por parte de la empresa a la Tesorería General de la Seguridad Social, mediante el preceptivo parte de alta en la empresa. Por su parte la Tesorería General de la Seguridad Social le contestó a la empresa, el 26 de agosto de 2005 que la fecha de reincorporación al trabajo de la trabajadora es la fecha de efectos del alta con carácter general, estableciéndose la obligación de alta y cotización desde dicha fecha. Tales respuestas motivaron que la empresa no procediera a dar de alta a la trabajadora, no procediendo a la vista de tales datos, declarar la responsabilidad de la empresa en el abono de la totalidad de las prestaciones de incapacidad temporal devengadas por la trabajadora, a partir del inicio del segundo periodo de dicha situación, sino que únicamente será responsable, en su caso, del periodo fijado en el artículo 131 de la Ley General de la Seguridad Social, siendo responsable el Instituto Nacional de la Seguridad Social del abono de la prestación a partir del decimosexto día de la baja, no procediendo a condenar a la empresa en este sentido ya que la actora ha desistido de la demanda formulada contra la misma."

220/08

009

## TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social (Unificación de Doctrina): Sentencia de 27/01/2009

Ponente: Excmo. Sr. D. Fernando Salinas Molina

### Síntesis

**Reintegro de prestaciones de desempleo (art. 145 bis LPL): invocación por el Servicio Público de Empleo Estatal de contratación temporal abusiva y fraudulenta. No procede reintegro de las prestaciones cuando el trabajador, -incluso si hubiese sido contratado correctamente-, habría percibido también la prestación de desempleo. Se reitera doctrina.**

### Fundamentos de Derecho y Doctrina:

**"PRIMERO.- 1.-** Se debate en el presente recurso de casación unificadora si los sucesivos contratos temporales que la empresa recurrente suscribió con el trabajador codemandado en este pleito, instado por el "Servicio Publico de Empleo Estatal" (SPEE), deben declararse abusivos o fraudulentos, a los efectos previstos en el art. 145 bis 1. de la Ley de Procedimiento Laboral (LPL).

**2.-** El supuesto que contempla la sentencia ahora recurrida, dictada en fecha 25-octubre-2007 por la Sala de lo Social del TSJ/Comunidad Valenciana (rollo nº 3911/2006) estimatoria del recurso de suplicación interpuesto por el SPEE contra la sentencia de instancia (de fecha 6-julio-2006 dictada por el JS nº 12 de Valencia, autos nº 1067/2005), es el de empresa que teniendo como actividad ordinaria la de comercializar fruta en las diversas campañas de fruta y verdura, que suscribió con el trabajador codemandado entre los años 1995 a 2005, durante diversos periodos coincidentes con la campaña de fruta y verdura y como conductor para trasportar la fruta del lugar de origen al almacén para su comercialización a través de la modalidad contractual de obra o servicio determinado, interrumpiéndose la prestación de trabajo únicamente durante diversos meses al año pasando el trabajador a percibir la prestación contributiva de desempleo hasta la formalización del siguiente contrato.

**3.-** Son tales prestaciones de desempleo, las que el SPEE reclama a la empresa en su demanda; la sentencia suplicación, revocando la de instancia, estimó la demanda, tras entender que la relación laboral entre el trabajador y la empresa es única y de carácter fijo discontinuo, llega a la conclusión de que las prestaciones son efectivamente fraudulentas y entendiendo que la finalidad del

art. 145 bis LPL es completar a la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social (LISOS), estableciendo sus mecanismos por el que el empresario esta obligado a hacerse cargo de aquellas prestaciones que se han generado como consecuencia de una actuación infractora, argumentando que *“la finalidad del procedimiento del art. 145 bis LPL es perseguir el abuso en la contratación temporal fraudulenta con independencia de que el SPEE haya sufrido un perjuicio”*; obligándose, en consecuencia, a la empresa la devolución de cantidades obtenidas por el trabajador en concepto de prestaciones por desempleo, trasladando al empresario el coste soportado por el SPEE.

4.- En la sentencia invocada como de contraste (STSJ/País Vasco 26-septiembre-2006 y auto aclaración 10-octubre-2006, rollo 1273/2006), se desestimaba el recurso de suplicación interpuesto por el INEM y se confirmaba la sentencia de instancia que desestimó la demanda planteada por el organismo gestor en la que se pedía se declarase a la empresa dedicada a la actividad de fabricación de conservas de pescados en distintas campañas pesqueras estacionales responsable del importe de las prestaciones por desempleo percibidas por las trabajadoras codemandadas, auxiliares de tratamiento de pescado, al finalizar sus contratos de obra o servicio determinado. Se entendía que la verdadera naturaleza de la relación laboral existente entre la empresa y las trabajadoras era de fijo discontinuo pero que la contratación, aun siendo irregular, no era fraudulenta ni abusiva a los efectos contemplados en el art. 145 bis LPL y, además, de haberse correctamente formalizado los contratos, también habrían tenido derecho a la prestación de desempleo, argumentándose que la finalidad del cuestionado precepto procesal es *“la reparación del daño causado al SPEE cuando la actuación de la mercantil provoca que éste haya hecho frente a prestaciones por desempleo y cotizaciones a la Seguridad social que no correspondía satisfacer si la empresa hubiere contratado correctamente al trabajador”*.

**SEGUNDO.- 1.-** Superado, por lo expuesto, el requisito de la contradicción ex art. 222 LPL, la empresa recurrente en el motivo dedicado a fundamentar la infracción legal, denuncia la del art. 145 bis LPL, de manera suficiente, a pesar de la oposición del organismo gestor impugnante, procediendo entender que, si bien de forma sintética, se cumple con la exigencia ex arts. 222 LPL y 477.1 y 481 de la supletoria Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) de alegar de forma expresa y clara la concreta infracción legal que se denuncia, razonando de forma expresa y clara sobre la pertinencia y fundamentación del recurso en relación con la infracción o infracciones que son objeto de denuncia (en el sentido fijado, entre otras, en las STS/IV 10-octubre-2007 -recurso 3782/2006 y 26-diciembre-2007 -recurso 683/2007) .

2.- En el apartado primero del referido precepto procesal, añadido por Ley 45/2002, de 12 diciembre, se establece que *“Cuando la Entidad Gestora de las prestaciones por desempleo constate que, en los cuatro años inmediatamente anteriores a una solicitud de prestaciones, el trabajador hubiera percibido prestaciones por finalización de varios contratos temporales con una misma empresa, podrá dirigirse de oficio a la autoridad judicial demandando que el empresario sea declarado responsable del abono de las mismas, salvo de la prestación correspondiente al último contrato temporal, si la reiterada contratación temporal fuera abusiva o fraudulenta, así como la condena al empresario a la devolución a la Entidad Gestora de aquellas prestaciones junto con las cotizaciones correspondientes”*.

3.- La cuestión litigiosa ya ha sido resuelta reiteradamente por esta Sala, entre otras, en sus sentencias de fechas, 10-octubre-2007 (recurso 3782/2006), 26-diciembre-2007 (recurso 4831/2006), 14-enero-2008 (recurso 778/2007), 29-enero-2008 (recurso 4488/2006), 7-febrero-2008 (recurso 857/2007), 19-febrero-2008 (recurso 1353/2007), 14-mayo-2008 (recurso 1829/2007), 29-mayo-2008 (recurso 2315/2007), 29-05-2008 (recurso 2315/2007) 4-noviembre-2008 (recurso 3179/2007), 20-noviembre-2008 (recurso 4309/2007), 26-noviembre-2008 (recurso 534/2008), siendo la solución correcta la que ha sido aplicada por la sentencia referencial, por las razones que expusimos en las nuestras anteriores y que ahora pasamos a reiterar, en lo que resulta de interés.

4.- Se ha establecido como doctrina, en términos generales, que *“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 Publico de Empleo Estatal (antes INEM), en una especie de custodio o garante de la legalidad de la contratación laboral en general”*; que *“nada explica la Ley en su exposición de motivos sobre cual 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 supuestamente 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 también ´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, como sucede en los supuestos de contratos de fijos discontinuos y contratos de eventualidad para empresas de actividad estacional o discontinua”, se manifestó ya esta Sala en su sentencia de 29-1-02 (R-704/01)”.*

5.- En definitiva, se concluye que “*la pretensión de condena empresarial al reintegro ejercitada vía art. 145 bis.1 LPL 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 hubiera estado 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. De modo que si queda de manifiesto que las trabajadoras también habrían tenido derecho a desempleo si en lugar de suscribir el contrato concertado, supuestamente abusivo o fraudulento, hubieran celebrado 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*”.

**TERCERO.-** La aplicación de la expuesta doctrina jurisprudencial al caso de autos conduce a la estimación del recurso de la empresa y a la casación y anulación de la sentencia recurrida y a la desestimación del recurso de igual clase formulado por el SPEE, confirmando la sentencia de instancia, y a desestimar la demanda absolviendo a la misma a los codemandados, empresa y trabajador, ya que siendo evidente que los contratos debieron ser de fijo discontinuo, y no de obra o servicio determinado dada la actividad de la empresa, también lo es que igualmente, independiente de la forma del contrato, el trabajador habría tenido derecho a desempleo, no existiendo un lucro indebido de prestaciones imputable a la empresa, ni un perjuicio para la Entidad Gestora, razón por la cual la empresa y el trabajador codemandados deben ser absueltos. Sin costas.”.

2226/08

010

## TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social (Unificación de Doctrina): Sentencia de 03/02/2009

Ponente: Excm. Sra. Doña Rosa María Virolés Piñol

### Síntesis

**FONDO DE GARANTÍA SALARIAL.- RESPONSABILIDAD SUBSIDIARIA (art. 33-2 ET).** Abono de indemnización por despido objetivo del art. 52 c ET, que no fue satisfecha por la empresa al acordar el cese.- Responsabilidad del FOGASA. No se pierde la garantía por el hecho de que el trabajador no impugnara el despido, aunque éste hubiera debido tratarse como despido colectivo.

### Fundamentos de Derecho y Doctrina:

“**PRIMERO.-** 1.- Los demandantes, que prestaron servicios por cuenta de la empresa demandada, fueron despedidos por causas económicas al amparo de lo dispuesto en el art. 52 c) ET, sin que la empresa pusiera a su disposición la indemnización legalmente procedente. Es de destacar en el caso, que los actores procedieron a interesar del FOGASA el 40% de la indemnización establecida en el art. 33.8 ET lo que les fue denegado por ocupar la empresa a más de 25 trabajadores. Por sentencias judiciales firmes, la empresa fue condenada a satisfacer el 40% y el 60% correspondiente a la indemnización por despido objetivo, siendo en ambos procedimientos declarada insolvente. En la demanda origen de autos, interesan los demandantes el abono de las prestaciones de garantía derivadas de la insolvencia empresarial, siendo estimada su pretensión tanto por el Juzgado de instancia como por la Sala de Suplicación. Parte para ello la Sala de afirmar que no estamos en presencia de la obligación directa y principal del FOGASA prevista en el art. 33.8 ET, sino en la que contempla el apartado 2 del mismo precepto legal con fundamento en un procedimiento de cantidad frente a la empresa, previa reclamación del 40% y del 60% de la indemnización derivada de la extinción del contrato; concluyendo que concurren los requisitos de la garantía en beneficio de los trabajadores: a) la extinción de sus contratos por decisión empresarial, b) el reconocimiento por sentencia judicial firme de sus créditos indemnizatorios, y c) consta la insolvencia empresarial.

2.- Disconforme el FOGASA con la resolución de la Sala de suplicación, formula el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, proponiendo como sentencia de contraste, la dictada por la Sala Social del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 31 de octubre de 2006 (rec. 864/06), que aborda un supuesto similar al actual, si bien en el caso únicamente se dedujo demanda interesando el abono del importe del 60% de la indemnización frente a la empresa, y tras ser declarada insolvente, se solicitaron las cantidades correspondientes al FOGASA. La sentencia de instancia estimó la pretensión deducida en demanda, pero de tal parecer discrepa la Sala de suplicación. Razona al respecto, y con particular remisión a la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo de fecha 16 de noviembre de 2004 (rec. 127/2004), que en el caso, los contratos de trabajo se extinguieron sin cumplir

los requisitos del art. 51 ET, careciendo en consecuencia de validez dichas extinciones contractuales como despidos objetivos, tratándose de un supuesto ajeno a las previsiones del art. 52 c) ET, no procediendo por lo tanto la aplicación del art. 33 ET.

3.- De la comparación de ambas sentencias, se aprecia la necesaria divergencia entre las mismas que habilita el juicio de la contradicción, quedando constreñida la cuestión planteada en el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, a la responsabilidad subsidiaria del FOGASA en el pago del 60% de la indemnización legalmente establecida a favor de los trabajadores. En ambos casos, se trata de despidos que la empresa llevó a cabo bajo la forma de despidos objetivos del art. 52 c) ET aún afectando a la totalidad de la plantilla, los cuales no fueron impugnados por los trabajadores despedidos. Posteriormente deducen las respectivas demandas por cantidad –en un caso por el 40% y 60%, y en el otro, sólo por el 60%- frente a las empleadoras y tras diversos avatares procesales que concluyen declarando la insolvencia empresarial, se interesa del FOGASA el abono de la prestación correspondiente.

Es cierto que la sentencia de contraste se remite a pronunciamientos de esta Sala del Tribunal Supremo –entre ellos, SSTs 14-12-1999 (rec. 1824/99), 16-11-2004 (rec. 127/04), en las que se ventilaban reclamaciones sobre la obligación que impone sobre el FOGASA el art. 33.8 ET. En todos estos casos se trató de empresas compuestas por muy pocos trabajadores, pero que superaban el número de cinco, las cuales procedieron a cesar en su actividad, cerrando su puesto de trabajo, para lo cual despidieron al mismo tiempo a sus empleados mediante despidos objetivos del art. 52 c) del ET. Como las plantillas de estas empresas no alcanzaban los 25 trabajadores, algunos de ellos formularon las demandas origen de aquellos procesos, dirigidas contra el FOGASA, reclamando que éste les abonase el 40% de la indemnización por despido objetivo, en base a lo que establece el art. 33-8 del ET. Las referidas sentencias desestimaron las demandas.

En los supuestos a comparar en el presente recurso, la situación de partida no es la misma que la que resuelven las sentencias señaladas, al existir sentencias judiciales firmes en reclamación de cantidad, condenatorias frente a la empresa y autos que las declaran insolventes, basándose la reclamación de autos en el mandato del art. 33.2 ET.

No obstante lo anteriormente expuesto, ha de estimarse que concurre el requisito de contradicción exigido por el art. 217 de la Ley de Procedimiento Laboral.

**SEGUNDO.-** Superado el requisito de contradicción, cabe examinar el fondo del recurso de casación para la unificación de doctrina formulado.

Denuncia el recurrente la infracción de los artículos 33.1 y 2, 51 y 52 c) del Estatuto de los Trabajadores, y de la jurisprudencia.

Alega el recurrente para que nazca la obligación para el Fondo, es de todo punto necesario que nos encontremos ante un despido colectivo del art. 51 del Estatuto de los Trabajadores en el que, como consecuencia del expediente instruido en aplicación de lo que esta norma establece se hayan extinguido los contratos de trabajo de determinados trabajadores; o de un despido objetivo de los que prevé el art. 52 c) del mencionado cuerpo legal; de modo que si la situación analizada no puede ser incardinada en ninguno de estos preceptos, falta el requisito fundamental e ineludible para que el art. 33.8 pueda ser aplicado, y en consecuencia no existe obligación del FOGASA en relación al pago directo del 40% de las indemnizaciones que hubieran podido estipularse, ni tampoco del 60% en forma de responsabilidad subsidiaria. Concluye señalando que cuando –como aquí es el caso-, la extinción de los contratos de trabajo afecte a la totalidad de la plantilla de la empresa, sólo podrá efectuarse la extinción por medio de despido colectivo; y que como quiera que la empresa ha procedido a la extinción de los contratos laborales de toda la plantilla acogándose al art. 52 c) ET, carece de validez el despido objetivo; y si no hay despido objetivo, ni tampoco despido colectivo formalmente, no puede aplicarse la responsabilidad subsidiaria del FOGASA. Se remite asimismo el recurrente a la sentencia de contraste que entiende sigue el criterio de esta Sala del Tribunal Supremo.

El motivo no merece acogida. La sentencia de contraste, aún tratándose de un asunto sustancialmente igual al presente, su fundamentación se limita a la transcripción de la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo de fecha 16-11-2004 (rec. 127/2004), que a su vez se remite a las de 24-09-2002 (rec. 588/02) y 14-12-1999, para concluir señalando que al haberse extinguido los contratos de trabajo sin cumplir los requisitos del art. 51 ET, carecían de validez estas extinciones contractuales como despidos objetivos, al tratarse de un supuesto que queda fuera del marco y previsiones del art. 52 c) ET, llegando incluso a negar la existencia de despido objetivo, no siendo subsumible en el art. 33 ET.

Considera la Sala que la sentencia de contraste no contiene la doctrina acertada, por cuanto las sentencias de esta Sala del Tribunal Supremo a cuya doctrina se remite, parten de unas circunstancias que difieren de las que concurren en el presente caso.

Ciertamente, como señala la sentencia recurrida, reconociéndose los incumplimientos formales por parte empresarial en el cese acordado, no se está reclamando el importe del 40% de la indemnización prevista en el apartado 8 del art. 33, en cuyo caso podría ser de aplicación la doctrina de la Sala a la que se remite el recurrente, con exoneración de responsabilidad al FGS, sino

que se está accionando con base en el apartado 2 del mismo precepto y con fundamento en la existencia de sendas sentencias firmes de condena en procedimientos de reclamación de cantidad frente a la empresa, previa reclamación del 40% y del 60% de la indemnización derivada de la extinción contractual acordada, en cuyos procesos ya fue oído el FGS, desestimándose su petición de exoneración de responsabilidad al no postularse frente al mismo el abono del importe previsto en el art. 33-8 ET, entrando en consecuencia en juego el efecto positivo de la cosa juzgada previsto en el art. 222.4 LEC.

Como asimismo señala esta Sala en la reciente sentencia de 31 de enero de 2008 (rec. 3863/2006), que se refiere a las anteriormente citadas: *"A pesar de la indiscutible igualdad que presentan los hechos que sirven de base al presente juicio y los que dieron lugar a las sentencias de esta Sala que se acaban de mencionar, los asuntos planteados en aquél y en éstas son distintos, pues las pretensiones ejercitadas son diferentes. En las sentencias del Tribunal Supremo mencionadas, como se acaba de ver, se reclamó el cumplimiento por el Fogasa de la obligación de abonar el 40 por 100 de la indemnización por despido objetivo que estatuye el art. 33-8 del ET, en cambio en la presente litis se trata de una reclamación dirigida contra el Fogasa sobre la responsabilidad subsidiaria de este organismo, cuestión claramente diferente de aquellas pretensiones. A este respecto, baste citar la declaración de la mencionada sentencia de 14 de diciembre de 1999, cuando precisó que "la obligación que estatuye este art. 33-8 es distinta, en contenido, naturaleza y fines, de las que se estructuran en los números 1 y 2 del mismo artículo, por cuanto que aquélla es de carácter principal y directo, mientras que éstas son de carácter subsidiario pues sólo pueden ser operativas en los casos de 'insolvencia, suspensión de pagos, quiebra o concurso de acreedores de los empresarios'; además en estas últimas el Fogasa, una vez que ha hecho efectivo a los operarios el pago de las pertinentes indemnizaciones, conforme a los números 1 o 2 del art. 33, se subroga en los derechos y obligaciones de éstos, como ordena el número 4 de este precepto; cosa que no acontece, en modo alguno, en los supuestos del número 8, pues en ellos la responsabilidad del Fondo es propia, principal y directa.*

*Por esta divergencia que se acaba de consignar, no es posible aplicar aquí la doctrina contenida en estas sentencias de la Sala.*

*(...) Ahora bien, para que nazca la responsabilidad subsidiaria del Fogasa que este precepto regula, es de todo punto necesario que las indemnizaciones por despido que a éste se reclamen hayan sido "reconocidas como consecuencia de sentencia, auto, acto de conciliación judicial o resolución administrativa a favor de los trabajadores". No basta, por tanto, a los efectos de esta responsabilidad subsidiaria del Fogasa con que, de un modo u otro, aparezca en el ámbito de la controversia una indemnización por despido, sino que es ineludible, para que exista esta responsabilidad subsidiaria, que esa indemnización esté reconocida por alguno de los títulos habilitantes que puntualiza el citado art. 33-2, como se acaba de indicar. Así lo corrobora la doctrina recogida en las sentencias de esta Sala de 4 de julio de 1990 (dictada en "interés de ley" y por el Pleno de la Sala), 22 de diciembre de 1998 (rec. 1595/98), 17 de enero del 2000 (rec. 574/99), 18 de septiembre del 2000 (rec. 3840/99), 26 de diciembre del 2002 (rec. 644/2002), 23 de abril del 2004 (rec. 1216/2003) y 23 de noviembre del 2005 (rec. 3429/2004), entre otras. A este respecto, se destaca que las citadas sentencias de 18 de septiembre del 2000, 26 de diciembre del 2002 y 23 de abril del 2004 han declarado que lo que el art. 33 del ET "pone a cargo del Fondo de Garantía son las prestaciones que sustituyen obligaciones incumplidas por un empresario insolvente, en materia de salarios y de indemnizaciones por cese. Pero estos conceptos dinerarios no se atienden sin más. Es preciso disponer de un título habilitante que la norma exige. Para los salarios es suficiente con una conciliación, previa o judicial. Para las indemnizaciones por despido u otras modalidades extintivas, se precisa una sentencia o una resolución administrativa"; debiéndose de añadir a estos "títulos habilitantes", como se ha precisado, los autos y conciliaciones judiciales, en base a las reformas de este precepto llevadas a cabo en los últimos años."*

Es evidente, que este título habilitante, que exige el art. 33-2 del ET, ha de estimarse que existe en el presente caso, pues la petición se funda en sendos reconocimientos contenidos en sentencias firmes.

Por último, tampoco puede aceptarse la alegación relativa a que los trabajadores pudieron en su momento haber impugnado la extinción acordada de sus contratos por no haber cumplido la empresa las previsiones previstas en el art. 51 ET para conseguir la nulidad de la decisión extintiva, y en incidente de no readmisión por cierre de la empresa conseguir una mayor indemnización (45 días de salario por año de servicio, en lugar de los 20 días reconocidos), porque en definitiva la falta de impugnación sólo a los trabajadores perjudica. Respecto a esta cuestión, esta Sala del Tribunal Supremo, en sentencia de 22 de enero de 2007 (rec. 3011/2005), ya señaló que: *"el objeto principal de la acción por despido es la obtención de una declaración judicial de nulidad o improcedencia, por lo que si el trabajador acepta plenamente la corrección y licitud del despido decretado por el empresario no se plantea realmente conflicto alguno relativo a ese núcleo esencial del juicio de despido, y por tanto no sería adecuado exigirle entablar tal clase de acción con el único fin de poder cobrar una indemnización cuyos elementos esenciales están reconocidos por la demandada. Si el trabajador considera que su cese es conforme a ley, no tiene por qué ejercitar ninguna acción de despido, y la falta de ejercicio de esta acción no puede producir la consecuencia de que por ello pierda las indemnizaciones establecidas para esos ceses lícitos."*

**TERCERO.-** Por cuanto antecede, ha de estimarse que la doctrina correcta es la contenida en la sentencia recurrida; y no apreciándose las infracciones denunciadas, se impone la desestimación del recurso. Sin costas."

**TRIBUNAL SUPREMO**

Sala de lo Social (Unificación de Doctrina): Sentencia de 03/02/2009

Ponente: Excm. Sra. Doña María Luisa Segoviano Astaburuaga

**Síntesis**

**ACCIDENTE DE TRABAJO. INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS. SI LA INDEMNIZACIÓN SE FIJA UTILIZANDO EL BAREMO DE LA LEY SOBRE RESPONSABILIDAD CIVIL Y SEGURO EN LA CIRCULACIÓN DE VEHÍCULOS A MOTOR, NO PROCEDE EL DESCUENTO DEL CAPITAL-COSTE DE LA PRESTACIÓN DE INCAPACIDAD PERMANENTE TOTAL. REITERA DOCTRINA**

**Fundamentos de Derecho y Doctrina:**

‘PRIMERO.- El Juzgado de lo Social núm. 2 de los de Avilés dictó sentencia el 16 de febrero de 2005, autos 457/04, estimando parcialmente la demanda formulada por D. Alejandro frente a Puertas Acorazadas A S.L., Adecco T.T.S.A., empresa de trabajo temporal, Fiatc Mutua de Seguros y Reaseguros a prima fija y La Estrella S.A. de Seguros y Reaseguros, condenando a Puertas Acorazadas A S.L. y a Fiatc Mutua de Seguros y Reaseguros a prima fija a abonar solidariamente al actor la cantidad de 31.180'91 euros, absolviendo a los demás demandados de los pedimentos en su contra deducidos. Tal y como resulta de dicha sentencia la empresa Adecco TT S.A. suscribió con Puertas Acorazadas A S.L. un contrato de puesta a disposición y cesión del trabajador D. Alejandro, siendo la cualificación del trabajador la de peón y sus funciones la ayuda al montaje de puertas y demás tareas auxiliares. El 8 de febrero de 2002 el trabajador sufrió un accidente de trabajo, a consecuencia del cual fue declarado en situación de incapacidad permanente total por resolución de 28-8-03 de la Dirección Provincial del INSS, con derecho al percibo de una pensión del 55% de una base reguladora de 1089'04 euros mensuales -fijada en 10892'01 euros por sentencia del Juzgado de lo Social núm. 6 de Oviedo- ascendiendo el capital-coste de la citada pensión a 127.895'75 euros, habiendo percibido el trabajador, en concepto de subsidio por incapacidad temporal de 8-2-02 a 21-11-02 4.705'64 euros. El 22-8-02, la Inspección de Trabajo y Seguridad Social extendió Acta de infracción en la que, tras calificar la conducta empresarial como infracción grave, propuso la sanción en su grado mínimo de 1554'30 euros a Puertas Acorazadas A S.L., acta confirmada por Resolución del Consejero de Trabajo y Promoción de Empleo, estando pendiente de resolución del recurso contencioso-administrativo que contra la misma se ha interpuesto. La sentencia fijó la cantidad a indemnizar en 31.180'91 euros, aplicando el Anexo a la ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, en su actualización para el año 2003, razonando que el sistema de baremo permite excluir la consideración de la pérdida económica derivada de la incapacidad temporal, después definitiva, de manera que la cuantía resultante sea la misma que si el perjudicado no realiza actividad lucrativa alguna, cuya pérdida es la que causa las prestaciones económicas de Seguridad Social, por lo que al suprimir dicho factor del cálculo de la indemnización no procede volver a restar posteriormente la cuantía capitalizada de las prestaciones económicas, puesto que se duplicaría la minoración de las mismas. En resumen, no procede restar de la cuantía final el importe capitalizado de las prestaciones de Seguridad Social. La sentencia cuantifica la cantidad final tomando en cuenta los siguientes importes: 2088'31 euros, correspondientes a 38 días de hospitalización, desde el accidente al 18-3-02; 5.987'62 euros, correspondientes a 249 días de baja médica restantes, considerándose como término final el alta médica con propuesta de invalidez de 22-11-02; 23.104'98 euros correspondientes a la valoración de las secuelas, consistentes en "disyunción púbrica y sacroiliaca, según afectación estática vertebral y función locomotriz", que se valora en el máximo del arco posible, 12 puntos, a los que han de añadirse otros 12 del perjuicio estético, lo que supone 24 puntos, a 962,707353 euros el punto, teniendo en cuenta la edad de la víctima en la fecha del siniestro, sin que hayan de aplicarse factores de corrección por razón de la incapacidad, dado que la misma viene compensada por el sistema de Seguridad Social, ni tampoco los relativos a perjuicios económicos por el principio de rentabilidad.

Recurrida en suplicación por el actor D. Alejandro y por la demandada Fiatc Mutua de Seguros y Reaseguros a prima fija, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias dictó sentencia el 17 de noviembre de 2006, recurso 2998/05, estimando el recurso formulado por Fiatc-Mutua de Seguros y Reaseguros a prima fija, desestimando el formulado por el actor y desestimando la demanda en su día interpuesta. La sentencia entendió, en aplicación de la doctrina de esta Sala contenida en la sentencia de fecha 9 de febrero de 2005, que las prestaciones de Seguridad Social, si bien no agotan la indemnización total que pudiera proceder en concepto de responsabilidad civil por culpa o negligencia del empresario en la producción de un accidente de trabajo, se integran en ese total indemnizatorio y son, por lo tanto, deducibles del importe que hubiera tenido que abonarse en el supuesto de que no hubieran existido tales prestaciones, siendo deducible el capital coste de la pensión de invalidez permanente. En consecuencia, la sentencia concluye que al constar que el capital-coste a favor del actor asciende a 127.895'75 euros y que la cantidad percibida por subsidio de incapacidad temporal asciende a 4705'64, excediendo la suma de ambas cantidades con mucho, de la indemnización fijada en la sentencia, no procede fijar cantidad alguna en concepto de indemnización.

Contra dicha sentencia se interpuso por la parte actora recurso de casación para la unificación de doctrina, aportando como sentencia contradictoria la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, de 21 de abril de 2005, recurso 1505/03, firme en el momento de publicación de la recurrida, ya que fue declarada firme en virtud de providencia de 1 de junio de 2005.

Las demandadas Puertas Acorazadas A S.L. y Fiatc Mutua de Seguros a prima fija han 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 requisito 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 Castilla-La Mancha, el 21 de abril de 2005, recurso 1505/03, estimó parcialmente el recurso formalizado por la representación letrada del trabajador D. José Antonio contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 2 de los de Albacete, de fecha 3 de marzo de 2003, autos 513/01, seguidos a instancia del recurrente frente a la Excm. Diputación Provincial de Albacete, Zurich Inrernacional S.A., Banco Vilalicio de España y Consorcio Cultural A, en reclamación de indemnización por daños derivados de accidente de trabajo y con revocación de la misma y estimación parcial de la demanda, procedió a reconocer al actor el derecho a percibir, como indemnización derivada del accidente laboral, la cantidad de 6.000 euros, condenando solidariamente a la empresa demandada y a la aseguradora Banco Vitalicio de Seguros y Reaseguros. Consta en dicha sentencia que el actor, contratado el 7-12-98 por la empresa Umano ETT y puesto a disposición del Consorcio Cultural de A para la descarga, preparación y mantenimiento de una obra teatral sufrió un accidente de trabajo el 15 de diciembre de 1998, al caer al vacío desde el falso trecho del teatro donde había sido enviado por un superior, empleado de ETT, para que realizara el empalme eléctrico de un cañón de luces. Como consecuencia de las secuelas del accidente el actor fue declarado en situación de incapacidad permanente total, ascendiendo el capital coste de la prestación reconocida a 108.460'91 euros. El Consorcio Cultural de A, entidad con personalidad jurídica propia, integrado por la Diputación, la Junta de Comunidades, cuatro Ayuntamientos de la Provincia -incluido el de Albacete- y cuatro Cajas de Ahorro- tienen suscrito con el Banco Vitalicio una póliza de responsabilidad civil, en vigor en el momento del accidente. La sentencia entendió que medió culpa empresarial -por omisión- en el accidente acaecido, concretada en falta de formación y culpa "in vigilando" en el uso de medios de protección, que incidió de manera relevante en la producción del siniestro laboral. Respecto a la fijación de la indemnización la sentencia razona, citando sentencias tanto de dicha Sala como de esta Sala de lo Social, y del Tribunal Constitucional, que la utilización del baremo de accidente de tráfico para la fijación de la indemnización por accidente de trabajo, aunque no existe un especial argumento normativo para ello, salvo cierta posibilidad analógica, discutible, como es el Anexo de la Ley de Seguros Privados, tiene una razón de ser claramente distinta de la que puede surgir de un accidente de tráfico, pues existe una especial responsabilidad entre el propietario de la instalación empresarial donde se presta el trabajo y el trabajador, por lo que no procede -como ha hecho la juzgadora de instancia- aplicar el anexo de la Ley del Seguro Privado y descontar la capitalización de la prestación de incapacidad permanente total reconocida al trabajador ya que, de realizarse tal operación, tras establecer la responsabilidad del empresario incumplidor, se llegaría a fijar una indemnización "cero" (consecuencia del descuento de la capitalización de la cantidad fijada como indemnización de daños y perjuicios). Finaliza la sentencia señalando que, atendiendo a las circunstancias concurrentes, a la existencia comprobada de omisión de falta de formación en materia de Seguridad y Salud y de falta de cuidado y vigilancia de los medios de protección, así como la existencia de una indemnización por parte de Winterthur, procede la fijación de la indemnización, ya que sería una figura nueva la existencia de culpa sin responsabilidad, estableciendo la misma en 6000 euros.

Entre la sentencia comparada y la de contraste concurren las identidades exigidas por el artículo 217 de la Ley de Procedimiento Laboral. En efecto en ambas sentencias se examina el supuesto de un trabajador que ha sufrido un accidente de trabajo, a consecuencia del cual ha sido declarado en situación de incapacidad permanente total, con derecho al percibo de la correspondiente prestación, en ambas se estima que existe el derecho a una indemnización de daños y perjuicios y se aplica el baremo de la ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, pero mientras en la sentencia recurrida de la indemnización total de daños y perjuicios reconocida, en aplicación del citado baremo, se descuenta el capital-coste de la prestación de la incapacidad permanente total reconocida al trabajador -lo que arroja indemnización "cero"- en la de contraste no se efectúa dicha detracción, fijándose una cantidad, ponderando las circunstancias concurrentes, en concepto de indemnización de daños y perjuicios. 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 1101 del Código civil en relación con el 1104 y concordantes.

La cuestión debatida se ciñe a determinar si procede o no detracer de la indemnización de daños y perjuicios, derivados de un accidente de trabajo, el capital coste de la pensión de incapacidad permanente total, reconocida a consecuencia de dicha contingencia.

La cuestión ha sido unificada por esta Sala, reunida en Sala General, rectificando el criterio anterior, en dos sentencias de 17 de julio de 2007, recursos 4367/05 y 513/06, seguidas de las de 2 y 3 de octubre de 2007, recursos 3945/06 y 2451/06, de 21 y 30 de enero de 2008, recursos 4017/06 y 414/07 de 20 de septiembre de 2008, recurso 1141/07. Nuestra doctrina al respecto, a cuyo fundamentación "in extenso" nos remitimos, puede resumirse, tal como lo hace la precitada sentencia de 21 de enero de 2008, en los siguientes términos: "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 resarcan 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".

Por todo lo razonado aplicando la doctrina transcrita al asunto ahora sometido a la consideración de la Sala, procede la estimación del recurso de casación para la unificación de doctrina con el limitado alcance que luego se dirá. No procede detraer de la indemnización de daños y perjuicios fijada, aplicando los parámetros y criterios contenidos en el Anexo de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguridad en la circulación de vehículos de motor -baremo orientativo cuya aplicación analógica ha sido expresamente admitida por esta Sala, entre otras, en sentencia de 17-2-99, recurso 2085/98, con cita de la de 2-2-99, recurso 124/97- el capital-coste de la pensión de incapacidad permanente total reconocida al trabajador accidentado, procediendo la fijación de la pertinente indemnización por el Juzgado, tras establecer los diversos conceptos indemnizables y su cuantía, lo que ha sido efectuado de forma pormenorizada por la juzgadora de instancia, aplicando, por razones cronológicas, el Anexo de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro de la circulación de vehículos a motor en la redacción dada por la ley 30/1995 y actualización en 2003, estableciendo la cantidad de 31.180'91 euros, en concepto de indemnización."

**TRIBUNAL SUPREMO**

Sala de lo Social (Recurso de Casación): Sentencia de 03/02/2009

Ponente: Excmo. Sr. D. Fernando Salinas Molina

**Síntesis**

**INCOMPETENCIA DE LA JURISDICCIÓN SOCIAL. EXPEDIENTES DE REGULACIÓN DE EMPLEO. TUTELA DEL DERECHO DE LIBERTAD SINDICAL;** si la violación de un derecho fundamental como, entre otros, el de libertad sindical, se produce en el marco de un expediente de regulación de empleo, bien en su tramitación o bien en su resolución, cuyo control jurisdiccional esté legalmente atribuido al orden jurisdiccional contencioso-administrativo, la tutela jurisdiccional de dicho fundamental derecho incumbe a la referida Jurisdicción.

**Fundamentos de Derecho y Doctrina:**

**“PRIMERO.- 1.-** Se interpone recurso de casación ordinario contra el auto de fecha 29-junio-2006 (autos 148/2005) dictado por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, resolviendo, mediante su confirmación, el recurso de súplica contra el auto de la propia Sala de fecha 28-mayo-2006, en el que se declaraba la incompetencia del orden jurisdiccional social para conocer de la demanda de tutela de los derechos de libertad sindical interpuesta por el Sindicato ahora recurrente y en la que suplicaba se dictara sentencia en la que se declarara *“la existencia de la vulneración denunciada y la nulidad radical de la decisión empresarial de excluir a este Sindicato de la mesa de negociación del ERE, con los demás pronunciamientos a que haya lugar de conformidad con el artículo 180 de la LPL, condenando únicamente a la empresa a abonar al Sindicato demandante una indemnización compensatoria por vulneración del derecho fundamental de libertad sindical de 80.000 euros”*.

**2.-** El Sindicato recurrente invoca como motivos del recurso, en primer lugar, defecto en el ejercicio de la Jurisdicción al sostener la competencia del orden social para conocer de la demanda de tutela de libertad sindical planteada por el recurrente, con alegación de los arts. 9.5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), 13 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical (LOLS) y 1 y 2.k) de la Ley de Procedimiento Laboral (LPL); y, en segundo lugar, error patente en la apreciación de la prueba, determinante de vulneración de la tutela judicial efectiva, con alegación de los arts. 97.2 LPL y 248.3 LOPJ.

**SEGUNDO.- 1.-** Con carácter previo y principal debe analizarse y resolverse la cuestión afectante a la competencia o incompetencia de los Juzgados y Tribunales del orden jurisdiccional social para conocer de la demanda de tutela de derechos de libertad sindical planteada ante la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional por el Sindicato ahora recurrente, pues de ser declarada la incompetencia del orden social decaen los demás motivos y alegaciones previas formuladas por la parte recurrente.

**2.-** Debe, no obstante, resolverse que el objeto del litigio se constituyó en el momento de la presentación de la demanda y que se debe estar a su concreto suplica, la que no fue complementada o ampliada por ningún escrito ulterior ni fue llegada a modificar en el acto inicial del juicio, en que sí se efectuó la ampliación respecto a un nuevo demandado, suspendiéndose luego para iniciar el trámite de alegaciones previo a la posible declaración de oficio de incompetencia (art. 5 LPL), por lo que no es dable, por imperativo de lo dispuesto en el art. 85.1 LPL, tener en cuenta los nuevos hechos y alegaciones que se formulan por la recurrente sobre posibles exclusiones del Sindicato demandante por parte de la empresa durante los años 2.003 y 2.004 antes del inicio del período de consultas del expediente de regulación de empleo (ERE) cuestionado y que, con relación a la cuestión competencial, incluso, tales hechos nuevos podrían comportar una variación sustancial de la demanda con respecto a un determinado periodo temporal que pudiera no estar afectado por aquélla cuestión de competencia.

**3.-** Igualmente, con independencia de la valoración efectuada por la Sala de instancia, las partes aceptan que el Sindicato recurrente instó con motivo del ERE y de su alegada exclusión una demanda ordinaria y una demanda de tutela ante la jurisdicción contencioso-administrativa con distinto resultado, y debe resolverse que tratándose la determinación de competencia entre los distintos órdenes jurisdiccionales de un cuestión de orden público, pudiendo declararse incluso de oficio, no está atribuida a la disponibilidad de las partes, por lo que es indiferente a los fines de esta cuestión competencial la conducta mantenida por el Sindicato recurrente en otros litigios pues no podría entrar aquí en juego la doctrina de los actos propios, ya que como dispone el art. 9.1 y 6 LOPJ, desarrollando el art. 117.3 de la Constitución Española (CE), *“los Juzgados y Tribunales ejercerán su jurisdicción exclusivamente en aquellos casos en que les venga atribuida por esta u otra Ley”* y *“la jurisdicción es improrrogable”* (en relación con arts. 5 y 12 LPL, y 37.2 y 38 supletoria Ley de Enjuiciamiento Civil –LEC).

**TERCERO.- 1.-** El art. 9.5 LOPJ, en el que declara el ámbito competencial del orden jurisdiccional social estableciendo que *“conocerán de las pretensiones que se promuevan dentro de la rama social del Derecho, tanto en conflictos individuales como colectivos, así como las reclamaciones en materia de Seguridad Social o contra el Estado cuando le atribuya responsabilidad la legislación laboral”*, en relación con el art. 13 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical (LO 11/1985, de 2 agosto 1985 -LOLS), en el

que se dispone que “Cualquier trabajador o sindicato que considere lesionados los derechos de libertad sindical, por actuación del empleador, asociación patronal, Administraciones públicas o cualquier otra persona, entidad o corporación pública o privada, podrá recabar la tutela del derecho ante la jurisdicción competente a través del proceso de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona”, de haberse atribuido la correspondiente competencia por el legislador ordinario, habría posibilitado que con plenitud el orden jurisdiccional social conociera de todo tipo de lesiones al derecho de libertad sindical, logrando una racionalidad en la distribución de competencias entre los distintos ordenes jurisdiccionales, lo que habría redundado en la beneficio de la seguridad jurídica (art. 9.3 CE) y en facilitar el logro de una verdadera tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE).

2.- Los anteriores planteamientos no han sido tenidos en cuenta, por ahora, por nuestra legislación, originado la normativa vigente el denominado “*peregrinaje de jurisdicciones*” y reforzando, en vez de intentar eliminarla mediante unos principios racionales propios de un Estado de Derecho (art. 1.1 CE), la afirmación que se ha visto obligado a efectuar el Tribunal Constitucional de que el reparto de competencias entre la jurisdicción laboral y la contencioso-administrativa “*obedece, en gran medida, a razones históricas y convencionales, y no a un principio general*” (STC 158/1985).

**CUARTO.- 1.-** Como se declaró expresamente por esta Sala de lo Social en su sentencia de fecha 30-noviembre-1998 (recurso casación ordinaria 150/1998), “*El principio general sobre el orden jurisdiccional competente para la tutela del derecho de libertad sindical es, como regla, que la competencia corresponde a la jurisdicción social, como cabe deducir del art. 13 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical (Ley Orgánica 11/1985 de 2 julio -LOLS) en relación con el art. 2 k) LPL, con las excepciones derivadas, en su caso, del art. 3 a) y 3 c) de la propia Ley de Procedimiento Laboral*”, llegándose a tal conclusión en materia de competencia jurisdiccional para la tutela de tan específico derecho fundamental, partiendo de que “*En efecto, en el art. 13 LOLS se establece que cualquier Sindicato «que considere lesionados los derechos de libertad sindical, por actuación del empleador, asociación patronal, Administraciones Públicas, o cualquier otra persona, entidad o corporación pública o privada, podrá recabar la tutela del derecho ante la jurisdicción competente», y en el art. 2 k) LPL, genéricamente, se proclama que los órganos jurisdiccionales del orden social conocerán de las cuestiones litigiosas que se promuevan «sobre tutela de los derechos de libertad sindical»; las excepciones derivarían, en su caso, del art. 3 c) LPL (en extremo no afectado por la declaración de invalidez, efectuada por la STS/III 3-10-1997 -recurso 953/1990)-, en lo que se refiere a la exclusión del orden jurisdiccional social del conocimiento de lo afectante a la tutela del derecho de huelga del personal estatutario), respecto a «la tutela de los derechos de libertad sindical ...relativa a los funcionarios públicos y personal a que se refiere el art. 1.3 a) del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores» y del art. 3 a) LPL, referente a la «impugnación de los actos de las Administraciones Públicas sujetos al derecho administrativo en materia laboral»*”.

2.- Con posterioridad a que se dictara la anterior sentencia, pareció abrirse legalmente la posibilidad de que las cuestiones suscitadas en el ámbito de los expedientes de regulación de empleo fueran objeto de conocimiento del orden jurisdiccional social, puesto que en 1.998 se modificó el art. 3.2 LPL estableciendo, en cuanto ahora nos afecta que “*Los Órganos Jurisdiccionales del Orden Social conocerán de las pretensiones sobre: ... b) Las resoluciones administrativas relativas a regulación de empleo y actuación administrativa en materia de traslados colectivos*”, que “*En el plazo de nueve meses desde la entrada en vigor de esta Ley, el Gobierno remitirá a las Cortes Generales un proyecto de Ley para incorporar a la LPL las modalidades y especialidades procesales correspondientes a los supuestos del anterior número*” y que “*dicha Ley determinará la fecha de entrada en vigor de la atribución a la Jurisdicción del Orden Social de las materias comprendidas en el número 2 de este artículo*”. No obstante, las previsiones de nuevo reparto competencial en materia de extinciones contractuales y sanciones previsto en la reforma de 1998 (disposición adicional quinta de la Ley 29/1998 de 13-julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, modificada al poco tiempo por Ley 50/1998 de 30-diciembre) siguen incluidas en el actual texto de la LPL, pero sin entrar en vigor a pesar del largo tiempo transcurrido.

3.- Más tarde se han seguido disgregando legalmente las competencias y excluyendo al orden social a favor ahora del orden jurisdiccional civil, pues, entre otros temas originariamente del ámbito de la jurisdicción social, la Ley Concursal asigna con plenitud al orden civil y al juez mercantil del concurso las acciones que tengan por objeto “*la extinción, modificación o suspensión colectivas de los contratos de trabajo en los que sea empleador el concursado*” (art. 8 Ley Concursal, Ley 22/2003 de 9-julio).

**QUINTO.- 1.-** En interpretación y aplicación de la normativa orgánica y procesal hasta ahora vigentes, con carácter general, y con relación a cuestiones planteadas sobre la tramitación y conclusión en el ámbito de los expedientes de regulación de empleo, esta Sala ha venido reiteradamente declarando la incompetencia del orden jurisdiccional social “*tanto para conocer de la impugnación directa de un Acuerdo entre empresa y representantes de los trabajadores, posteriormente homologado por una resolución administrativa –STS 21-6-1994– como para decidir sobre la impugnación por parte de un trabajador de las razones de su inclusión en el listado aprobado igualmente por la Autoridad laboral en un expediente de esta naturaleza –STS de 18-1-1999 (recurso 2254/1998) y las que en ella se citan–; y en el mismo sentido se ha pronunciado tanto el Tribunal de Conflictos de Jurisdicción –Sentencias de 26-12-1988 o 26-6-1996–, como la Sala de Conflictos de Competencia –Auto de 8 de marzo de 1991*”. Con la concreta matización, en la que no es dable encuadrar el supuesto ahora enjuiciado, de que “*si la competencia del orden*

*jurisdiccional contencioso-administrativo sólo llega, como tradicionalmente se dijo, a los aspectos a los que llegó la resolución administrativa, cuando ésta no contiene el listado de los afectados por la misma, toda cuestión que se refiera a la determinación de los concretos trabajadores quedará fuera del ámbito competencial contencioso-administrativo y pasará a ser competencia del orden social puesto que no se halla incluida dentro de la parcela reservada a la administración; de la misma manera que seguirá siendo competencia de aquel orden judicial propio de la administración la discusión que afecte a todas las materias incluidas en su decisión” (entre otras, SSTS/IV 17-marzo-1999 -recurso 2240/1998, 5-junio-1999 -recurso 2237/1998, 12-julio-1999 -recurso 4475/1998, 13-julio-1999 -recurso 4417/1998, 15-julio-1999 -recurso 4418/1998, 19-julio-1999 -recurso 4416/1998, 20-julio-1999 -recurso 4459/1998, 23-julio-1999 -recurso 4139/1998, 28-julio-1999 -recurso 4474/1998, 30-septiembre-1999 -recurso 4811/1998, 28-septiembre-1999 -recurso 4471/1998, 5-octubre-1999 -recurso 4140/1998).*

**2.-** Específicamente también se ha declarado de forma expresa y concluyente la falta de competencia del orden jurisdiccional social, en un supuesto, que cabe configurar como análogo al ahora enjuiciado, en que se alegaba la falta de audiencia de determinados miembros del Comité de Empresa durante la tramitación del ERE con la consecuente vulneración del derecho fundamental de libertad sindical y al tiempo la resolución se había impugnado por los demandantes ante la vía contencioso-administrativa. En efecto, esta Sala en su sentencia de fecha 27-septiembre-1989 concluyó que *“dado que lo que se impugna, ante la jurisdicción social, no es otra cosa, que la omisión de un trámite administrativo, previsto en el art. 51.3 del Estatuto citado, tachando de nulidad al ERE, cual es no oír a determinados miembros del Comité de Empresa, la competencia material para su conocimiento, como informa el Ministerio Fiscal, es del orden jurisdiccional contencioso-administrativo, y no de éste, ya que el mismo forma parte del expediente y tiene naturaleza administrativa, como conocen los propios recurrentes, al haber también recurrido en dicha vía la resolución administrativa estimatoria de la petición de la Empresa, sin que la autorización del art. 13 de la Ley Orgánica 11/85, de 2 de agosto, de libertad sindical para recabar la protección jurisdiccional de los derechos de libertad sindical que establece dicha Ley a través del proceso de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona, pueda entenderse, que permita acudir, a un orden jurisdiccional distinto del contencioso-administrativo y a las normas especiales que de utilizar dicho cauce se prevén en la Ley 62/78, de 16 de diciembre, artículos 6 y siguiente, reguladora de dicho proceso, y que posibilita el recurso contencioso-administrativo”*.

**3.-** La única posibilidad hasta ahora legalmente prevista para la actuación de los jueces y tribunales del orden jurisdiccional social en materias afectantes a los expedientes de regulación de empleo, cabe entender que es la contenida en el art. 146 LPL, incluido entre los reguladores de la modalidad procesal denominada *“proceso de oficio”*, -- supuesto en el que tampoco es dable encuadrar el supuesto ahora enjuiciado --, en el que se establece que *“El proceso podrá iniciarse de oficio como consecuencia: ... b) De los acuerdos de la autoridad laboral competente, cuando ésta apreciara, dolo, coacción o abuso de derecho en la conclusión de los acuerdos de suspensión o extinción a que se refieren los artículos 47 y 51.5 del Estatuto de los Trabajadores”*. Habiendo sido interpretada jurisprudencialmente esta norma procesal, delimitando su estricto alcance competencial entre el orden jurisdiccional social y el contencioso-administrativo, en el sentido de que *“Deviene, pues, claro legalmente, que, de una parte, la competencia jurisdiccional social se extiende solamente a conocer si el acuerdo impugnado adolece de los indicados vicios, y de otra, que el contenido de la sentencia, conforme el enunciado legal, únicamente puede versar sobre la declaración de nulidad del acuerdo suscrito entre empresario y los representantes de los trabajadores, sin afectar esta pervivencia de la resolución administrativa, en cuanto tal pronunciamiento es ajeno a este orden jurisdiccional social” (STS/IV 15-julio-1994 -recurso 2321/1991).*

**SEXTO.- 1.-** Esta Sala entiende, por lo expuesto y por lo luego se razonará, que si la violación de un derecho fundamental como, entre otros, el ahora alegado de libertad sindical, se produce en el marco de un expediente de regulación de empleo, bien en su tramitación o bien en su resolución, cuyo control jurisdiccional esté legalmente atribuido al orden jurisdiccional contencioso-administrativo, la tutela jurisdiccional de dicho fundamental derecho incumbe a la referida Jurisdicción.

**2.-** Esta es la jurisprudencia reiterada de esta Sala de lo Social, pues además de en los pronunciamientos anteriormente referidos, se viene declarando que *“El deslinde entre el ámbito de competencia de los Tribunales del orden social y contencioso administrativo, viene fijado por una línea que puede aparecer confusa, desde el momento en que, siendo así que, en principio, se atribuye a los tribunales del orden social las pretensiones que se promueva en la rama social del Derecho (art. 9.5 LOPJ y 1 LPL), en el desarrollo posterior de ese mandato, se excepcional atribuyendo al orden contencioso administrativo las pretensiones que versen sobre la impugnación de las disposiciones generales y actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho Administrativo en materia laboral (art. 3.1.c LPL). La Ley 29/1998, reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, intentó encauzar el problema de una manera más consecuente a la dogmática jurídica, al residenciar en la jurisdicción social las pretensiones sobre resoluciones relativas a todo tipo de infracciones en el orden social y las resoluciones administrativas relativas a regulación de empleo y actuación administrativa en materia de traslados colectivos. Pero tan loable modificación quedó relegada a mero propósito de futuro por la Ley 50/1998 que, modificando el texto de la Ley procesal, dejó en suspenso la aplicación de esos mandatos en tanto se dictara la Ley que regulara las modalidades y especialidades correspondientes a ese tipo de procesos. De modo que, tanto en el momento de iniciarse proceso, como en el de dictar esta resolución, la competencia para la impugnación de las resoluciones administrativas en materia de regulación de empleo, aparece atribuida a lo juzgados y tribunales*

del orden contencioso administrativo. Las pretensiones que no impliquen impugnación de la resolución administrativa, bien sea en su conjunto, bien alguno de sus pronunciamientos, siguen rigiéndose por la regla general de atribución a los tribunales del orden social, en cuanto a pretensión promovida dentro de la rama social del Derecho. Criterio por otra parte coincidente con el contenido en el art. 14.2 del Real Decreto 43/1996 al expresar que *“en el caso de que el empresario no abonara la referida indemnización o existiese disconformidad respecto de su cuantía, el trabajador podrá, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 4.2 g) del ET, demandar ante el Juzgado de lo Social competente al pago de la misma o, en su caso, el abono de las diferencias que a su juicio pudieran existir, mediante acción cuyo ejercicio seguirá las normas del proceso laboral ordinario ...”*. Disconformidad la aludida en el precepto que ha de estar forzosamente referida al cálculo concreto de una indemnización referida a los parámetros fijados en la resolución” (SSTS/IV 23-enero-2006 -recurso 195/2003, 23-enero-2006 -recurso 1453/2004, 15-junio-2006 -recurso y 19-diciembre-2007 -recurso 169/2006).

3.- Específicamente las referidas sentencias de esta Sala contienen además pronunciamientos que sirven para rechazar las argumentaciones de la parte ahora recurrente, negando la posibilidad de entrar a conocer de cuestiones suscitadas en la fase previa de tramitación del ERE e incluso rechazando la posibilidad de pronunciamientos prejudiciales sobre estas cuestiones. Así, en la sentencia de fecha 23-enero-2006 (recurso 195/2003) se afirma que *“resulta evidente que la acción ejercitada implica la revisión de lo acordado entre las partes e incorporado a la resolución administrativa que puso fin al ERE, pretensión para la que los Tribunales del Orden Social carecen de competencia en virtud de lo dispuesto en los preceptos más arriba citados”*; y en la de fecha 23-enero-2006 (recurso 1453/2004) se argumenta que *“El éxito de la pretensión hoy ejercitada exige, como pronunciamiento de base, la declaración expresando que la indemnización fijada en el resolución no es ajustada a Derecho por discriminatoria, implicando esa declaración la revocación de la resolución en ese particular extremo. Declaración y pronunciamiento que ... escapan a nuestro ámbito de decisión, en el que ni tan siquiera podrían resolverse por la vía de una pretendida cuestión prejudicial, inexistente, en tanto la resolución administrativa es inmediatamente ejecutiva y tiene señalada legalmente el cauce legal para su impugnación”*; 15-junio-2006 (recurso ) y 19-diciembre-2007 (recurso 169/2006).

**SÉPTIMO.- 1.-** Esta misma línea interpretativa cabe deducirla de la jurisprudencia contencioso-administrativa contenida en numerosos procesos de esta clase en los que se ha estudiado, entre otras, la problemática de la preferencia de los representantes sindicales frente a otros trabajadores que no reúnan tal condición para permanecer en la empresa ex arts. 51.9, 52 c) y 68 b) ET, derecho que se entiende incluido en el ámbito del derecho fundamental de libertad sindical, asumiéndose la indiscutida competencia de dicho orden jurisdiccional para determinar la existencia o no de la vulneración denunciada (entre otras, SSTS/III 6-mayo-2003 -recurso 7034/1998, 4-mayo-2004 -recurso 3687/2001 y 23-octubre-2008 -recurso 667/2006).

2.- En este sentido, en la STS/III 6-mayo-2003 (recurso 7034/1998) se declara el derecho del recurrente a no ser incluido en la relación de afectados del ERE por gozar del derecho de permanencia en la empresa en virtud de la prioridad reconocida a los representantes legales de los trabajadores, conclusión a la que se llega analizando precisamente también la conducta empresarial durante la tramitación del expediente de regulación de empleo, apreciando *“indicios de la posible conducta de la empresa en el expediente tendente a prescindir de un representante sindical que en las prolijas negociaciones previas a la resolución del expediente formó parte de un comité que se mostró especialmente activo, se opuso a las pretensiones de la empresa y fue tachado de tener una actitud obstruccionista y dilatoria, como consta en el expediente”*, y expresamente *“rechazando la causa de inadmisibilidad articulada por el abogado del Estado y por la representación procesal de la empresa codemandada, en relación con la incompetencia del Orden jurisdiccional Contencioso-administrativo por considerar competente el Orden jurisdiccional Social”*, entra a resolver la vulneración de derechos fundamentales planteada razonando que *“La prioridad de permanencia en la empresa a favor de los representantes de los trabajadores en caso de despido objetivo que consagran los arts. 51.9, 52 c) y 68 b) del ET tiene un carácter instrumental de garantía del desempeño de sus funciones representativas, como manifestación del derecho fundamental de libertad sindical que reconoce el art. 28 de la Constitución. Es a través de los órganos de representación como fundamentalmente se ejerce aquel derecho, particularmente cuando, en expresión del Tribunal Constitucional (sentencia de 26-noviembre-1996 ...), nos hallamos en presencia de un comité sindicalizado cuyos miembros, afiliados a una central sindical, tienen acceso al órgano de representación unitaria por la candidatura de dicho sindicato. La garantía prevista en el ET supone un medio de protección del representante de los trabajadores frente a decisiones empresariales adoptadas con ánimo discriminatorio, al tiempo que se evita que el órgano de representación sufra restricciones en su composición”*.

**OCTAVO.-** En definitiva, con fundamento en los razonamientos hasta ahora expuestos, debe declararse la incompetencia del orden jurisdiccional social para conocer de la demanda objeto del presente litigio, reservando a la parte recurrente, en su caso, las acciones que le puedan corresponder para su ejercicio ante el competente orden jurisdiccional contencioso-administrativo (art. 5.1 LPL), lo que comporta la desestimación en la forma expuesta del recurso de casación ordinario interpuesto contra el auto impugnado dictado por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional; sin costas (art. 233 LPL).”.

**TRIBUNAL SUPREMO**

Sala de lo Social (Unificación de Doctrina): Sentencia de 04/02/2009

Ponente: Excmo. Sr. D. Aurelio Desdentado Bonete

**Síntesis**

**DESEMPLEO. Reintegro de prestaciones por la empresa como consecuencia de irregularidades en la contratación temporal. Falta de contradicción. Se aprecia cuestión nueva: En suplicación no se formuló el motivo de impugnación relativo al carácter no indebido del abono en atención a los periodos de inactividad laboral, que se hubieran producido igualmente de aplicarse la modalidad contractual correcta (contrato indefinido discontinuo en lugar de contratos temporales)**

**Fundamentos de Derecho y Doctrina:**

**PRIMERO.-** La sentencia recurrida ha confirmado la de instancia que estimó la demanda del Servicio Público de Empleo Estatal, en la que éste solicitaba a la empresa demandada el reintegro de lo abonado en concepto de prestaciones de desempleo a una trabajadora de dicha empresa en razón a que los sucesivos contratos temporales de ésta, cuyo detalle establece el hecho probado segundo, constituían "una cadena abusiva y fraudulenta", pues se trata de contratos de obra o servicio determinado o eventuales, cuando los servicios contratados correspondían en realidad a la actividad cíclica de la empresa dedicada al almacenamiento y enajado de frutas y la relación debió ser de carácter fijo discontinuo. Contra este pronunciamiento recurre la empresa demandada, aportando como sentencia contradictoria la de esta Sala de 10 de octubre de 2007, en la que se examina la misma pretensión de reintegro de la prestación de desempleo formulada por el Servicio Público Estatal de Empleo por entender el organismo demandante que los contratos temporales para obra o servicio determinado que para cada curso escolar suscribió la empresa con la trabajadora y que dieron lugar a las correspondientes prestaciones no eran ajustados a Derecho. La sentencia de contraste acepta la existencia de esta irregularidad de la contratación, pero llega a la conclusión de que la misma no debe determinar el reintegro y ello en atención a que la irregularidad no ha dado lugar a una percepción indebida, ya que la aplicación de la modalidad correcta de contratación hubiera producido también los mismos periodos de inactividad con derecho a las prestaciones de desempleo.

**SEGUNDO.-** En principio, podría apreciarse la contradicción que se alega pues ante una situación sustancialmente igual se han producido soluciones diferentes en las sentencias comparadas. Sin embargo, hay que tener en cuenta que, de acuerdo con una reiterada doctrina de la Sala, el juicio de contradicción ha de establecerse teniendo en cuenta el debate planteado en suplicación, en la medida en que el término de referencia en ese juicio "es una sentencia que, al decidir sobre un recurso extraordinario, está limitada por los motivos propuestos por el recurrente" y, por ello, la identidad de la controversia debe establecerse teniendo en cuenta los términos en que ésta ha sido planteada en suplicación (sentencias de 13 de diciembre de 1.991 (r. 771/1991), 9 de diciembre de 1.993 (r. 3729/1992), 14 de marzo de 1.997 (r. 2744/1996), 13 de julio de 2.000 (r. 1883/1999), 22 de junio de 2.004 (r. 3967/2003) y 3 de noviembre de 2.005 (r. 1584/2004). Pues bien, si se examina el planteamiento en suplicación se advierte que los motivos que en ese recurso formalizó la empresa fueron cinco. Los dos primeros se concretan a la revisión de los hechos probados, por lo que resultan irrelevantes a efectos del presente recurso. El tercero denuncia la infracción del artículo 145.1 de la Ley de Procedimiento Laboral, fundándose en que la trabajadora "no ha percibido prestaciones por finalización de varios contratos temporales suscritos de forma abusiva, sino que la codemandada percibió dos únicas prestaciones por desempleo, si bien lo ha hecho en distintos períodos al solicitar su interrupción". El cuarto, con denuncia del mismo precepto, sostiene la caducidad de la pretensión ejercitada por el Servicio Público de Empleo Estatal. Por último, el quinto motivo alega la infracción de la jurisprudencia con cita de la sentencia de esta Sala de 18 de julio de 1.994 y 11 de noviembre de 1.998, pero para sostener que el fraude de ley no puede presumirse y que la contratación temporal aplicada no puede calificarse de abusiva, añadiendo que la repetición estacional de un servicio no convierte al contrato (temporal) en fijo discontinuo y que tampoco ha existido reiteración contractual sucesiva, pues existen largos periodos de tiempo sin vinculación laboral.

Es evidente, por tanto, que en el escrito de interposición del recurso de suplicación no se ha denunciado ninguna infracción del artículo 145.bis de la Ley de Procedimiento Laboral en el sentido que ahora se alega como motivo de casación, es decir, por no concurrir el presupuesto fáctico de que la percepción sea indebida, en la medida en que, conforme a la doctrina de esta Sala, la aplicación del tipo de contratación correcto o de la norma tratada de eludir -la contratación indefinida de carácter fijo discontinuo- hubiera dado lugar también a prestaciones por desempleo en los periodos de inactividad.

De esta forma, en el marco de un recurso extraordinario, en el que la Sala de suplicación está vinculada por las causas de impugnación propuestas por la parte recurrente, esa Sala no hubiera podido entrar en el examen del motivo que ahora se

propone en casación. Por ello, se ha incurrido en este recurso en el planteamiento de una cuestión nueva y además no puede apreciarse la contradicción que se alega. En efecto, la cuestión que resolvió la sentencia de contraste sobre el carácter no indebido de las prestaciones abonadas, en razón a la existencia de un periodo de inactividad con derecho a desempleo, aun en el caso de que se hubiese aplicado el tipo contractual correcto, no se ha suscitado en el recurso de suplicación sobre el que se pronuncia la sentencia recurrida.

Procede, por tanto, la desestimación del recurso, con pérdida del depósito, manteniéndose el aval efectuado en garantía del cumplimiento de la condena. No ha lugar a la imposición de costas, al no haberse personado el Servicio Público de Empleo Estatal.”

1681/08

014

## TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social (Unificación de Doctrina): Sentencia de 09/02/2009

Ponente: Excmo. Sr. D. Fernando Salinas Molina

### Síntesis

**SERVICIO PÚBLICO DE EMPLEO ESTATAL.** Naturaleza jurídica: Es análoga a la del anterior INEM en cuanto gestor de las funciones y servicios derivados de las prestaciones de protección por desempleo y competente para declarar el reconocimiento, suspensión, extinción y reanudación de las prestaciones. Cuando la Ley de Empleo dispone que todas las referencias que en la legislación vigente se efectúan al INEM o a sus funciones y unidades, tales referencias, deben entenderse realizadas al SPEE: Entidad Gestora de la Seguridad Social. **COSTAS:** No procede la condena en costas, al gozar el Organismo del BENEFICIO DE JUSTICIA GRATUITA.

### Fundamentos de Derecho y Doctrina:

**PRIMERO.- 1.-** La cuestión que se plantea en el presente recurso de casación unificadora consiste en determinar si el organismo autónomo de la Administración General del Estado, adscrito al Ministerio de Trabajo, denominado “*Servicio Público de Empleo Estatal*” (SPEE) goza del “*beneficio de justicia gratuita*” a los fines de no afectarle la obligación que a los tribunales de suplicación y de casación les exige el art. 233.1 de la Ley de Procedimiento Laboral (LPL), incluido en las disposiciones comunes a los recursos de suplicación y casación, de imponer “*las costas a la parte vencida en el recurso, excepto cuando goce del beneficio de justicia gratuita*”.

**2.-** La sentencia recurrida (STSJ/La Rioja 15-abril-2008 –rollo 17/2008), dejando aparte la solución de cuestión de fondo que en nada afecta al presente recurso de casación, salvo que se trata sobre el posible derecho a la prestación contributiva por desempleo en su modalidad de pago único, y, lógicamente por primera vez en la sentencia de suplicación, con relación al SPEE recurrente, al que se le había desestimado íntegramente el recurso de suplicación interpuesto contra la sentencia de instancia (dictada por JS nº 2 La Rioja de fecha 27-septiembre-2007 –autos 115/2007), condena “*al Organismo recurrente a abonar al Letrado del actor impugnante del recurso la cantidad de 600 euros en concepto de honorarios*”, no en base a posible temeridad o mala fe, sino argumentando que “*al no gozar el SPEE del beneficio de asistencia jurídica gratuita, en cuanto que es un Organismo autónomo de carácter administrativo adscrito al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, ha de condenársele a abonar al Letrado impugnante de su recurso la cantidad de 600 euros en concepto de honorarios, conforme a lo previsto en el artículo 233.1 LPL*”.

**3.-** La sentencia invocada como de contrate es la dictada por esta Sala IV en fecha 21-marzo-2001 (recurso 530/2000), en la que la parte recurrente vencida no era el SPEE, aun no creado en dicha fecha sino por la posterior Ley 53/2003 de 16-diciembre (Ley de Empleo), como luego se analizará, sino el Instituto Nacional de Empleo (INEM). En dicha resolución, revocando la sentencia de suplicación que había impuesto las costas del recurso al vencido INEM por cuestiones distintas a la no abordada temeridad o mala fe sino por entender que no gozaba del beneficio de justicia gratuita, se declaró que el referido organismo tenía la condición de Entidad Gestora de la Seguridad Social y, por ende, disfrutaba del beneficio de justicia gratuita.

**4.-** Como destaca el Ministerio Fiscal en su informe, con criterio que comparte esta Sala, existe el presupuesto de contradicción de sentencias exigido en los arts. 217 y 222 LPL para la viabilidad del recurso de casación unificadora, interpretado reiteradamente en el sentido de que el art. 217 LPL “*requiere no solo que las resoluciones que se comparan contengan pronunciamientos distintos, sino que estos recaigan ante controversias esencialmente iguales*”, “*pues la contradicción no surge de una comparación abstracta de doctrinas al margen de la identidad de las controversias, sino de la oposición de los pronunciamientos concretos recaídos en conflictos iguales (sentencias de 27 y 28-1-92 (rscud. 824/91 y 1053/91), 18-7, 14-10 y 17-12-97 (rscud. 4067/96, 94/97 y 4203/96), 17-5 y 22-6-00 (rscud. 1253/99 y 1785/99), 21-7 y 21-12-03 (rscud. 2112/02 y 4373/02) y 29-1 y 1-3-04 (rscud. 1917/03 y 1149/03) entre otras muchas)*” (entre otras, STS/IV 11-diciembre-2008 –recurso 4624/20) . Debiéndose, además, tener

en cuenta que en cuanto a la existencia de contradicción tratándose de la denuncia de infracciones procesales esta Sala viene declarando que “*para que pueda ser apreciable la identidad en el plano exclusivo de la homogeneidad procesal, es necesario que, habiéndose propuesto en las dos sentencias como tema de decisión la existencia de una infracción procesal, aquéllas lleguen a soluciones diferentes. Siendo preciso por consiguiente ´que las irregularidades formales constituyan el núcleo de la argumentación o ratio decidendi de las sentencias´. De modo que ´no existe contradicción entre una sentencia que decide sobre una cuestión procesal y otra que sin entrar en ella resuelve sobre el fondo, porque mientras que en un caso el problema procesal es objeto inmediato y directo de enjuiciamiento, en el otro no ha entrado en el ámbito de la decisión´ (SS. de 4-12-1991, 21-11-2000 y 28-2-2001 ya citadas y de 19-2-2001 (rec. 2098/2000), 22-3-2001 (rec. 4352/1999) 7-5-2001 (rec. 3962/1999, y 20-3-2002 (rec. 2207/2001))” (entre otras, la ya citada STS/IV 11-diciembre-2008 –recurso 4624/20). En efecto, en el presente caso resulta que en ambas sentencias se decide de forma directa dice sobre el fondo de la cuestión procesal concretamente suscitada, como objeto inmediato y directo de enjuiciamiento, llegando a soluciones diferentes; sin que el hecho de que formalmente parezca que se trate de dos organismos distintos afecte a la existencia de contradicción, pues, como luego se razonará, jurídicamente en cuanto a la gestión de las prestaciones es en lo esencial el mismo organismo con distinto nombre, ya que la disposición adicional primera de la citada Ley de Empleo establece que el INEM pasa a denominarse SPEE, constituyéndolo como un mero cambio de nombre sin perjuicio de las nuevas competencias que se atribuyan a este último, y “*conservando el régimen jurídico, económico, presupuestario, patrimonial y de personal, así como la misma personalidad jurídica y naturaleza de organismo autónomo de la Administración General del Estado, con las peculiaridades previstas en esta Ley*”.*

**SEGUNDO.- 1.-** La Abogacía del Estado, en representación del organismo autónomo recurrente, invoca como infringidos el art. 2.b) de la Ley 1/1996 de 10-enero, de Asistencia jurídica Gratuita (LAJG) en relación con el art. 226 de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS) y la disposición adicional primera de la Ley 56/2003 de 16-diciembre, de Empleo.

**2.-** Para resolver la cuestión procesal planteada debe determinarse, como se ha adelantado, si el SPEE goza del “*beneficio de justicia gratuita*” a los fines de no afectarle la obligación que a los tribunales de suplicación y de casación les exige el art. 233.1 LPL, en la sentencia resolutoria de los recursos de suplicación y casación, de imponer “*las costas a la parte vencida en el recurso, excepto cuando goce del beneficio de justicia gratuita*”.

**3.-** Debe advertirse que la cuestión ahora debatida no afecta al posible abono por parte de las entidades gestoras de la Seguridad Social de las costas a cuyo pago hubieren sido condenadas, materia regulada especialmente en el art. 36 de la LAJG, -- cuya inconstitucionalidad no ha sido admitida por el Tribunal Constitucional (ATC Pleno 311/2000 de 19-diciembre) --, en relación con el art. 13.3 (“*las costas a cuyo pago fuese condenado el Estado, sus Organismos públicos o los órganos constitucionales serán abonadas con cargo a los respectivos presupuestos de acuerdo con lo establecido reglamentariamente*”) de la Ley 52/1997 de 27-noviembre, reguladora del régimen de la asistencia jurídica al Estado e instituciones públicas, habiendo sido esta problemática abordada por la Sala Civil del Tribunal Supremo en su sentencia de fecha 16-marzo-2005 (recurso 3864/1997).

**TERCERO.- 1.-** El INEM, anterior organismo gestor de las funciones y servicios derivados de las prestaciones de protección por desempleo y competente para declarar el reconocimiento, suspensión, extinción y reanudación de las referidas prestaciones, tenía la naturaleza jurídica de “*entidad gestora*”, por imperativo de lo dispuesto en el art. 38 LGSS, -- sobre el “*desempleo, en sus niveles contributivo y asistencial*”, como prestaciones económicas incluidas en la “*acción protectora del sistema de la Seguridad Social*” --, en relación concreta con el art. 226 LGSS, actualmente vigente, en el que, bajo el epígrafe de “*entidad gestora*”, se establece que “*corresponde al INEM gestionar las funciones y servicios derivados de las prestaciones de protección por desempleo y declarar el reconocimiento, suspensión, extinción y reanudación de las prestaciones, sin perjuicio de las atribuciones reconocidas a los órganos competentes de la Administración laboral en materia de sanciones*” y que “*las empresas colaborarán con la entidad gestora, asumiendo el pago delegado de la prestación por desempleo en los supuestos y en las condiciones que reglamentariamente se determinen*”. El INEM tenía la consideración de organismo autónomo de carácter administrativo adscrito al Ministerio de Trabajo, con personalidad jurídica y capacidad de obrar para el cumplimiento de sus fines, configurándosele como órgano gestor de la política de empleo, y teniendo, entre otras funciones, en cuanto ahora directamente afectan, la gestión y control de las prestaciones, su reconocimiento, suspensión, reanudación y extinción, así como exigir la devolución de las prestaciones indebidamente percibidas (argumento ex arts. 1 y 2 Real Decreto 1458/1986 de 6-junio sobre estructura orgánica del INEM).

**2.-** Con fundamento en tal naturaleza de “*entidad gestora*”, aunque se tratara de un organismo autónomo de carácter administrativo adscrito al Ministerio de Trabajo, se vino entendiendo por la jurisprudencia social que gozaba del beneficio de justicia gratuita, en interpretación de los arts. 119 de la Constitución (CE) y 20 y 440.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) en relación ahora, -- derogado el antiguo art. 59.3 LGSS por la LAJG --, con el art. 2.b) de la Ley 1/1996 de 10-1996, reguladora de la Asistencia Jurídica Gratuita, en el que se establece, en cuanto al ámbito personal de aplicación, que “*En los términos y con el alcance previstos en esta Ley y en los tratados y convenios internacionales sobre la materia en los que España sea parte, tendrán derecho a la asistencia jurídica gratuita: ... b) Las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social, en todo caso*”.

- 3.- En este sentido se ha pronunciado esta Sala específicamente en la sentencia invocada como de contraste y en la de 21-febrero-2000 (recurso 328/1999), pero genéricamente tal criterio es el aplicado en las múltiples sentencias de casación en las que se han sido desestimados los recursos formulados por el INEM o por otras entidades gestoras de la Seguridad Social.
- 4.- Específicamente en la citada STS/IV 21-marzo-2001 (recurso 530/2000) se sienta que *“en cuanto a la determinación de cuál sea la doctrina correcta en esta materia, esto es, si el INEM goza del beneficio de asistencia jurídica gratuita, esta Sala ya se ha pronunciado sobre ello en sentencia de 21 de febrero de 2.000 (recurso 328/1.999) en relación con el propio Instituto recurrente y en numerosas ocasiones más sobre la aplicación del mismo beneficio a las Entidades Gestoras de la Seguridad Social, en sentencias como las de 2 de febrero de 1.998, 25 de octubre de 1.999, 17 de julio y 27 de septiembre de 2.000, entre otras”*, destaca que *“en todas ellas se insiste en que el mandato del art. 233.1 de la LPL sobre imposición de las costas a la parte vencida en el recurso, tiene como excepción el supuesto de que la parte goce del beneficio de justicia gratuita, del que sin duda son titulares las Entidades Gestoras de la Seguridad Social, de conformidad con lo dispuesto en el art. 2 b) de la Ley 1/1.996, de 10 de enero, reguladora de la Asistencia Jurídica Gratuita”*, y concluye que *“el INEM, tal y como se dispone en el art. 226 de la LGSS ... en relación con el art. 38 del mismo texto legal, tiene indudablemente la condición de Entidad Gestora de la Seguridad Social, por ello, el mero criterio del vencimiento en el recurso no puede servir de base para la imposición de las costas a quien goza del beneficio de asistencia jurídica gratuita, como ocurre en este caso, por disposición expresa del art. 2 b) de la Ley 1/1996, de 10 de enero, y aun cuando es cierto que en aquellos casos en que se aprecie temeridad o mala fe en el recurrente podría, aunque disfrute de aquél beneficio, ser condenado en costas, en el supuesto contemplado en la sentencia recurrida no se aborda tal cuestión ni se justifica la condena en el acogimiento de esas circunstancias”*.
- 5.- Incluso con relación a entidades públicas autonómicas (servicios autonómicos de salud o consejerías de gobiernos autonómicos) que, dejando aparte otras funciones que pudieran tener asignadas, han asumido la gestión de concretas prestaciones, como la sanidad o la invalidez en su modalidad no contributiva, incluidas en la *“acción protectora del sistema de la Seguridad Social”*, que antes correspondían a entidades gestoras de la Seguridad Social de nivel estatal, esta Sala ha extendido a los fines ahora cuestionados la liberación de la condena en costas en los recursos de suplicación y casación (entre otras, y con relación a los servicios autonómicos de salud, las SSTs/IV 7-julio-2000 –recurso 1969/1999, 20-mayo-2004 - recurso 2946/2003 y 10-noviembre-2004 -recurso 299/2004, 27-diciembre-2004 –recurso 394/2004, 28-febrero-2007 -recurso 2859/2005, 16-noviembre-2007 -recurso 2028/2006 y 21-noviembre-2007 –recurso 1767/2006), argumentando, en supuestos que afectaban a invalideces en su modalidad no contributiva gestionada por las correspondientes consejerías de un gobierno autonómico, que debía aplicar el mismo criterio que en los supuestos afectantes a los Servicios autonómicos de Salud y que *“la actividad desplegada por la entidad demandada ha venido a sustituir a la que efectuaba una Entidad Gestora de la Seguridad Social, por lo que, a este respecto, merece el reconocimiento del carácter de Entidad Gestora, como lo era aquélla porque en ambos casos concurre igualdad de razón en el tratamiento a los efectos que aquí nos ocupan, o sea, en cuanto al reconocimiento del beneficio de justicia gratuita y por lo tanto la exención del pago de las costas en los recursos de suplicación en aplicación de lo dispuesto en el art. 233 LPL, salvadas las excepciones en las que pudiera ser apreciada temeridad o mala fe en sus planteamientos, que aquí no concurren. Siendo ésta la doctrina que, por otra parte, ha seguido esta Sala cual puede apreciarse en las SSTs de 23-1-1995 (Rec.- 1802/94), 10-11-1999 (Rec.-3093/98), 17-7-2000 (Rec.- 1969/99), 3-7-2001 (Rec.- 3509/00), 24-7-2001 (Rec.- 4040/00), 30-4-2003 (Rec.- 3931/02), 24-5-2003 (Rec.-2975/02) o 3-3-2004 (Rec.-3834/02), entre otras”* (SSTs/IV 21-febrero-2005 -recurso 1714/2004 y 13-mayo-2008 –recurso 487/2007).

**CUARTO.- 1.-** La Ley de Empleo define al SPEE como el *“organismo autónomo de la Administración General del Estado al que se le encomienda la ordenación, desarrollo y seguimiento de los programas y medidas de la política de empleo, en el marco de lo establecido en esta Ley”* (art. 10), señala que su naturaleza es la de un *“organismo autónomo de los previstos en el capítulo II del título III de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, adscrito al Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales ...”* (art. 11 pf. 1); en cuanto a su régimen jurídico dispone que *“tiene personalidad jurídica propia e independiente de la Administración General del Estado, plena capacidad de obrar para el cumplimiento de sus funciones, patrimonio y tesorería propios, así como autonomía de gestión, rigiéndose por lo establecido en la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, la Ley General Presupuestaria y por las demás disposiciones de aplicación a los organismos autónomos de la Administración General del Estado”* (art. 11 pf. 2); lo organiza articulándolo *“en torno a una estructura central y a una estructura periférica, para el cumplimiento de sus competencias”* (art. 12); y, entre sus competencias, en cuanto ahora directamente nos afecta, incluye las de *“la gestión y el control de las prestaciones por desempleo, sin perjuicio del cometido de vigilancia y exigencia del cumplimiento de las normas legales y reglamentarias sobre obtención y disfrute de las prestaciones del sistema de la Seguridad Social que el artículo 3 de la Ley 42/1997, de 14 de noviembre, Ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, atribuye a los funcionarios del Cuerpo Superior de Inspectores de Trabajo y Seguridad Social y del Cuerpo de Subinspectores de Empleo y Seguridad Social”*, añadiendo que *“a los efectos de garantizar la coordinación entre políticas activas y prestaciones por desempleo, la gestión de esta prestación*

se desarrollará mediante sistemas de cooperación con los Servicios Públicos de Empleo de las Comunidades Autónomas” y que “el SPEE deberá colaborar con las Comunidades Autónomas que hayan asumido el traspaso de las competencias” (art. 13, letra h).

2.- Partiendo del concepto, naturaleza, régimen jurídico, organización y específicas competencias del SPEE en orden a la prestaciones por desempleo en correlación con la jurisprudencia expuesta, debe analizarse si la misma es plenamente aplicable al SPEE, dado que, como se ha adelantado, cabe interpretar que en cuanto a la gestión de las prestaciones de “desempleo, en sus niveles contributivo y asistencial”, incluidas en la “acción protectora del sistema de la Seguridad Social”, es en esencial el mismo organismo que el anterior INEM pero con distinto nombre, ya que la disposición adicional primera de la citada Ley de Empleo, relativa a la “identificación del Servicio Público de Empleo Estatal” establece que el INEM pasa a denominarse SPEE, sin perjuicio de las nuevas competencias que se atribuyan a este último, y “conservando el régimen jurídico, económico, presupuestario, patrimonial y de personal, así como la misma personalidad jurídica y naturaleza de organismo autónomo de la Administración General del Estado, con las peculiaridades previstas en esta Ley”, añadiendo, lo que corrobora plenamente la identidad esencial de los organismos, que “en consecuencia con lo anterior, todas las referencias que en la legislación vigente se efectúan al Instituto Nacional de Empleo o a sus funciones y unidades deben entenderse realizadas al Servicio Público de Empleo Estatal”, entre ellas, por tanto, la calificación de entidad gestora que se efectúa en el art. 226 LGSS respecto del INEM que debe entenderse ahora referida al SPEE.

3.- En consecuencia, acreditada en los términos expuestos la identidad entre el INEM y el SPEE, al que refería la sentencia de contraste, dado que la solución jurídicamente correcta es la contenida en esta última sentencia, resulta que es la recurrida la que quebranta la unidad de doctrina, por lo que el recurso ha de estimarse casando y anulando ésta en lo que exclusivamente a la imposición de costas al SPEE se refiere, tal y como dispone el art. 226.2 LPL. Sin costas.”.

1264/08

015

## TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social (Unificación de Doctrina): Sentencia de 09/02/2009

Ponente: Excmo. Sr. D. Jesús Souto Prieto

### Síntesis

**CONTRATO DE TRABAJO. PACTO DE NO COMPETENCIA POSTCONTRACTUAL: Cláusula penal según la que si el trabajador incumple el pacto, habrá de devolver el doble de la indemnización percibida. CLAUSULA que no comporta vulneración de derechos irrenunciables (ART. 3.5 ET), ni se estima que tenga carácter abusivo (ART. 7.2 C.C.).**

### Fundamentos de Derecho y Doctrina:

**PRIMERO.-** La sentencia recurrida dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (sede en Valladolid) de 6 de febrero de 2008, ha recaído en un procedimiento sobre reclamación de cantidad instado por la mercantil M ESPAÑA, SA contra el demandado, en el que se discute principalmente sobre la validez del pacto de no concurrencia suscrito entre las partes contendientes. El demandado ha venido prestando servicios para la parte actora desde el 10 de octubre de 1996 con la categoría profesional de Comercial Técnico de Organización, comunicando el 22 de agosto de 2005 su decisión de causar baja voluntaria en la empresa. La empresa y el trabajador formalizaron el 1 de enero de 2001 un pacto de no competencia, en el que se estableció en lo que ahora interesa que “en caso de que el trabajador incumpla lo dispuesto en esta cláusula, deberá satisfacer a la Sociedad, el doble de la cantidad que, de acuerdo con lo estipulación haya percibido el trabajador en virtud de este pacto de no competencia, en concepto de indemnización por los perjuicios causados a la misma”, siendo dicha cantidad la que se reclama en la demanda rectora de autos. Frente al fallo de instancia se alzó en suplicación la parte actora y la Sala de segundo grado estimó en parte el mismo, y una vez examinado el pacto en liza y declarada lícitud del mismo, entró a decidir sobre la cuantía de lo reclamado a la vista de la cláusula penal fijada en el pacto de no competencia. La sentencia afirma que la cuantía de la indemnización exigida es superior a la compensación abonada, máxime si se tiene en cuenta que ninguna prueba se articuló sobre los perjuicios causados, de ahí que deba operar como límite el importe total de lo recibido durante el desarrollo de la relación laboral en dicho concepto.

Disconforme la demandada con la solución alcanzada por la Sala de segundo grado se alza ahora en casación para la unificación de doctrina proponiendo como sentencia de contraste la dictada por la Sala homónima de Aragón de 2 de abril de 2003 (rec. 1133/02). En este caso, el trabajador había suscrito igualmente un pacto de no competencia en el que se hizo constar, entre otros extremos, que para el supuesto de que el trabajador incumpliera el mismo, éste debería satisfacer a la Sociedad el doble de la cantidad que el trabajador hubiera percibido en virtud del pacto de no competencia, en concepto de indemnización por los

perjuicios causados. Al mes siguiente del cese en la empresa, pese al pacto, el trabajador se incorpora a otra que compite con la primera, deduciendo la empleadora la demanda de la que traen causa aquellas actuaciones interesando la suma de 500.000 pesetas en concepto de restitución de la cantidad indebidamente percibida y 1.000.000 pesetas en concepto de compensación de daños y perjuicios. La Sala de suplicación confirma el fallo combatido estimatorio de la pretensión rectora de autos.

**SEGUNDO.-** Debe estimarse concurrente el requisito exigido por el art. 217 de la LPL sobre la existencia de fallos contradictorios en litigios sustancialmente idénticos en cuanto a hechos, pretensiones y fundamentos. En efecto, los supuestos de hecho guardan gran semejanza, hasta el extremo de que en la sentencia ofrecida como término de comparación, la parte actora es la misma mercantil hoy recurrente, en ambas sentencias se aborda la validez del pacto que contiene exactamente la misma cláusula penal y mientras que en un caso se considera no válida por implicar una renuncia anticipada de derechos indisponibles, en el otro se estima ajustada a derecho.

**TERCERO.-** La empresa recurrente denuncia la infracción del art. 3.5 del ET aplicado en la sentencia recurrida, manifestando que no está conforme con el parecer de la Sala de Suplicación ya que, a su juicio, no existe ninguna renuncia anticipada de derechos por el hecho de haberse suscrito una cláusula penal que implicaba para el trabajador la devolución de una indemnización mayor que la compensación recibida en virtud del pacto de no concurrencia.

El recurso debe prosperar porque en la firma de la citada cláusula no se advierte la renuncia anticipada de derechos indisponibles que apreció la sentencia recurrida. Los derechos protegidos por la prohibición establecida en el repetido art. 3.5 ET son los reconocidos al trabajador "por disposiciones legales de derecho necesario", así como los "reconocidos como indisponibles por convenio colectivo"; pero no los derechos que surgen por acuerdo entre ambas partes, en cuanto no contradigan las mencionadas normas de carácter imperativo. El pacto de no competencia contractual crea sobre todo expectativas de derecho, que permiten la consolidación por el trabajador de la compensación económica recibida por renuncia a concurrir con la actividad de su antigua empresa durante cierto tiempo, o autoriza al empresario a reclamar la devolución de lo percibido -o en su caso a no abonar lo pactado- cuando el trabajador incumple esa prohibición de concurrencia. No existe por tanto renuncia anticipada de derechos legales o convencionales indisponibles, y lo que podrá plantearse en determinados supuestos es la proporcionalidad de la indemnización prevista ("compensación económica **adecuada**", a la que alude el art. 21 del ET), sobre la base de que la cláusula pueda resultar abusiva y contraria al principio de la buena fe (art. 7.2 del Código Civil), lo que permite, en su caso, la nulidad parcial de la repetida cláusula. Pero en este supuesto, ni la sentencia recurrida resolvió la cuestión con arreglo a tal planteamiento -se limitó a invalidar la cláusula penal en cuanto a la obligación del trabajador de devolver una cantidad superior a lo que había recibido como compensación económica-, ni tampoco se plantea en el recurso, lo cual veda a este Tribunal de casación cualquier fundamentación jurídica al respecto, pues esta Sala realiza su función unificadora sobre las controversias tal y como fueron planteadas y decididas en suplicación. De otro modo entraría a construir de oficio el recurso con el consiguiente perjuicio del derecho de defensa al no haberse producido la contradicción correspondiente."

771/08

016

## TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social (Unificación de Doctrina): Sentencia de 10/02/2009

Ponente: Excmo. Sr. D. Mariano Sampedro Corral

### Síntesis

**DERECHOS FUNDAMENTALES: INDEMNIDAD POR ACTIVIDADES SINDICALES. Profesores de Religión Católica. CONTRATOS TEMPORALES,** que no se renuevan, apoyándose la autoridad eclesiástica en el derecho de libertad religiosa. La exclusión es controlable por los órganos jurisdiccionales y, debe estar basada en razones de índole religiosa o moral; además la causa de no habilitación invocada no debe ser incompatible con los derechos fundamentales en la relación de trabajo. Si el trabajador aporta indicios de lesión de derechos fundamentales, la autoridad eclesiástica debe acreditar las razones lícitas de la no habilitación. Síntesis de jurisprudencia constitucional.

### Fundamentos de Derecho y Doctrina:

**“PRIMERO.-** 1.- La actora ha prestado servicios como personal laboral para la Consejería de Educación Cultura y Deportes del Gobierno de Canarias y categoría de profesora de moral y religión católica desde septiembre de 1994 durante distintos periodos - que se correspondían con la duración de los cursos escolares- el último comprendido entre el 1 de octubre de 2000 al 4 de octubre de 2001. Debido a no haber sido contratada para el curso escolar 2001-2002 formuló jurisdiccionalmente demanda por despido. La Delegación Episcopal de Enseñanza remitió a la Consejería demandada relación de profesores que no habiendo sido propuestos para el curso 2001-2002, tampoco se proponen para el curso 2002-2003, figurando la actora en dicha relación por lo que interpone la demanda inicial de las presentes actuaciones.

La sentencia de instancia declaró nulo el despido y recurrida en suplicación por el Gobierno de Canarias se ha dictado sentencia por el Tribunal Superior de Justicia de Canarias, con sede en Santa Cruz de Tenerife, de 11 de diciembre de 2007, que ha estimado en parte el recurso en el único sentido de condenar exclusivamente al Obispado de Canarias al abono de la indemnización de daños y perjuicios. La sentencia confirma, pues, la nulidad del despido, al entender que la no renovación se ha debido a la participación de la actora en una situación de conflictividad laboral, enmarcada en el ámbito de la actividad sindical - participó activamente, como integrante del comité de huelga en las que se produjeron entre enero y junio de 2007 y está afiliada al Sindicato de Trabajadores de la enseñanza de Canarias-Intersindical Canaria ya la Asociación de Profesores de Religión de Canarias- lo que implica que la no renovación se hace por aquella participación.

2.- Frente a la sentencia dictada al resolver el recurso de suplicación ha recurrido el Gobierno de Canarias en Casación para la unificación de doctrina, proponiendo de contraste la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, con sede en Santa Cruz de Tenerife, de 1 de octubre de 2003.

Esta sentencia referencial se dictó en proceso de despido instado por un profesor de Religión Católica que no fue incluido en la relación de profesores, propuestos para ser contratados en el curso escolar 2002-2003, por la Diócesis de Canarias; el despido fue declarado nulo por el Juzgador de instancia, al estimar que el cese tenía en realidad su origen en la pertenencia y participación activa del actor en la Asociación de Profesores de Religión Católica y en su disconformidad con la aportación a los gastos de la Delegación Diocesana de Tenerife. Sin embargo, la Sala de suplicación consideró que la relación entre el actor y la Administración demandada, conforme a lo establecido en la Disposición Adicional 2ª de la LOGSE, tiene carácter temporal, con duración vinculada al curso escolar y con una configuración especial, por cuanto que la selección de los trabajadores y el contenido de la enseñanza no es responsabilidad de la Administración empleadora. Consecuentemente a estas premisas concluyó que la no inclusión del actor en la propuesta del Obispado no constituye un despido, por lo que revocó la sentencia de instancia y desestimó la demanda.

3.- Una comparación entre las sentencias recurrida y contraria permite concluir que concurre en el presente recurso el presupuesto de contradicción, como igualmente se ha estimado en recursos sustancialmente iguales que se siguen en esta Sala (Rec. 768/08, 771/08, 996/08, 1274/08, 1576/08, 1577/0/ y 1918/08).

La contradicción se concreta en determinar si el carácter temporal de la relación laboral y la vinculación de la renovación del contrato a la propuesta del Obispado puede prevalecer frente a la tutela de derechos fundamentales, cuyos indicios de vulneración han quedado acreditados en ambos casos, pronunciándose las Salas en sentido diverso. Así, en el caso de autos se confirma la nulidad del despido mientras que en la sentencia de contraste se entiende que la no inclusión del trabajador en las listas de profesores de religión emitidas por el Obispado no equivale a un despido.

**SEGUNDO.-** La cuestión litigiosa, ya resuelta, y unificada por sentencia unificadora de esta Sala (entre otras STS de 10 de diciembre de 2008 (Rec. 996/2008), 17 de diciembre de 2008 (Rec. 1082/2008), 28 de enero de 2009 (Rec. 768/2008) y 28 de enero de 2009 (Rec. 1576/2008), y a su doctrina ha de estarse por un elemental principio de seguridad jurídica, acorde, también, con la naturaleza y significado unificador del recurso que nos ocupa. A su tenor:

1.- Es cierto que en numerosas sentencias, entre las que pueden citarse las de 5 de junio, 17 de julio, 11 de octubre, 20 y 29 de noviembre, 4 y 20 de diciembre de 2000, 16 de octubre y 12 de diciembre de 2001, 12 de junio de 2002 y 7 de mayo de 2004, esta Sala ha establecido que del contenido del Acuerdo de 3 de enero de 1979 entre la Santa Sede y el Estado, en relación con la disposición adicional segunda de la Ley Orgánica 1/1990 y con la Orden de 9 de septiembre de 1993, se desprende que la relación que los profesores de religión católica mantenían con la Administración educativa no es una relación indefinida, sino una relación laboral especial a término, que surge con un nombramiento o designación que tiene vigencia anual, lo que ciertamente se corresponde con la finalidad de vincular cada año la iniciación de un nuevo contrato a la voluntad unilateral del Obispado. En consecuencia, el cumplimiento del término lleva a la terminación del vínculo anual, sin que la renovación automática, salvo propuesta en contra del Ordinario, afecte a esa previa extinción, y sin que la falta de renovación tenga, en principio, que justificarse.

2.- Es cierto, también, que la STC 38/2007, y posteriormente la serie de sentencias que se inicia con la STC 80/2007 y llega hasta la de 90/2007, han declarado que el sistema de selección y contratación de los profesores de religión que establecen el Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede de 3 de enero de 1979 y la disposición adicional 2ª de la Ley 1/1990, en la redacción de la Ley 50/1998, no son contrarios por sí mismos a los preceptos de la Constitución sobre el principio de igualdad, la prohibición de discriminación, la libertad religiosa, la libertad de expresión y el derecho de huelga. Pero esas sentencias precisan que esta declaración lo es sin perjuicio del control jurisdiccional de las decisiones que puedan producirse en la aplicación de estas normas y que los órganos judiciales deben conciliar, en ese control, la libertad de las confesiones religiosas a la hora de establecer los contenidos de las enseñanzas de este carácter con "la protección de los derechos fundamentales y laborales de los profesores". La

STC 128/2007 reitera esta doctrina y, aunque la sentencia rechaza el amparo, lo hace después de razonar que no se habían vulnerado los derechos alegados por el recurrente -intimidación, igualdad y no discriminación y libertad de expresión- y de ponderar los derechos en conflicto, pero partiendo de que los derechos fundamentales de los profesores no pierden vigencia por el mero hecho de que la prestación de servicios se desarrolle en el marco de una relación como la del profesorado de religión, sin perjuicio de que en determinados supuestos -en particular, en lo que afecta al derecho de las confesiones religiosas de organizar la enseñanza de su doctrina -los eventuales conflictos hayan de resolverse mediante la ponderación.

3.- En el presente caso ni hay conflicto entre derechos fundamentales, ni se ha producido una justificación de la falta de propuesta de la actora, que, ante el panorama indiciario, permita excluir la presencia de un móvil vulnerador de los derechos fundamentales. Es evidente que la actuación de la demandante en un conflicto laboral nada tiene que ver con la enseñanza de la religión católica, ni pone en cuestión la libertad de los padres, ni de las confesiones religiosas de determinar el contenido de esa enseñanza. Por otra parte, no se ha producido ninguna justificación de la falta de propuesta que permita excluir el móvil lesivo de los derechos fundamentales. Así lo ha apreciado la sentencia recurrida, sin que tal apreciación se cuestione en el recurso. La parte recurrente invoca únicamente el cumplimiento del término del contrato, pero no ha acreditado, como le correspondía, que la decisión de no mantener la relación con la actora obedezca a un móvil ajeno a la lesión de los derechos fundamentales afectados.

El hecho de que la Administración esté vinculada por la decisión de la autoridad eclesiástica no altera esta conclusión, porque, en virtud de la interposición que, por ministerio de la ley, se produce en la relación laboral de los profesores de religión, es la Administración la que tiene que asumir la responsabilidad frente al trabajador por los incumplimientos que se produzcan como consecuencia de las actuaciones de la autoridad eclesiástica, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiera establecerse entre las dos autoridades en función de la imputación final del incumplimiento.”.

446/06

017

## TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social (Unificación de Doctrina): Sentencia de 10/02/2009

Ponente: Excmo. Sr. D. Gonzalo Moliner Tamborero

### Síntesis

**PENSION DE JUBILACION EN EL RÉGIMEN DE EMPLEADOS DE HOGAR. APLICACIÓN O NO DE LA DOCTRINA DEL PARÉNTESIS PARA EL CÁLCULO DE LA BASE REGULADORA DE LA PENSIÓN CUANDO SE ACCEDE A ÉSTA DESDE UNA SITUACION ASIMILADA AL ALTA SIN OBLIGACION DE COTIZAR: Se estima NO aplicable.**

### Fundamentos de Derecho y Doctrina:

“**PRIMERO.-** 1.- La sentencia combatida en el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, revoca la resolución de instancia y estima la demanda de la actora, declarando "su derecho a acceder a la prestación de jubilación, con efectos del 23-9-03, y sobre la base reguladora referida al final del Fundamento 2º de esta sentencia, condenando al INSS a estar y pasar por la anterior declaración, así como al pago de la pensión y sus incrementos y mejoras". En dicho fundamento de derecho se dice "La base reguladora que debemos fijar ha de coincidir con la aplicación de la teoría del paréntesis, en cuanto que de otra forma no existiría prestación alguna, retrotrayéndose para su cálculo a los importes de cotización anteriores a la situación de demandante de empleo, según los porcentajes correspondientes, y siempre de acuerdo al art. 162,1 LGSS, aplicable por la D.A. 8ª de la LGSS, por supuesto en relación al art. 32 del Decreto 2346/69 de 25 de septiembre".

La Entidad gestora en el recurso de casación formulado, centra exclusivamente la cuestión debatida "en determinar si para el cálculo de la base reguladora de la pensión de jubilación, cuando se accede a ésta, desde una situación asimilada al alta sin obligación de cotizar, procede aplicar la denominada `doctrina del paréntesis`, esto es, si la base reguladora se debe calcular computando las bases de cotización de los meses inmediatamente anteriores al mes en que deja de cotizar, o bien se deben de tomar en consideración las bases de cotización de los meses inmediatamente anteriores al hecho causante". Denuncia infracción del artículo 162.1.1 en relación con el 1611.b) ambos del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social de 1994, en la redacción dada por la Ley 24/1997, de 15 de julio, al estimar aplicables dichos preceptos al Régimen Especial de Empleados del Hogar al que pertenece la actora, en virtud de lo dispuesto en la Disposición Adicional 8ª de dicha Ley. También denuncia infracción de la jurisprudencia que ha sido delimitada y fijada a raíz de las sentencias de 1 de octubre de 2002 (recurso 3666/01), 25 de octubre de 2002 (recurso 1/02), 11 de diciembre de 2002 (recurso 649/02) y de 26 de febrero de 2003 (recurso 1958/02). Fue seleccionada como sentencia de contraste la del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 13 de marzo de 2003 (recurso 4498/03).

2.- Tanto la parte actora en el escrito de impugnación de recurso como el Ministerio Fiscal en su preceptivo dictamen, oponen causa de inadmisión del recurso por falta de contradicción, por lo que la Sala ha de proceder a su examen, para poder conocer de la cuestión planteada.

3.- La sentencia de contraste estimando el recurso de suplicación interpuesto por la Entidad gestora revoca la de instancia y en consecuencia desestima la demanda en donde el demandante había cotizado al Régimen General por un total de 1.452 días hasta el 5 de octubre de 1971 y en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos en el periodo de 1 de mayo de 1978 a 31 de octubre de 1992, por un total de 5.298 días. Inició proceso de Incapacidad Temporal el 3 de junio de 1992 y recayó resolución declarando la situación de Invalidez Permanente en el grado de Total, derivada de enfermedad común con efectos de 31 de diciembre de 1993. Dicha resolución fue impugnada en vía jurisdiccional y después de distintos avatares jurídicos, la Dirección Provincial del INSS dictó nueva resolución que acordaba extinguir la situación de Invalidez Permanente de carácter no definitivo, con efectos desde el 30 de junio de 1998, formulada reclamación previa y demanda en vía judicial, el Juzgado de lo Social estima parcialmente la demanda y declaró al actor en situación de Invalidez Permanente total, con efectos de 31 de julio de 1998, pronunciamiento que fue revocado por la sentencia de la Sala de lo Social y el actor se inscribió como demandante de empleo el 23 de febrero de 2000. El 16 de mayo de 2001 formuló solicitud de pensión de jubilación que le fue reconocida, pero disconforme con la base reguladora formuló reclamación previa y posteriormente acudió a la vía judicial, en donde recayó la sentencia de contraste, que no aplica la denominada doctrina de "paréntesis" y computa las bases de cotización del periodo de noviembre de 92 al mes de abril de 2001.

En dicha sentencia se recoge en apartado segundo del fundamento de derecho segundo que "El demandante solicitó la pensión de jubilación el 16 de mayo de 2001, computándose las bases de cotización del período 11-92 a 4-2001, es decir, con posterioridad a dicha modificación de la Ley General de la Seguridad Social, por lo que, para el supuesto de acceder a la pensión de jubilación desde una situación de alta o asimilada al alta, sin obligación de cotizar, el número 2 del artículo 161 de la Ley dispone que respecto de la determinación de la base reguladora de la pensión, se aplicará lo establecido en el apartado 1 del art. 162, y este precepto señala que la base reguladora de la pensión de jubilación será el cociente que resulte de dividir por 210, las bases de cotización del interesado durante los 180 meses inmediatamente anteriores a aquél en que se produzca el hecho causante; la nueva redacción de dichos preceptos hace inoperante con respecto a la base reguladora de la pensión de jubilación la doctrina del 'paréntesis' formulada por ésta y otras Salas, aunque siga vigente para la base reguladora de la pensión por invalidez permanente".

4.- A tenor de lo expuesto, se ha de concluir que existe identidad sustancial de supuestos y sin embargo las sentencias recaídas se pronuncian en sentido distinto, al ser de aplicación en ambos supuestos la misma normativa legal (los preceptos que en el presente recursos se denuncian infringidos) y, mientras que la combatida, aplica la teoría del "paréntesis" al tratarse de empleada de hogar que solamente puede ser demandante de empleo desde una situación no subsidiada [y retrotrae el cálculo a los importes de cotización anteriores a la situación de demandante de empleo, ya que en dicho régimen no le corresponde el posible devengo de prestación, por lo que "la interpretación flexible del requisito de alta, para quienes han estado con voluntad de permanecer dentro del sistema aseguratorio, con regularidad, permanencia, constancia y continuidad, debe reportar también la misma modulación del proyecto universal, mediante su modulación" -lo que no es objeto de debate en el recurso y por ello intrascendente para el requisito de la contradicción-], en cambio, en la de contraste se toman las bases de cotización anteriores a la fecha en que se produce el hecho causante, en base a la nueva redacción de los preceptos legales entendiendo que la doctrina del "paréntesis" formulada solo sigue vigente para la base reguladora de la pensión por Invalidez Permanente.

**SEGUNDO.-** 1.- La cuestión a resolver en el presente procedimiento se concreta en decidir si es aplicable la doctrina del paréntesis para el cálculo de la base reguladora de una pensión de jubilación cuando se accede a ésta desde una situación asimilada al alta sin obligación de cotizar, pues las dos sentencias comparadas ante situaciones semejantes han resuelto de manera contradictoria esta cuestión, la recurrida aplicando dicha posibilidad y la segunda negándola.

2.- La entidad recurrente denuncia la infracción por la sentencia que recurre de lo dispuesto en el art. 162.1.1 de la Ley General de la Seguridad Social, en relación con lo igualmente establecido en el art. 161.1. b) de la misma Ley, en la redacción que le dio a ambos preceptos la Ley 24/1997, de 15 de julio, alegando igualmente la doctrina de esta Sala en relación con la llamada "doctrina del paréntesis" en sus sentencias que cita de fechas 1 de octubre de 2002 (rec.-3666/01), 25-10-02 (rec.-1/02), 11-12-2002 (rec.-649/02) y 26-2-2003 (rec.-1958/02)

Dicha recurrente, después de tomar en consideración que los preceptos denunciados son aplicables también al Régimen de Empleados de Hogar en el que la actora se hallaba encuadrada, sostiene, tomando en su literalidad los preceptos de la Ley General que denuncia como infringidos, que, si bien el art. 161.1.b) permite que cuando se accede a una pensión de jubilación desde una situación de alta o asimilada al alta sin obligación de cotizar, el período de dos años de carencia específica puedan computarse no desde la fecha del hecho causante sino dentro de los quince años inmediatamente anteriores a la fecha en que cesó

la obligación de cotizar, sin embargo se apoya en el art. 161.1.b) para sostener que, aun siendo posible aquella retroacción, la misma no puede influir sobre la base reguladora porque lo impide el juego conjunto del tercer párrafo del art. 161.1.b) en la remisión que hace al art. 162.1, por cuanto el primero de dichos preceptos dispone que “en los casos a que se refiere el párrafo anterior, y respecto de la determinación de la base reguladora de la pensión, se aplicará lo establecido en el apartado 1 del art. 162”, en el que se dispone que “la base de reguladora de la pensión de jubilación en su modalidad contributiva será el cociente que resulte de dividir por 210, las bases de cotización del interesado durante los 180 meses inmediatamente anteriores a aquel en que se produzca el hecho causante”.

La tesis del INSS sostiene, en definitiva, que la actora tendría derecho a una pensión de jubilación de base 0, en cuanto que a pesar de reunir los requisitos del alta o situación asimilada, así como las carencias genérica y específica legalmente exigidas, sin embargo en la aplicación de la base reguladora habrían de jugar las cotizaciones de los últimos quince años calculados a contar desde la fecha del hecho causante, puesto que la misma no tenía ninguna cotización acreditada desde el año 1986 en que causó baja en el Régimen de Empleados de Hogar y permaneció inscrita como demandante de empleo hasta que cumplió los 65 años y solicitó la prestación de jubilación en el año 2003.

3.- La solución propuesta por el INSS es la más conforme con la letra de los preceptos que cita, pues, siendo cierto que el legislador tuvo en cuenta la aplicación de la doctrina del paréntesis para determinar la concurrencia o no del requisito de la carencia específica el hecho de que no hiciera lo mismo respecto del período a tener en cuenta para el cálculo de la base reguladora es determinante para apreciar su voluntad de no tomar en consideración esta posibilidad como hubiera igualmente podido hacer al dar nueva redacción a dichos preceptos en la reforma de 1997, tanto más cuanto, como señala reiterada doctrina jurisprudencial contemplando situaciones anteriores a esta reforma - por todas en SSTs de 1-7-1993 (rec.-1679/92), 15-12-1993 (rec.-1491/92) o 25-5-1999 (rec.- 2764/98) – que tanto la aplicación de la teoría del paréntesis a la carencia específica como a la base reguladora de la prestación fueron conclusiones asumidas por Resolución de la Dirección General de Régimen Jurídico de la Seguridad Social de 21 de julio de 1988 cuando se trataba de trabajadores provenientes de paro involuntario. Y abunda en dicha tesis el hecho de que, mientras para el Régimen General y otros asimilados es aplicable la previsión del art. 161.1.2 LGSS en cuanto dispone que se integraran las lagunas de cotización con la base mínima cuando durante el período que haya de tomarse para el cálculo de la base reguladora aparecieran meses durante los cuales no hubiese existido obligación de cotizar, el Régimen de Empleados de Hogar aparece excluido de tal previsión en la Disposición Adicional Octava de la misma, lo que prueba evidentemente el distinto tratamiento que en esta materia ha reservado el legislador para este colectivo de trabajadores.

Es cierto, sin embargo, que la doctrina llamada del paréntesis en cuanto consiste en una retroacción de las cotizaciones a tener en cuenta para el cálculo de la base reguladora a época anterior a aquella en que cesó la obligación de cotizar ha sido aplicada por esta Sala a diversas situaciones a lo largo del tiempo, como puede apreciarse en la sentencia del Pleno de la Sala de 7-2-2000 (rec.- 209/05) y en las que en ella se citan (desempleo subsidiado o no, e invalidez provisional u otros supuestos de IT en que no existe obligación de cotizar...) incluso en relación con la prestación de jubilación – STS 25-4-2006 (rec.- 951/05) -, pero a partir de la sentencia dictada también por el Pleno de la Sala de fecha 1-10-2002 (rec.- 3666/01) quedó ya definitivamente claro que dicha doctrina sólo podía ser utilizada cuando la fecha del hecho causante había estado precedido por un tiempo dilatado en el que el trabajador había permanecido en situación de invalidez provisional (contingencia de Seguridad Social hoy desaparecida, como se sabe) o en período de prórroga de la actual IT (art. 136 bis dos LGSS) con exclusión expresa de los períodos de desempleo sin obligación de cotizar; o sea, por un tiempo muerto derivado de una cierta descoordinación en el sistema de protección, y en atención a la circunstancia de que en estos casos resulta suficientemente imprecisa la determinación del hecho causante. Tal situación no concurre en el presente supuesto en el que la demandante estuvo todo el tiempo del período carencial inscrita en la oficina de empleo y sin cotización alguna, en una situación de normal funcionamiento del Sistema, y en donde la fecha del hecho causante está perfectamente definida. Todo lo cual conduce a que no sea aplicable aquel paréntesis que la sentencia recurrida tuvo en cuenta, y a la necesidad de hacer efectiva en toda su virtualidad la previsión contenida en el art. 162.1 LGSS, dado el carácter profesional y contributivo de nuestro régimen de Seguridad Social y el carácter imperativo de sus normas.

4.- En definitiva, sólo por vía correctora de lo que el legislador ha dispuesto en el art. 162.1 LGSS podría esta Sala reconocer a la demandante una base reguladora de la prestación que tiene reconocida como ha hecho la sentencia recurrida aplicando la doctrina del paréntesis a una situación no prevista legalmente ni amparada por la doctrina de esta Sala, por más que resulte llamativo que de ello derive que la prestación a percibir por la actora lo sea sobre una base “0”. Ahora bien, partiendo de la base de que el INSS no solo no ha recurrido la decisión de dicha sentencia de reconocerle una pensión de jubilación - con lo que la misma ha ganado firmeza -, sino que de forma expresa ha admitido en su escrito de interposición del recurso que “ello no impedirá ...que a la actora, si tiene derecho al complemento por mínimos, en virtud de lo dispuesto en el art. 50 de la LGSS se le reconozca la cuantía equivalente al importe mínimo que para cada año ...se establezca en las Leyes de Presupuestos Generales del Estado”; y teniendo, además, en cuenta lo que respecto del reconociendo de una pensión mínima dispone cada año dicha Ley, la solución a este especialísimo supuesto habrá de llevar a un pronunciamiento en el que, después de estimar el recurso del INSS en el exclusivo particular en el que ha centrado su recurso, reconocer el derecho de la demandante a percibir esa pensión mínima que por Ley le corresponde con los efectos iniciales reconocidos en la sentencia recurrida.

**TERCERO.-** En su consecuencia procede dictar sentencia estimando el recurso del INSS en cuanto sostiene la inaplicación al presente supuesto de la doctrina de la retroacción o doctrina del paréntesis aplicada por la sentencia recurrida, para casar y anular aquella sentencia en cuanto a dicho particular, con el consiguiente derecho de la demandante a percibir la pensión de jubilación en la cuantía mínima reconocida por la legislación de cada año. Sin que proceda la imposición de las costas a la recurrente por no concurrir las circunstancias que lo hacen posible conforme a las previsiones del art. 233 LPL.”.

4112/07

018

## TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social (Unificación de Doctrina): Sentencia de 11/02/2009

Ponente: Excmo. Sr. D. Jordi Agustí Julià

### Síntesis

**DESPIDO IMPROCEDENTE.** Nulidad de la primera sentencia del juzgado decretada en suplicación, por falta de hechos probados, retrotrayendo las actuaciones al momento anterior a dictarse dicha sentencia; nueva sentencia del Juzgado declarando de nuevo el despido improcedente, confirmada en suplicación. Se debate el alcance de los salarios de tramitación a pagar por el empresario ( hasta la fecha de la primera sentencia de instancia o hasta la fecha de la segunda). Reitera doctrina.

### Fundamentos de Derecho y Doctrina:

**“PRIMERO.-** La cuestión debatida en el presente recurso de casación para la unificación de doctrina es la relativa a la posibilidad de limitar los salarios de tramitación, en caso de despido improcedente, cuando la sentencia de instancia ha sido anulada por resolución judicial posterior, recayendo nuevo pronunciamiento declarando la improcedencia del despido, y en concreto, si dichos salarios quedan suspendidos durante la tramitación del recurso de suplicación, o bien deben abonarse hasta la fecha de la notificación de la segunda sentencia del Juzgado.

**SEGUNDO.-** En el caso resuelto por la sentencia recurrida, consta, en lo que aquí interesa, que por el Juzgado de lo Social nº 19 de los de Madrid, se dictó sentencia por la que estimando en parte la demanda interpuesta por el trabajador y con declaración de la improcedencia del despido, se condenaba a la empresa demandada al pago de los salarios de tramitación desde la fecha del despido y hasta la notificación de la sentencia. Interpuesto recurso de suplicación por el trabajador, la Sala lo estimó mediante sentencia de fecha 14 de noviembre de 2006, declarando la nulidad de la sentencia por falta de motivación, y al efecto que se incluyeran datos existentes en autos, con la finalidad de resolver la cuestión de la antigüedad del demandante. Posteriormente, por el Juzgado de instancia se dictó nueva sentencia en fecha 16 de febrero de 2007, incluyendo los citados datos, manteniendo la declaración de improcedencia del despido, y condenando a la empresa demandada al abono de los salarios de tramitación desde la fecha del despido y hasta la notificación de la resolución. La demandada recurrió en suplicación dicha sentencia, cuestionando, entre otros extremos, el cómputo de los salarios de tramitación, por estimar, que en su caso, deberían limitarse a la fecha en que se declaró por primera vez la improcedencia del despido por la sentencia del Juzgado de instancia.

La sentencia ahora y aquí recurrida, dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en fecha 10 de octubre de 2007 (rec. 3490/2007), estimó en parte el recurso interpuesto por la empresa, razonando, que resulta de aplicación el artículo 111.1b) de la Ley de Procedimiento Laboral, de manera que el demandante pudo ser considerado en situación de desempleo y no se habrían producido salarios de tramitación, por lo que es únicamente desde que se dicta la sentencia que resuelve el recurso de suplicación, cuando nuevamente se inicia el devengo de tales salarios al reiniciarse la tramitación en la instancia tras el paréntesis del recurso. En su consecuencia, el trabajador no tendría derecho a percibir los salarios desde el 13 de marzo de 2006, fecha de notificación de la primera sentencia hasta el 14 de noviembre del mismo año, en que se dicta la sentencia de la Sala que la anula, y si desde esta última fecha hasta la notificación de la segunda sentencia de instancia dictada el día 5 de marzo de 2007, período inferior al tenido en cuenta por la sentencia impugnada.

**TERCERO.-** El trabajador demandante recurre en casación para la unificación de doctrina la citada sentencia, denunciando la infracción de los artículos 111 de la Ley de Procedimiento Laboral y 56 del Estatuto de los Trabajadores, alegando, que siendo nula la primera sentencia no puede desplegar efectos jurídicos y, por consiguiente, no puede determinar el fin de los salarios de tramitación, invocando como sentencia para la confrontación doctrinal la dictada por la Sala del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de fecha 18 de diciembre de 2001 (rec. 5309/2001). En esta sentencia –confirmada por la de esta Sala de fecha 21 de octubre de 2002 (rec. 549/2002)- consta, que por el Juzgado de instancia se dictó una primera sentencia el día 12 de julio de 1999, declarando la improcedencia del despido, optando la empresa demandada por la indemnización y recurriendo la sentencia

en suplicación. En fecha 5 de junio de 2000, la Sala de Cataluña dictó sentencia anulando la de instancia por insuficiencia de hechos probados. En fecha 6 de febrero de 2001, el Juzgado de instancia dicta nueva sentencia, declarando el despido improcedente, y tomando como fecha límite para el cómputo de los salarios de tramitación la fecha de la segunda sentencia; solicitada por la empresa aclaración, por entender que la fecha límite de los salarios de trámite debía ser la de la opción ejercitada después de la primera sentencia, y que en consecuencia existía error en el cómputo, por Auto de fecha 2 de marzo de 2000 el Juzgado desestimó la aclaración. Interpuesto recurso de suplicación por la empresa demandada, la Sala de suplicación, en la ya citada sentencia de contraste, de fecha 18 de diciembre de 2001 -debatándose si los salarios de tramitación debían limitarse a la fecha de opción, después de dictarse la primera sentencia de instancia, o bien a la fecha de la segunda sentencia dictada por el propio Juzgado, por resultar ineficaz dicha opción como consecuencia de la nulidad de la primera sentencia-, lo desestimó, confirmando la resolución de instancia, y en su consecuencia, quedando como límite de los salarios de trámite, la fecha de la segunda sentencia de instancia.

**CUARTO.-** Concorre el requisito de la contradicción que, como requisito de exigibilidad para viabilizar el recurso de casación establece el artículo 217 de la Ley de Procedimiento Laboral, y en su consecuencia, debe entrarse en el examen de fondo litigioso, pues en supuestos sustancialmente idénticos se han dictado pronunciamientos distintos, no siendo trascendente a los efectos de dicha identidad -como señala el preceptivo informe del Ministerio Fiscal- que en la sentencia invocada para el contraste la empresa demandada hubiera optado por la indemnización a raíz de la primera sentencia, ya que el problema que subyace en ambos litigios resueltos por las respectivas sentencias ahora en trance de comparación, es exactamente el mismo, y queda contraído a determinar la incidencia, a los efectos del percibo de los salarios de tramitación, de la declaración de nulidad de la primera sentencia de instancia.

**QUINTO.-** Como ya se ha expuesto, la cuestión debatida en el presente recurso de casación para la unificación de doctrina es la relativa a la posibilidad de limitar los salarios de tramitación, en caso de despido improcedente, cuando la sentencia de instancia ha sido anulada por resolución judicial posterior, recayendo nuevo pronunciamiento declarando la improcedencia del despido, y en concreto, si dichos salarios quedan suspendidos durante la tramitación del recurso de suplicación -tesis de la sentencia recurrida-, o bien deben abonarse hasta la fecha de la notificación de la segunda sentencia del Juzgado -tesis de la sentencia referencial-. Pues bien, siendo ésta la cuestión objeto de debate, La tesis correcta es la de la sentencia de contraste, que -como ya se ha dicho- fue confirmada por la sentencia de esta Sala de fecha 21 de octubre de 2002 (rec. 549/2002), con los siguientes razonamientos :

“**a)** La Sala de lo Social que dictó la primera sentencia de suplicación funda la nulidad de actuaciones decretada, en vulneración del art. 97-2 L.P.L. por falta de hechos probados, ordenando reponer las actuaciones al momento anterior a dictar sentencia; se trata por tanto de un supuesto de nulidad absoluta con efectos ex tunc, incluyendo por tanto, la opción empresarial en favor de la indemnización; decisión dictada por la Sala de Suplicación aunque no se diga expresamente, apoyada en los arts. 238 y 240-2 de la L.O.P.Judicial, y cuyas consecuencias, tienen efectos retroactivos; si como establecen los artículos 6-3 del C. Civil en relación con el 1.303 del mismo cuerpo legal toda nulidad supone la contravención de una norma imperativa o prohibitiva como es en este caso el art. 97-2 de la L.P.L., que obliga al Juzgador a que la sentencia declare expresamente los hechos probados, fundamentando el fallo siendo los efectos de su omisión, la carencia de validez, de todos los actos procesales hasta donde alcance la nulidad decretada, --en el caso de autos, hasta el momento anterior a dictar sentencia, como razonó la primera sentencia de suplicación-- no cabe pretender dotar de eficacia al cumplimiento de una obligación como es la derivada de la opción que después queda carente de contenido, como consecuencia de la declaración de nulidad de la resolución judicial de la que trae causa; **b)** la tesis contraria, la de la empresa recurrente y de la de la sentencia de contraste apoyada en el art. 111 L.P.L., no es aceptable; la situación procesal derivada de la nulidad de actuaciones, no está contemplada en el art. 111 L.P.L., que se refiere a las consecuencias de la interposición de recursos de suplicación en relación a la posible ejecución provisional de la sentencia de instancia y de los efectos de aquellos, cuando se modifica la cuantía de la indemnización, o se declara el despido como nulo, y no a la nulidad de actuaciones por razones procesales, contempladas en otros preceptos legales; **c)** a la misma conclusión conduce el examen del art. 116 de L.P.L., también denunciado como infringido, cuando regula la obligación del Estado de abono de los salarios de tramitación; la interpretación que hace la recurrente de dicho artículo cuando dice que sí desde la fecha en que se tuvo por presentada la demanda por despido, hasta la sentencia del Juzgado o Tribunal que por primera vez declare su improcedencia hubiesen transcurrido más de 60 días hábiles, el empresario, una vez firme la sentencia podrá reclamar al Estado los salarios pagados al trabajador que exceda de dicho plazo, no conduce a la conclusión a la que llega el recurrente pretendiendo dar validez a la opción en su día ejercitada es cierto que en dicho precepto se habla de la sentencia que por primera vez declare la improcedencia del despido, pero lógicamente realmente a lo que se está refiriendo, como también se dice en dicho artículo es a la sentencia firme que así lo declare, circunstancia, que en el caso de autos no concurre en la primera del Juzgado, pues fue anulada; **d)** por tanto si la opción empresarial es nula, mal puede tomarse su fecha como referencia, a efectos de limitar los salarios de tramitación, como pretende la recurrente, la fecha de la opción siendo correcta la decisión de la sentencia recurrida que rechazó tal posibilidad, fijando como límite de los mismos la fecha en que se notificó la segunda sentencia del Juzgado declarando nuevamente la improcedencia del despido, sin perjuicio de la reclamación al Estado de los salarios que excedan de los 60 días hábiles desde la presentación de la demanda, tal y como expresamente recoge la sentencia de suplicación.”

**SEXTO.-** Dada la identidad del caso ya resuelto por la Sala con el aquí objeto de recurso, y en aplicación de la doctrina trascrita, procede la estimación del recurso de casación para la unificación de doctrina planteado por el legal representante del trabajador, lo que comporta la necesidad de casar y anular la sentencia recurrida y resolver el debate planteado en suplicación desestimando el de tal clase interpuesto en su día por la empresa demandada, confirmando el fallo de la sentencia de instancia, sin que proceda pronunciamiento sobre costas.”.

450/08

019

## TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social (Unificación de Doctrina): Sentencia de 11/02/2009

Ponente: Excmo. Sr. D. Benigno Varela Autrán

### Síntesis

**INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO IMPROCEDENTE. INTERPRETACIÓN DEL ART. 56.1.A) DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES. DEBE FIJARSE PRORRATEANDO “POR MESES” LOS PERIODOS DE TIEMPO DE SERVICIOS INFERIORES A UN AÑO; DE MODO QUE LOS DÍAS QUE EXCEDAN DEL ÚLTIMO MES SERVIDO SE CONSIDERARÁN, A ESTOS EFECTOS, COMO UN MES COMPLETO.**

### Fundamentos de Derecho y Doctrina:

**PRIMERO.-** En la sentencia hoy impugnada en casación para unificación de doctrina, la de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de fecha 27 de diciembre de 2007, se aborda y resuelve el tema del despido de la trabajadora, hoy demandante recurrente que se produjo en estos términos: Previa manifestación verbal de dicho despido el día 11 de mayo de 2006 la empresa entregó carta notificadora del mismo el día 16 del mismo mes y año, reconociendo, en esta última fecha, su improcedencia y consignando al siguiente día 17, la cantidad 9,150 euros en concepto de indemnización que fue puesta a disposición de la trabajadora el día 18 siguiente.

Es de señalar, para una mejor comprensión del tema debatido, que los días 12 y 16 de mayo fueron viernes y martes, respectivamente, y que este último día en que fue reconocida la improcedencia del despido a las 13,11 horas, la Banca local cerraba a las 12,30 de acuerdo con lo establecido en el artículo 25 de su Convenio Colectivo regulador.

La sentencia dictada en la instancia estimó parcialmente la demanda por entender que la antigüedad computable debiera ser la de 1 año, un mes y 11 días e imponiendo a la empresa el abono de salarios de tramitación desde el 12 al 17 de mayo.

Se articula, ahora, el presente recurso unificador de doctrina con dos motivos distintos, referido el primero al cálculo del tiempo de servicios en la empresa, a efectos del cómputo de la indemnización por despido, y atinente el segundo a las consecuencias de la consignación, pretendidamente, extemporánea en el abono de los salarios de trámite.

Para el primer motivo se propone como sentencia de contraste la de esta Sala, de fecha 31 de octubre de 2007, dictada en el recurso 4181/ 2006 y para el segundo la, también, de esta Sala, de fecha 21 de septiembre de 2006, dictada en el recurso 4667/2004.

**SEGUNDO.-** Efectuado el juicio de contradicción en los términos exigidos por el artículo 217 de la L.P.L. se llega a la convicción de que, en relación con el primero de los motivos impugnatorios propuesto, ciertamente, se produce la contradicción doctrinal, habida cuenta que respecto a situaciones similares de despido, en un caso, el de la sentencia impugnada, se prorratea por días la antigüedad a computar a efectos indemnizatorios, mientras que en nuestra sentencia propuesta como de contraste se efectúa por meses. Concorre, por tanto, respecto de ese primer motivo el requisito, previo e ineludible, de la contradicción judicial.

No ocurre lo mismo respecto del segundo de los motivos de impugnación propuesto ya que si se analizan con detenimiento las sentencias comparadas al respecto se advierte, con toda claridad, una serie de diferencias de orden fáctico que hacen imposible admitir la contradicción judicial.

En efecto, en la sentencia recurrida el despido, inicialmente verbal y luego comunicado por escrito, su notificación, el reconocimiento de su improcedencia y la consignación de la cantidad adeuda como indemnización se efectúan en los términos que ya se dejan detallados en el cuerpo de la presente resolución judicial.

En el caso de la sentencia referencial el iter seguido en la imposición del despido y en su ulterior reconocimiento de improcedencia y subsiguiente consignación es completamente diferente. Y así, notificado el mismo el 5 de abril de 2004, el día 12 siguiente, la empresa presenta escrito en el Juzgado reconociendo su improcedencia y solicitando, a efectos de consignación de indemnización, la Entidad Bancaria y cuenta corriente en que habría de efectuarse aquella, la que no tuvo lugar hasta el día 23 del mismo mes y año, produciéndose el acto de conciliación el día 7 de mayo siguiente. Para nada consta que en el intermedio de esas fechas mencionadas hubiera concurrido días inhábiles o circunstancias inhabilitadoras para efectuar, puntualmente, la consignación en la Entidad Bancaria correspondiente.

Es por todo ello que no pueda admitirse la concurrencia de contradicción entre la sentencia impugnada y la de esta Sala, de fecha 21 de septiembre de 2006, propuesta como término referencial.

**TERCERO.-** Ha de entrarse, por tanto, en el examen de la infracción jurídica denunciada respecto al primero de los motivos de impugnación propuestos y referida a la infracción del artículo 56.1 del Estatuto de los Trabajadores.

Al respecto ha de admitirse la denunciada infracción jurídica, entendiendo que la doctrina correcta se recoge en la sentencia propuesta como término referencial.

Para no incurrir en ociosas reiteraciones procede transcribir aquí el principal razonamiento recogido en nuestra repetida sentencia referencial. Dijimos entonces: "La letra a) del apartado 1 del art. 56 del ET (que aquí es objeto de interpretación) mantiene, después de la Ley 45/2002 de 12 de Diciembre, la misma redacción que tenía con anterioridad, esto es, cuando se produjo el hecho enjuiciado por la sentencia aportada ahora para el contraste con la recurrida.

Con referencia a la indemnización que corresponde, en su caso, al despido improcedente, se dispone: "a) Una indemnización de cuarenta y cinco días de salario, por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año hasta un máximo de cuarenta y dos mensualidades".

A la vista de tal redacción, que es lo suficientemente clara como para no introducir en el ánimo del intérprete duda alguna acerca de que el legislador hubiera querido expresar algo diferente a lo que dijo, debe llegarse a la conclusión en el sentido de que el método interpretativo del precepto deberá ser el literal ("según el sentido propio de sus palabras") al que se refiere el art. 3.1 del Código Civil. Al respecto, como refiere la reciente sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo, de 13 de marzo de 2007 –R.C. 39/2006–, "hemos destacado con reiteración (SSTS 23/05/06 –cas. 8/05–; 13/07/06 –rec. 294/05–; 31/01/07 –rec. 4713/05–; y 31/01/07 –rec. 5481/05–) que el primer canon hermenéutico en la exégesis de la norma es «el sentido propio de sus palabras» [art. 3.1 CC] y en la de los contratos el «sentido literal de sus cláusulas» [art. 1281 CC] (STS 25/01/05 –rec. 24/03–), de forma que las palabras e intención de los contratantes constituyen «la principal norma hermenéutica» (STS 01/07/94 –rec. 3394/93–). Por ello, cuando los términos de un contrato son claros y terminantes, no dejando lugar a dudas sobre la intención de los contratantes, debe estarse al sentido literal de sus cláusulas, sin necesidad de acudir a ninguna otra regla de interpretación (STS 20/03/90 –infracción de ley–). En este mismo sentido, la Sala Primera insiste en que las normas o reglas interpretativas contenidas en los arts. 1281 a 1289 CC, constituyen un conjunto subordinado y complementario entre sí, teniendo rango preferencial y prioritario la correspondiente al primer párrafo del art. 1281, de tal manera que si la claridad de los términos de un contrato no deja duda sobre la intención de las partes, no cabe la posibilidad de que entren en juego las restantes reglas contenidas en los artículos siguientes, que vienen a funcionar con el carácter de subordinadas respecto de la que preconiza la interpretación literal (SSTS –Sala Primera– 29/03/94 –rec. 1329/93–; 10/02/97 –rec. 650/93–; 10/06/98 –rec. 1063/94–; 05/10/02 –rec. 674/97–; y 30/09/03 –rec. 4128/97–); a lo que se añade –tomando la cita de Paulo, en el Digesto– que como las palabras son el medio de expresión de la voluntad y ha de presumirse que son utilizadas correctamente, «no debe admitirse cuestión sobre la voluntad cuando en las palabras no existe ambigüedad» (STS 07/07/86, reproducida por las anteriormente reseñadas).

Así pues, no hay razón alguna para fijar dos módulos de cálculo de la indemnización correspondiente a aquellos períodos de servicios que no alcancen un año: el prorrateo atinente a un mes para los meses completos de servicio, y el atinente a los días servidos después del último mes completo, pues si el legislador hubiera querido expresarlo así, lo habría hecho. Por ello, para todo el tiempo de servicios inferior a un año, habrá de aplicar la norma contenida en el precepto objeto de análisis, que consiste en prorratear en todo caso "por meses [y no por días en ningún caso] los períodos de tiempo inferiores a un año". De esta manera, sea cual fuere el número de días servido a partir del último mes completo, el prorrateo ha de hacerse "por meses", esto es, como si se hubiera trabajado la totalidad del mes, fórmula ésta elegida por el legislador que se presenta como adecuada y simple y, por otra parte, de escasa trascendencia económica a favor del trabajador".

**CUARTO.-** Por cuanto se deja razonado y de conformidad con el dictamen del Ministerio Fiscal el recurso ha de ser estimado en relación con el primer motivo de impugnación propuesto y, en este aspecto, casar y anular la sentencia recurrida y al resolver el debate planteado en suplicación declarar que el computo de la antigüedad a efectos de indemnización por despido debe hacerse por meses completos aun cuando no se hubiera concluido el último de ellos.

En cuanto al segundo de los motivos propuestos procede desestimar el recurso por falta del requisito de la contradicción.

No procede hacer imposición de costas.”.

864/08

020

## TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social (Unificación de Doctrina): Sentencia de 16/02/2009

Ponente: Excmo. Sr. D. Luís Ramón Martínez Garrido

### Síntesis

**CONTRATO DE TRABAJO EN PRÁCTICAS. FRAUDE DE LEY.** Durante dos meses de los 24 de duración que tuvo se empleó al trabajador en tareas distintas a las pactadas como objeto del contrato. Esta circunstancia no es suficiente para declarar la existencia de fraude en la contratación.

### Fundamentos de Derecho y Doctrina:

“**PRIMERO.-** 1. El objeto de la presente sentencia es decidir si el cese de un trabajador a la espiración del término de un contrato en prácticas, debe ser o no calificado como despido improcedente, habida cuenta de que durante los 24 meses de su duración el trabajador fue empleado durante dos en tareas, en principio, distintas a aquellas que constituyen el objeto del contrato.

2. La sentencia de instancia desestimó la demanda, declarando que, “*vista la titulación del actor, técnico superior en desarrollo de proyectos mecánicos, y de las funciones que realizó con carácter principal: verificación de calidad y geometría del fleje laminado, verificación del fleje de laminación y tubos, análisis de laminación y tubos, análisis de control, tareas de laboratorio, siendo que las tareas desempeñadas en la sección de compras, como almacenero, tuvieron carácter accesorio que se llevaron a cabo durante dos meses a lo largo de dos años de duración del contrato en prácticas se concluye que las tareas realizadas por el actor guardan relación suficiente con el nivel de estudios cursados, resultando por tanto apropiadas para la adquisición de los conocimientos prácticos que requiere el ejercicio de la actividad profesional a que habilita el título, satisfaciendo con ello la finalidad perseguida por tal tipo de contratos*”.

3. La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, estimó el recurso interpuesto por el demandante, declarando que “cualquier alteración no episódica o meramente incidental que afecte a aquel propósito lleva aparejada la consecuencia prevista en el art. 22.3 del RD 488/1998”, y, dado que el primer mes en el que produjo el desvío de funciones fue el primero del contrato, razonaba que “bien pudo esperarse al mes siguiente para concertar el contrato en condiciones de legalidad .”

4. La empresa demandada Laminaciones Arregui, S.L., ha formalizado el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, proponiendo, como sentencia de contraste, la de la Sala de Cataluña de 18 de septiembre de 1995, cuyo análisis es obligado.

**SEGUNDO.-** La ya mencionada sentencia de la Sala de Cataluña resuelve un supuesto similar de contrato en prácticas de una trabajadora con título de licenciada en Psicología concertado el 1 septiembre 1992 y que, tras sucesivas prórrogas se extendió hasta 30 de mayo de 1994. Se declara expresamente que, amén de las tareas propias de su especialidad, realizó algunas tareas de carácter administrativo que no guardan relación con la aplicación práctica de los conocimientos derivados de su licenciatura, además de clases de catalán y corrección de escritos en dicho idioma. Razona la sentencia que se trató de tareas desempeñadas con carácter residual y esporádico constituyendo una mínima parte de la actividad laboral de la trabajadora. Y, declarando cumplida la finalidad del contrato, acabó desestimando el recurso frente a la sentencia de instancia que había desestimado la pretensión por despido.

Los datos de hecho de ambas resoluciones, recurrida e invocada de contradicción, no presentan una identidad absoluta. Tal identidad no es exigida por la Ley. Pero son sustancialmente iguales, como exige el art. 217 de la Ley procesal para la admisión de este recurso, si los pronunciamientos son contradictorios. Efectivamente, en ambos casos el núcleo de la actividad del trabajador fue la idónea. La realización de labores susceptibles de contribuir a complementar la formación teórica adquirida con los estudios, se cumplió, y restaba, en ambos casos, decidir si la utilización del trabajador en tareas diferentes de las derivadas de su formación, aunque no lejanas a ella, desvirtuaban el contrato hasta el extremo de poder ser declarado fraudulento. Cumplido

el requisito de la contradicción, y los restantes exigidos para la admisión a trámite del recurso, debe Sala pronunciarse sobre la doctrina unificada.

**TERCERO.-** Denuncia la recurrente la infracción de los art. 11.1 del Estatuto de los Trabajadores y del art. 22.3 del Real Decreto 488/1998, que desarrolla el precepto estatuario.

El contrato en prácticas suscrito por el actor, se cumplió con total corrección en 22 meses de los 24 de duración que tuvo. No parece, en las actuales circunstancias del mercado de trabajo, que hubiera sido preferible, para salvar la legalidad formal del contrato, el que se hubiera concertado un mes más tarde, como expresa la sentencia recurrida. La finalidad de contribuir a complementar la formación teórica del trabajador se cumplió durante la mayor parte de su duración y el hecho de una desviación de escasa duración de aquella finalidad, carece de gravedad suficiente para calificar la contratación como fraudulenta, acreditado que se habían cumplido los requisitos que para la celebración de este contrato imponen los art. 11.1 del Estatuto de los Trabajadores y Real Decreto 488/1998 que desarrolla dicho precepto. Una interpretación de los preceptos rectores de este contrato –y cualquiera otro de los autorizados como temporales- no puede ser rigurosamente formalista de modo tal que acabe siendo nociva para los intereses de los trabajadores que se tratan de proteger.

En consecuencia, siendo correcta la contratación efectuada, su extinción, en la fecha pactada fue ajustada a Derecho. Procede por ello la estimación del recurso, casar y anular la sentencia recurrida y resolviendo el debate planteado en suplicación, desestimar el recurso de esta clase interpuesto por D. IGOR contra la sentencia de instancia.”.

1657/08

021

## TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social (Unificación de Doctrina): Sentencia de 18/02/2009

Ponente: Excma. Sra. Dña. Rosa María Virolés Piñol

### Síntesis

**PAGAS EXTRAORDINARIAS. CÁLCULO. Trabajadores que en el periodo de referencia no prestaron servicios por causa de INCAPACIDAD TEMPORAL. CONVENIO COLECTIVO DE LA INDUSTRIA SIDEROMETALÚRGICA DE LA COMUNIDAD DE MADRID. Derecho al percibo de las diferencias hasta el 100% del importe previsto en la norma convencional.**

### Fundamentos de Derecho y Doctrina:

**“PRIMERO.-** 1.- Se formula demanda por el trabajador en reclamación de cantidad, en concepto de diferencias en la paga extraordinaria de verano 2006, que le es desestimada por el Juzgado de instancia. Recurrida la sentencia en suplicación por el trabajador, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en sentencia de 26 de marzo de 2008 (rec. 4935/2007), estima el recurso, y con revocación de la sentencia de instancia, condena a la empresa demandada T AIRE ACONDICIONADO, al abono de la cuantía reclamada y correspondiente al descuento efectuado por la empresa por el importe de la paga extra por el tiempo que había estado el trabajador en situación de Incapacidad Temporal. Razona la Sala de suplicación, con apoyo en sentencia previa de la misma Sala de 2 de noviembre de 2006 (rec. 4402/06), que si bien el importe de las gratificaciones extraordinarias debe minorarse en proporción al periodo de IT, salvo que por pacto individual o colectivo se establezca lo contrario, en el caso enjuiciado resulta que el art. 31 del Convenio Colectivo aplicable, regula que el tiempo de incapacidad temporal ha de computarse a efectos del devengo de las pagas extras como tiempo de trabajo efectivo; y que por tanto, habrá que estar a lo así convenido y en sus propios términos, sin poder establecer diferencias entre uno y otro supuesto, tanto en lo que se refiere al periodo de devengo como al cálculo de estas pagas.

2.- Por la empresa demandada se formula el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, alegando la infracción del art.31 de la norma convencional, y seleccionando como sentencia contradictoria, la dictada por la Sala Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 5 de marzo de 2007 (rec. 4366/06), dictada también, a propósito de una reclamación de cantidad por las diferencias en el importe de la paga extra correspondiente al descuento por los días de baja y, en relación con la misma mercantil ahora recurrente. La sentencia referencial confirma la de instancia que estimó parcialmente la demanda –únicamente en relación con una pequeña diferencia en lo abonado por la empresa-, denegando el resto al entender que el actor había percibido ya el importe de la paga extraordinaria mediante la prestación por IT, al estar prorrateadas las pagas extras en la base de la misma.

**SEGUNDO.-** 1.- 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, entre otras, de 27 y 28 de enero de 1992, 18 de julio, 14 de octubre, 17 de diciembre de 1997, 23 de septiembre de 1998, 30 de junio de 1999 2 de julio y 28 de septiembre de 1999).

2.- Del análisis comparado de la sentencia recurrida y de la de contraste, partiendo de los datos fácticos expuestos, ha de estimarse que se cumplen los requisitos exigidos por el art. 217 LPL para la viabilidad del recurso, pues en ambos supuestos los actores percibieron la paga extraordinaria correspondiente –extra de verano 2006/extra de verano 2005- habiéndose descontado por la empresa los días que estuvieron en situación de IT y reclaman las diferencias no abonadas. Y ambas resoluciones analizan el art. 31 del Convenio del Metal de Madrid, y parten de que el mismo establece como mejora pactada, el considerar, a los efectos de generar el derecho a las pagas extraordinarias, el periodo de incapacidad temporal como tiempo de trabajo efectivo. Ahora bien, mientras la diferencial razona que la estimación de la demanda supondría una duplicidad en el cobro, en cuanto la mejora ya le había sido abonada al trabajador durante la percepción de la IT al estar prorrateada la cuantía de la paga extraordinaria en la base de cotización de la IT (el trabajador ha percibido la prestación, en la que está incluida el 75% de la paga extraordinaria, por lo que la empresa debe abonar el 25% restante, liquidación que se realizó aunque por un error de cálculo en el caso se abonaron 18 euros menos). Por el contrario la sentencia recurrida estima que no es totalmente cierto el razonamiento consistente en que de percibirse íntegramente las gratificaciones extraordinarias se llegaría a cobrar más de baja que en activo, puesto que con arreglo al art. 31 del Convenio aplicable, el importe de aquéllas no alcanza necesariamente el monto íntegro del salario mensual sin prorrateo, sino el de 30 días de salario de convenio más antigüedad, es decir, no ha de incluir otros importes distintos tales como los incentivos o la gratificación voluntaria que percibe el trabajador. En definitiva, se estima cumplido el requisito de la contradicción y deberá la Sala pronunciarse sobre la doctrina unificada.

**TERCERO.-** Superado el requisito de contradicción, procede el examen del recurso de casación, basado en un único motivo, en el que se denuncia por la parte recurrente, la infracción del art. 31 del Convenio Colectivo de aplicación, en relación con el art. 1901 del Código Civil.

La cuestión suscitada en el presente recurso consiste en determinar si procede estimar la reclamación por las diferencias en el abono de las pagas extraordinarias, cuando el trabajador ha permanecido en situación de Incapacidad Temporal, durante el semestre natural del devengo de dicha paga, siendo de aplicación en el caso, el Convenio Colectivo de la industria del Metal de la Comunidad de Madrid de 25 de agosto de 2005.

El artículo 31 del Convenio Colectivo aplicable señala, en relación a las “Gratificaciones extraordinarias” lo siguiente:

*“Las empresas abonarán una gratificación consistente en treinta días de salario de convenio más antigüedad, en cada una de ellas, los días 15 de julio y 22 de diciembre, o los días laborables anteriores en el supuesto de ser festivos.*

*El devengo de estas gratificaciones será prorrateado, cada una de ellas, por semestres naturales del año en que se otorguen y en proporción al tiempo efectivamente trabajado, computándose como tal el correspondiente a incapacidad temporal.*

*Serán respetadas íntegramente las condiciones superiores que por este concepto viniesen disfrutando los trabajadores y trabajadoras”*

Acierta la sentencia recurrida cuando señala que, “durante la situación de incapacidad temporal la relación temporal permanece en suspenso (art. 45 ET) con la consecuencia de quedar exonerados el trabajador y el empresario de sus obligaciones recíprocas de trabajar y remunerar el trabajo, percibiendo en tal situación el trabajador una prestación de la Seguridad Social que compensa el salario dejado de percibir, incluso la parte prorrateada correspondiente a las gratificaciones extraordinarias, pues (art. 109 de la LGSS) se incluyen en la base de cotización y, en consecuencia, ya inciden en la base reguladora de la prestación su cuantía”. Es por ello que estima que, salvo que por pacto individual o colectivo se establezca lo contrario, el importe de las gratificaciones extraordinarias ha de minorarse en proporción al periodo de tiempo en que el trabajador ha permanecido en situación de Incapacidad Temporal, durante el cual ha percibido la correspondiente prestación económica a cargo de la Entidad Gestora, en la que se incluye la parte proporcional de las gratificaciones extraordinarias; criterio que sostiene la empresa en el recurso. Ahora bien, partiendo de la norma antes transcrita, que el recurrente considera vulnerada (art. 31 Con. Col.), el periodo de Incapacidad

Temporal, es considerado como tiempo de trabajo efectivo, a ella ha de estarse, sin que puedan establecerse diferencias entre uno y otro supuestos. De tal manera que, si encontrándose en trabajador en activo, hubiera percibido la paga extraordinaria reclamada (en cuantía indiscutida), en situación de Incapacidad Temporal, ha de percibir igual prestación, sin minoración alguna; y ello aunque la prestación de IT se haya calculado sobre una base que comprendía la parte proporcional de las pagas extraordinarias, pues nos encontramos ante dos situaciones con regulación específica para cada una de ellas. Así, la prestación de Incapacidad Temporal se calculará de acuerdo con las normas de Seguridad Social que le resulten de aplicación; en tanto que la paga extraordinaria se rige por lo dispuesto en el art. 31 del Convenio Colectivo, y a tal norma convencional ha de estarse para determinar si el trabajador tiene o no derecho a las diferencias que postula, con abstracción de aquélla.

De todo lo anterior, resulta que la doctrina correcta se contiene en la sentencia recurrida; y entender lo contrario comportaría la infracción de la norma convencional denunciada (art. 31), en la que -a los efectos examinados-, la situación de incapacidad temporal queda equiparada a tiempo de trabajo efectivo, en el que indiscutiblemente el trabajador hubiera tenido derecho a la paga extraordinaria en cuestión; y sin que aquí pueda analizarse la oportunidad de la norma, ni si en situación de baja el trabajador percibe o no una cantidad superior a la que percibiría en activo, pues en todo caso, ha de respetarse la norma convencional que sirve de apoyo a la pretensión, rechazándose las alegaciones del recurrente relativas a que se ha producido una duplicidad en el pago de las gratificaciones extraordinarias con cita del art. 1901 del Código Civil referido al pago de lo indebido, al no resultar así de lo actuado.

**CUARTO.-** Por consiguiente, es correcto el pronunciamiento de la sentencia recurrida, lo que obliga, visto el dictamen del Ministerio Fiscal, a desestimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la empresa demandada contra tal sentencia. Y a la vista de lo que ordena el art. 233 y concordantes de la LPL, procede imponer a esta compañía demandada ahora recurrente, al pago de las costas causadas en este recurso y la pérdida de los depósitos y consignaciones efectuados por ella para formular el mismo, a los que se dará el destino legal.”.

1616/08

022

## TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social (Unificación de Doctrina): Sentencia de 18/02/2009

Ponente: Excmo. Sr. D. Aurelio Desdentado Bonete

### Síntesis

**PRESCRIPCIÓN DE INFRACCIONES. PRESCRIPCIÓN LARGA:** Inicio del cómputo. Falta de contradicción. Los hechos no son los mismos. En definitiva, se entiende que no hay oposición doctrinal, pues una sentencia parte de que existe una infracción que ha sido ocultada y la otra sentencia entiende que no ha habido una conducta de ocultación; por otra parte, los hechos de los que partiría la calificación sobre el carácter oculto o no de la infracción serían distintos.

### Fundamentos de Derecho y Doctrina:

**“PRIMERO.-** El problema que se suscita en las presentes actuaciones consiste en determinar el día inicial del cómputo del plazo de prescripción de seis meses o prescripción "larga" que establece el artículo 60.2 del Estatuto de los Trabajadores para las infracciones muy graves. La sentencia recurrida ha considerado prescrita la infracción consistente en una actuación abusiva realizada por un celador con respecto a una paciente sedada que transportaba. Esa actuación fue realizada en un día no determinado de noviembre de 2006 y no fue conocida hasta más tarde por la empresa cuando una enfermera, que había contemplado el hecho, comentó el mismo en una reunión del comité de empresa y de la dirección del centro que tuvo lugar el 25 de junio de 2007 -afirmación con valor fáctico en el fundamento jurídico segundo de la sentencia recurrida-, aunque el conocimiento debió ser algo anterior, pues el 21 de junio se había iniciado el correspondiente expediente disciplinario, según consta en el hecho probado segundo. La sentencia recurrida considera que la acción está prescrita, porque ha transcurrido el plazo de seis meses desde la fecha de la comisión de la infracción, añadiendo que no estamos ante una infracción continuada y que tampoco se ha producido una actuación específica de ocultación. Contra este pronunciamiento recurre el centro hospitalario empleador. En la sentencia de contraste de la Sala de lo Social de Tenerife de 12 de marzo de 2002 se trata de un despido que se realiza en marzo de 2001 por manifestaciones que el trabajador había realizado en una reunión con terceros que tuvo lugar el 13 de diciembre de 1999 y que fue conocida mucho más tarde por la empresa, la cual, cuando tuvo noticia de los hechos, procedió a iniciar expediente disciplinario, acordando luego el cese.

**SEGUNDO.-** Tanto la parte recurrida, como el Ministerio Fiscal en su informe cuestionan la existencia de la contradicción. El Ministerio Fiscal señala que "siendo decisivo el dato de la ocultación a la hora de determinar el día a quo, mientras la sentencia

referencial declara que la falta cometida lo ha sido con ocultación, la recurrida afirma que no existe ni continuidad ni ocultación". También señala el Ministerio Fiscal que "la referencia plantea principalmente la incidencia de la causa penal por los mismos hechos en el cómputo de la prescripción". La parte recurrida coincide con el Ministerio Fiscal en lo relativo a la diferencias en ocultación y señala también que las conductas enjuiciadas no son las mismas. Pero esta última no es relevante, porque en este recurso no se enjuicia la conducta del actor sino la prescripción de la infracción y tampoco lo es el que la sentencia de contraste se refiera a los efectos interruptivos del proceso penal, porque aquí lo que interesa es su decisión autónoma sobre el "dies a quo" del cómputo de la prescripción de la infracción.

Pero la conclusión debe ser distinta en lo que se refiere al carácter oculto de la infracción; elemento decisivo en la medida que, de acuerdo con la doctrina de la Sala que aplican las dos sentencias comparadas y que resume nuestra sentencia de 11 de octubre de 2005, tiene un tratamiento relevante a efectos del comienzo del cómputo de la prescripción en el sentido de que en las infracciones ocultas y que se han mantenido como tales el día inicial del cómputo comienza en la fecha en que los hechos llegaron o pudieron llegar al conocimiento de la empresa y no necesariamente en la fecha de comisión.

Pues bien, en el supuesto que decide la sentencia recurrida se aplica la prescripción porque, como hemos visto, el cómputo comienza en la fecha de la comisión en atención a que la infracción se realiza en el centro de trabajo de una forma relativamente abierta hasta el punto que pudo ser observada por una compañera de trabajo, que finalmente, aunque con algún retraso, acabó informando, directa o indirectamente, a la dirección de la empresa, sin que conste que se realizase posteriormente por el trabajador despedido ninguna actividad de ocultación y habiéndose acreditado, por el contrario, que circulaban "comentarios" sobre determinadas "actitudes" de aquél que motivaron una "observación" de su comportamiento (hecho probado quinto). Por el contrario, en la sentencia de contraste la infracción reprochada se produce fuera del centro de trabajo y en presencia de terceros que no mantienen relación laboral con el ente público empleador. La sentencia de contraste parte además de la aceptación con valor fáctico, en el fundamento jurídico segundo, de que la falta se ha producido con ocultación, eludiendo los controles del empresario. Es cierto que esta afirmación no tiene un apoyo claro en los hechos probados. En un punto del hecho probado tercero se dice que "tales hechos fueron ocultados por el Sr. BM", pero esa afirmación se produce en el marco de la reproducción de una manifestación contenida en la resolución administrativa que abrió el expediente disciplinario. Ahora bien, lo cierto es, por una parte, que la sentencia de contraste ha aceptado "de forma regular o irregular" la ocultación y la Sala no puede en este recurso entrar en el control de la exactitud de esta afirmación que podría venir avalada, por ejemplo, por alguna apreciación de carácter fáctico contenida en la fundamentación jurídica de la sentencia que se dictó en la instancia en aquel proceso. Por otra parte, no sería función de este recurso resolver sobre las eventuales discrepancias que en las sentencias comparadas podrían haberse producido en relación con el carácter oculto de las infracciones, porque ni es propio de la casación de unificación de doctrina entrar en este tipo de valoraciones empíricas, ni son iguales las circunstancias en las que se producen las infracciones reprochadas en ambos casos.

Procede, por tanto, en este momento la desestimación del recurso, como propone el Ministerio Fiscal. La desestimación determina la pérdida del depósito constituido para recurrir, debiendo mantenerse el aval aportado en garantía del cumplimiento de la condena. Procede también la imposición de costas a la empresa recurrente, conforme a lo dispuesto en el artículo 233.1 de la Ley de Procedimiento Laboral."

249/08

023

## TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social (Unificación de Doctrina): Sentencia de 19/02/2009

Ponente: Excmo. Sr. D. Gonzalo Moliner Tamborero

### Síntesis

RECURSO DE SUPPLICACIÓN. RECLAMACIÓN DE CANTIDAD Y CLASIFICACIÓN PROFESIONAL. CABE RECURSO CUANDO LO QUE SE DISCUTE EXIGE CONSIDERACIONES JURIDICAS QUE VAN MAS ALLA DEL MERO HECHO DE LA ACOMODACIÓN FUNCIONES-CATEGORÍA.

### Fundamentos de Derecho y Doctrina:

**PRIMERO.-** 1.- La cuestión que se plantea en el presente recurso de casación para la unificación de doctrina se refiere a la posibilidad de que frente a la sentencia de instancia se pueda plantear recurso de suplicación, o, por el contrario, la naturaleza de la reclamación impide esa posibilidad.

La demandante en estas actuaciones, como trabajadora de la empresa de trabajo temporal Adecco TT, S.A. fue cedida para prestar servicios en la empresa usuaria Delphi Packard España en virtud de un contrato de puesta a disposición suscrito entre ambas al amparo de la Ley 14/1994. La categoría con la que prestó sus servicios fue siempre la de peón, y sus retribuciones las del Convenio de la Industria Siderometalúrgica de Navarra para tal categoría. Dado que en la empresa usuaria no hay peones y entendiendo que sus funciones allí las hacían quienes tenían la categoría de "movedores de materiales", con salario superior al suyo, planteó una demanda de reclamación de cantidad, solicitando el pago de la cantidad de 3.613'48 euros.

El Juzgado de lo Social número 2 de los de Pamplona desestimó la demanda en sentencia de 19 de septiembre de 2.007, en la que se partía de la existencia de un Convenio en el empresa Delphi, denominado Pacto de Componentes, suscrito con el comité de empresa en fecha 12 de mayo de 1998. En el citado acuerdo colectivo se establecía que "el convenio de aplicación para la actividad de componentes será el convenio del metal de Navarra; y en los apartados de condiciones económicas se aludía únicamente a tres categorías: "movimiento de materiales", "vigilante de máquinas" y "técnico de inyección". Por otra parte, en los hechos probados de la referida sentencia se afirma que desde la suscripción del referido pacto de componentes de 1998, la empresa no contrató directamente a peones o peones especializados. En los últimos años Delphi sólo contrató directamente tras el oportuno proceso de selección y lo hizo para cubrir puestos de vigilante de máquina, para los que se requiere titulación de FP. Después de ese proceso de selección, los seleccionados son contratados durante seis meses como movedores de materiales y, si superan ese periodo, pasan a vigilante de máquina. También se afirma en los hechos probados que las tareas realizadas por los trabajadores contratados como peones por la ETT son las mismas que las que vienen realizando los "movedores de materiales" en la empresa usuaria.

3.- Recurrída esa sentencia en suplicación, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Navarra en la sentencia de 19 de diciembre de 2.007 que hoy se recurre en casación para la unificación de doctrina, sin que fuera planteado por ninguna de las partes declaró de oficio la inadmisibilidad del recurso. Para llegar a tal conclusión razona literalmente en su fundamento jurídico segundo que en este asunto *"salta a la vista una cuestión previa referida al orden público procesal, puesto que corresponde a esta Sala examinar "ex officio", su propia competencia funcional, y a este respecto se impone recordar que el art. 137.3 de la Ley de Procedimiento Laboral declara, taxativamente, que contra las sentencias recaídas en la modalidad procesal de clasificación profesional 'no se dará recurso alguno'; irrecurribilidad en la que insiste el núm. 1 de su art. 189..."*; y en el examen de oficio de esa competencia funcional llegó a la conclusión de que por estar en presencia de un procedimiento de clasificación profesional no era admisible el recurso de suplicación.

**SEGUNDO.-** 1.- Frente a la referida sentencia de la Sala de Navarra se ha interpuesto el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, en el que se denuncia la infracción de los artículos 137 y 189.1 de la Ley de Procedimiento Laboral, proponiéndose como sentencia de contraste la dictada por esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo el 26 de septiembre de 2.006 (rec.- 4642/05).

2.- Esta Sala ya ha resuelto dos recursos con el mismo contenido que el presente habiendo argumentado en la primera de dichas sentencias - STS 2-2-2009 (rec.- 278/08) como sigue: "La doctrina ajustada a derecho en el problema de acceso al recurso de suplicación en supuestos como el de la sentencia de instancia es la de la sentencia de contraste, pues en este supuesto estamos, tal y como se desprende de la demanda, de los hechos probados y de los razonamientos de aquélla, en una reclamación de cantidad tramitada adecuadamente por el procedimiento ordinario.

Tal y como se recuerda en la nuestra sentencia de contraste, y en otras muchas como la de 3 de mayo de 2006 (Rec.- 1684/2005): *"La doctrina de esta Sala acerca de cuándo se puede decir que estamos ante un proceso especial de clasificación profesional del art. 137 de la LPL o un proceso ordinario se contiene en una reiterada saga de sentencias resolviendo esta cuestión, y según la doctrina reiterada de la misma, el proceso especial de clasificación profesional tiene un objeto limitado a) decidir si al demandante de una categoría profesional superior a la reconocida le corresponde la misma por desempeñar las funciones propias de aquélla, para lo cual lo importante es averiguar cuáles son realmente las funciones que aquel desempeña y lo secundario encuadrarlas dentro de las previsiones de Convenio. En muchas de aquellas sentencias se ha llegado a reiterar que 'la modalidad procesal de clasificación profesional debe utilizarse exclusivamente cuando la reclamación de categoría profesional esté fundada en el desempeño de actividades de categoría superior, pero no cuando la clave de la decisión judicial se encuentre en la interpretación de preceptos legales o convencionales' -en concreto las SSTS de 24 de febrero de 1995 (Rec.- 2619/94), 30 de enero de 1997 (Rec.- 1634/96)-, habiéndose hecho mucho hincapié en la circunstancia de que en este tipo de procesos lo determinante es la averiguación de 'los hechos y circunstancias del trabajo efectivamente desarrollado' por lo que no estamos en presencia de uno de dichos procesos 'cuando la clave de la decisión jurisdiccional se encuentra en la interpretación de preceptos' -TS 6 de octubre de 2003 (Rec.- 6/2003), 25 de noviembre de 2003 (Rec.- 3933/02), 27 de enero de 2004 (Rec.- 1903/03), o 3 de mayo de 2004 (Rec.- 29/2003)-. No quiere decir esto sin embargo que en los pleitos de clasificación no haya que resolver un problema jurídico pues, como también dijimos en la STS de 5 de julio de 2005 (Rec.- 2451/04) 'es evidente que en el examen de los problemas de equivalencia entre función realmente desempeñada y categoría hay que considerar tanto elementos fácticos (las funciones realmente desempeñadas) como jurídicos (la definición del ámbito de la categoría de la norma profesional aplicable)'*

*pero lo que se quiere señalar es que cuando el problema trasciende el de dichos posibles desajustes ya no puede ser objeto del indicado proceso, cual ocurre cuando hay que abordar cuestiones más complejas que afectan a la propia interpretación de la normativa reguladora de la clasificación."*

3.- En el caso presente se observa con nitidez que el planteamiento de las demandantes y las pretensiones que formulan en la demanda en ningún momento transita por el reconocimiento de una categoría profesional, o la adecuación de unas funciones con lo que se establece en el Convenio. Por el contrario, la parte más sustancial de aquélla demanda se contrae al principio de igualdad retributiva, pues sostiene que en la empresa Delphi no existen peones y que sus funciones son idénticas a las de la categoría de "movedores de materiales". O lo que es lo mismo, parten del hecho de que en la empresa usuaria no existe la categoría asignada como tal y por ello sus funciones han de retribuirse con aquella en relación con la que la actividad resulta ser igual. De hecho la sentencia de instancia, después de especificar la aplicabilidad del Convenio de la Industria Siderometalúrgica de Navarra y de interpretar el alcance del artículo 6 del mismo, concluye por afirmar que no se produjo vulneración de ese principio de igualdad puesto que, como antes se dijo, las diferencias se basaban en la existencia real en la empresa de una categoría diferente, la otorgada en los contratos, que se sustenta en una menor experiencia y antigüedad. Y en este punto es en el que, fundamentalmente, se detuvo la argumentación del recurso de suplicación interpuesto por las trabajadoras y la empresa recurrida en el escrito de impugnación del recurso.

**TERCERO.-** De conformidad con lo argüido hasta ahora procede, tal y como propone el Ministerio Fiscal en su informe, estimar el presente recurso para la unificación de doctrina, para anular la sentencia recurrida y acordar la devolución de los autos a la Sala de procedencia para que con plena competencia funcional conozca del recurso de suplicación interpuesto contra la sentencia de instancia y lo resuelva pronunciándose sobre los aspectos en él suscitados con absoluta libertad de criterio."

2748/07

024

## TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social (Unificación de Doctrina): Sentencia de 19/02/2009

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

### Síntesis

**DESPIDO. CESIÓN ILEGAL DE TRABAJADORES.** Responsabilidad solidaria de la ETT que suscribió los contratos de puesta a disposición fraudulentos, y de la empresa usuaria. **ANTIGÜEDAD:** Desde el inicio del primer contrato, a pesar de que entre ellos median 37 días de desempleo. **NULIDAD** por vulneración de la garantía de indemnidad: no procede, porque el cese se produce en virtud de externalización al margen de reclamación por cesión ilegal de los trabajadores. **Reitera doctrina.**

### Fundamentos de Derecho y Doctrina:

**"PRIMERO.-** 1.- Se recurre en estas actuaciones la STSJ Canarias/Santa Cruz de Tenerife 07/06/07 [rec. 282/07], en cuya parte dispositiva se declaró que la improcedencia del despido por el que se accionaba afectaba «únicamente» a la Empresa «R Empleo ETT S.A.», procediendo la absolción de la Empresa «Endesa Distribución Eléctrica S.L.». Decisión que se adopta sobre la base de los siguientes hechos: a) el actor suscribió contratos de puesta a disposición [en adelante CPD] para la empresa «Unión Eléctrica de Canarias, S.A.» en 01/07/99, 01/10/99 y 28/07/03, el primero con «Adecco Trabajo Temporal, S.A.» y los dos siguientes con R Empleo, ETT S.A.»; b) el trabajador percibió prestaciones por desempleo entre el 1 y el 27/03/03; c) el cometido del actor siempre estuvo dedicado a la base de datos de la empresa, primeramente en su digitalización y luego en su mantenimiento; d) el Comité de Empresa de la demandada denunció a la Inspección de Trabajo irregularidades en la contratación del actor, iniciándose actuaciones en 11/07/05 y actas de infracción en Septiembre y Octubre/05; e) en 14/03/06, el actor presentó papeleta de conciliación solicitando su reconocimiento de trabajador fijo de «Endesa», y en 04/04/06 demandó solicitando su cualidad de trabajador indefinido de la misma empresa, con antigüedad de 01/07/99; f) a finales de Mayo/2006, «Endesa» adjudicó a «Endesa Ingeniería, SL» el mantenimiento de la base de datos, siendo Canarias la última Comunidad Autónoma en donde «Endesa» encomendó las actividades de mantenimiento de las bases de datos a una empresa de ingeniería externa; y g) el actor fue cesado en 20/06/06, lo mismo que los restantes trabajadores encargados de tareas relacionadas con la digitalización de la base de datos.

2.- En su recurso de casación para la unificación de doctrina, el trabajador accionante articula tres motivos:

En el primero de ellos se denuncia la infracción del art. 43.1 ET y la aplicación indebida del art. 16.3 Ley 14/1994, alegando cesión ilegal de trabajadores y solicitando la responsabilidad solidaria de ambas empresas. Y se señala como contradictoria la STS 04/07/06 [–rcud 1077/05–], que contempla supuesto en el que: a) la trabajadora suscribe sucesivos CPD del 18/06/01 al 15/12/02,

precisamente con las ETT demandadas en los presentes autos y para realizar los mismos cometidos laborales, correspondientes actividades permanentes de la empresa; y b) la Sala entendió que tales contratos eran fraudulentos, comportaban cesión ilegal de trabajadores y generaban responsabilidad solidaria de la empresa usuaria y de las ETT formalmente contratantes.

El segundo motivo va referido a la antigüedad computable y en él se acusa la infracción de los arts. 25 y 56 ET, por mantenerse la inexistencia de ruptura de la unidad laboral por una interrupción de 27 días naturales. Y se invoca como contraste la STS 29/03/93 [–rcud 795/92–], que analiza una sucesión de contratos eventuales de Diciembre/87 a Enero/91, para una actividad homogénea y con una interrupción máxima –entre dos de los contratos– de 27 días, pese a lo cual se consideró la existencia de unidad del vínculo laboral a los efectos de determinar la antigüedad computable para calcular la indemnización que correspondía por despido improcedente.

Con el último –tercero– de los motivos, el recurrente mantiene la nulidad de su despido por alegada vulneración de su garantía de indemnidad, denunciando al efecto haberse conculcado los arts. 55.e ET y 24.1 CE. Y por haberse desatendido el requerimiento de selección de una sentencia entre las varias alegadas como contraste, la Sala tuvo por elegida [Providencia de 22/01/08] la STSJ Canarias/Las Palmas de Gran Canaria 22/12/05 [–rec. 206/05–], en la que tras denuncia del trabajador ante la Inspección de Trabajo sobre cesión ilegal, se decide la extinción del contrato del empleado a los pocos días, sin que hubiese finalizado el objeto de su contrato y sin ofrecerse prueba respecto de que la decisión extintiva tuviese desconexión con la referida denuncia.

**SEGUNDO.-** 1.- Tal como constantemente recordamos, para la viabilidad del recurso de casación para la unidad de doctrina, el art. 217 LPL exige 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 (así, recientemente, SSTs 03/11/08 –rcud 2637/07–; 03/11/08 –rcud 3566/07–; 03/11/08 –rcud 3883/07–; 06/11/08 –rcud 4255/07–; 12/11/08 –rcud 2470/07–; y 12/11/08 –rcud 4367/07–).

Identidad sustancial –con opuestos fallos– cuya evidencia se impone respecto de los dos primeros motivos que previamente se han detallado, pues toda diferencia entre las decisiones contrastadas es claramente accesorio en relación con los datos –trascendentes– que de ellas se han hecho constar. Identidad que muy diversamente ha de excluirse en el tercero de los motivos, relativo a la garantía de indemnidad, porque mientras que en la decisión de contraste consta declarado probado que la denuncia sobre cesión ilegal fue inmediatamente seguida de comunicación del cese y no se ofreció prueba alguna respecto de que la decisión empresarial hubiese sido ajena a la reclamación [actuando la inversión probatoria sobre la pretendida represalia], en la sentencia ahora enjuiciada consta declarado probado que el cese fue independiente de la demanda –sobre el carácter indefinido de su relación– presentada por el hoy recurrente, sino que obedecía a la externalización de los servicios de informática que eran cometido del actor –entre otros–; medida que había sido acordada ya antes de aquella reclamación y que afectó a no sólo al demandante, sino también a todos los trabajadores cuyo cometido resultó adjudicado a «Endesa Ingeniería, S.L.».

**TERCERO.-** Con carácter previo hemos de salir al paso de una afirmación que se hace en el escrito de impugnación presentado por «R Empleo ETT S.A.», manteniendo que ha de excluirse el cómputo de antigüedad «desde la celebración de un primer contrato de trabajo temporal si, como sucede en el presente caso, no se trata de un mismo empleador o, si se trata de empleadores diferentes, si no se ha producido una sucesión empresarial a tenor de lo previsto en el art. 44 ET». Afirmación que resulta procesalmente extemporánea, contraria a la realidad declara probada y del todo gratuita.

En efecto, la cuestión no se había planteado por la recurrida en las precedentes fases procesales, con lo que estaríamos ante inviable cuestión nueva, a rechazar por aplicación del principio de justicia rogada –epígrafe VI de la EM de la LECiv; art. 216 del mismo cuerpo legal–, del que es consecuencia (SSTs 04/10/07 –rcud 5405/05–; y 05/02/08 –rcud 3696/06–), así como por el carácter extraordinario del recurso de casación y por la garantía de defensa de las partes (recientes, SSTs 12/07/07 –rco 150/06–; 11/12/07 –rcud 1688/07–; 05/02/08 –rcud 3696/06–; 13/05/08 –rcud 1087/06–; y 23/10/08 –rcud 1844/07–). También es contraria a los hechos que la sentencia recurrida tiene por acreditados, porque en la fundamentación jurídica [segundo párrafo del Fundamento II, B)] sostiene que –pese al diferente nombre– la empresa usuaria era la misma en los tres contratos, y esta afirmación tiene –pese a su ubicación– valor y efecto de hecho declarado probado (temporalmente próximas, SSTs 16/04/04 –rec. 1675/03–; 15/11/06 –rcud 2764/05–; 27/02/08 –rcud 2716/06–; 10/07/08 –rcud 437/07–; 26/06/08 –rco 18/07–). Y, finalmente, es gratuita a la vista de la Resolución del Ministerio de Industria y Energía de 16/04/99, que autorizó la fusión por absorción de «Unión Eléctrica de Canarias, S.A.» por parte de la codemandada «Endesa Distribución Eléctrica S.L.».

**CUARTO.-** 1.- El análisis del primero de los motivos, pretendiendo la existencia de cesión ilegal de trabajadores y solicitando que se declare la responsabilidad solidaria de ambas empresas contratantes [ETT y usuaria], ha de hacerse partiendo de los hechos que sucintamente se han referido en el primero de los fundamentos y que más básicamente se reducen a considerar –en lo que al presente recurso afecta– que el actor había sido objeto de sucesivos CPD desde el 01/07/99 y hasta el 20/06/06, siempre para las mismas y permanentes necesidades de la empresa usuaria, con la exclusiva solución de continuidad que representa la percepción

de prestaciones de desempleo durante 27 días [entre el 1 y el 27/07/03]. Cuestión la planteada que ha de resolverse de conformidad a la doctrina establecida por la STS 04/07/06 [–rcud 1077/05–], invocada precisamente como contraste, y cuyo criterio ha sido ratificado en nuestras sentencias de 28/09/06 [–rcud 2691/05–, 17/10/06 [–rcud 2426/05–, 15/11/07 [–rcud 3344/06–, 03/11/08 [–rcud 1889/07– y 03/11/08 [–rcud 3883/07–]; esta última dictada a propósito de idéntica reclamación efectuada por un compañero del hoy actor recurrente y con condena de las dos empresas recurridas en este procedimiento. Reiteración de criterio que aconseja limitar las argumentaciones justificativas de la decisión –estimativa del motivo– y que más prolijamente constan en nuestros precedentes, singularmente en la primera de las decisiones citadas.

2.- A manera de resumen cabe indicar que 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. Y que resulta ilegal la cesión de trabajadores no solamente cuando es llevada a cabo por empresas que no estén debidamente autorizadas como ETT, sino también cuando el contrato no se hubiese concertado en «los términos que legalmente se establezcan»; esto es, en los supuestos de contratación temporal legalmente autorizados, por así imponerlo la interpretación literal, sistemática e histórica del art. 43 ET [para más detalles, la STS 04/07/06 [–rcud 1077/05–]. Lo que significa que el CPD no puede ser una vía para alterar el régimen general de la contratación temporal, sino únicamente un instrumento para trasladar la temporalidad del ámbito de contratación de la empresa usuaria a la empresa de trabajo temporal. Y al efecto puede argumentarse: a) limitar las obligaciones de la ETT –en este aspecto– a que el CPD obedezca tan sólo formalmente a causa legal justificativa, invitaría a reducir la diligencia de la indicada empresa en orden al cumplimiento de las previsiones legales, con la consiguiente desprotección para los intereses del trabajador; b) la defensa de tales intereses ha llevado a la jurisprudencia a sostener la aplicabilidad –por analogía– de las previsiones del antiguo art. 43 ET incluso en supuestos de válida circulación de empleados entre las diversas empresas de un grupo (así, en las SSTS 26/11/90 [–rec. 645/90–]; 30/06/93 [–rec. 720/92–]; 26/01/98 [–rec. 2365/97–]; 21/12/00 [–rec. 4383/99–]; 26/09/01 [–rec. 558/01–]; 23/01/02 [–rec. 1759/01–]; y 04/04/02 [–rec. 3045/01]); c) aún para el caso de que faltase toda connivencia de la ETT con la empresa cliente en la utilización fraudulenta del CPD para atender necesidades permanentes o supuestos excluidos, no hay que olvidar que la exigencia de responsabilidad de que estamos tratando es tan sólo laboral y precisamente la solidaria de la empresa usuaria –e infractora– respecto de las obligaciones de la ETT [art. 12 LETT]; y d) alguna otra garantía –también laboral– correspondiente al trabajador cedido y que afectaría igualmente a la ETT en el caso de que el CPD resultase nulo por causa directamente imputable a la cesionaria [cual es el derecho a integrarse en plantilla como trabajador fijo, inactuante tras extinguirse la cesión: SSTS 11/09/86, 17/01/91 [–rec. 2858/89– y 08/07/03 [–rec. 2885/02–], en manera alguna excluye la reclamación –de todo orden– que la citada ETT puede efectuar frente a la empresa usuaria e incumplidora.

3.- En nuestro parecer, la expresión legal examinada [«los términos que legalmente se establezcan»] no comprendería –como integrante de cesión ilegal– determinaciones reglamentarias y elementos accesorios que no alcanzasen la sustancial regulación efectuada por la Ley; esto es, que el art. 43 ET únicamente alcanza a los CPD realizados en supuestos no previstos en la formulación positiva del art. 6 LETT y a los contemplados en la formulación negativa de las exclusiones previstas por el art. 8 LETT, pudiendo hacerse la afirmación general de que en todo caso resultará integrante de cesión ilegal la que lo sea con carácter permanente o para cubrir necesidades permanentes de mano de obra, supuestos en los que el CPD se manifiesta claramente fraudulento e incurso en la previsión del art. 6.4 CC. Y la doctrina es igualmente aplicable al supuesto de despido nulo por traer causa en haberse solicitado privadamente la fijeza en la empresa usuaria, cuando se trata de contratos de puesta a disposición encadenados para atender necesidades permanentes de la empresa usuaria.

4.- Así pues, si en el supuesto que es objeto del presente debate, el trabajador ha prestado servicios ininterrumpidos para «Endesa Distribución Eléctrica S.L.» desde el 01/07/99 y hasta el 20/06/06, realizando siempre las mismas o similares funciones y utilizándose al efecto sucesivos CPD, en coherencia con nuestras precedentes argumentaciones hemos de concluir que tal contratación es fraudulenta, por ir dirigida a atender necesidades permanentes de la empresa, y que la responsabilidad derivada de la calificación del cese –tras la externalización de aquellos cometidos– como despido improcedente [calificación a la que se ha aquietado «R Empleo ETT, SA»], ha de atribuirse solidariamente a la citada ETT y a la empresa usuaria, en recta interpretación del art. 16.3 LETT y con aplicación del art. 43.2 ET, por imponerlo así el mandato del art. 6.4 CC [«los actos realizados ... en fraude ... no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir»].

**QUINTO.-** 1.- Ya adelantábamos que el segundo de los motivos atañe a la antigüedad computable a los efectos de determinar la indemnización por despido y que en él se mantiene la inexistencia de ruptura de la unidad laboral por el hecho de que entre el segundo y tercer contrato hubiesen mediado 27 días naturales, durante los cuales se percibieron prestaciones por desempleo. También este motivo debe ser acogido, con declaración de ser correcta la doctrina sentada por la decisión de contraste, nuestra STS 29/03/93 [–rcud 795/92–].

2.- En efecto, si ya desde la fecha del primer CPD [01/07/99] la contratación temporal del trabajador nos ha merecido la calificación de fraudulenta, por atender a necesidades permanentes de la empresa y no a las temporales aducidas y que son

propias del CPD, desde aquella fecha la relación ha tenido cualidad de indefinida y las posteriores contrataciones –también temporales– para nada afectaron a la existencia de ese único e indefinido vínculo.

Es cierto que en el caso de que la secuencia contractual tenga interrupción superior a los veinte días [plazo de caducidad para la acción de despido], la regla general es la de que sólo procede el examen o control de legalidad de los contratos celebrados con posterioridad a la citada interrupción; pero de todas formas también cabe el examen de toda la serie contractual, sin atender con precisión aritmética a la duración de las soluciones de continuidad entre contratos sucesivos, en aquellos supuestos en que se acredite una actuación empresarial en fraude de ley y al mismo tiempo la unidad esencial del vínculo laboral, de manera que en tales casos se computa la totalidad de los servicios para el cálculo de la indemnización por despido improcedente (así, entre las más recientes, las SSTS 27/02/07 –rcud 3473/05–; 08/03/07 –rcud 175/04–, dictada en Sala General; 17/12/07 –rcud 199/04–; 26/09/08 –rcud 4975/06–; 03/11/08 –rcud 3883/07–; y 15/01/09 –rcud 2302/07– JAJ), porque ha de atenderse más al criterio realista de la subsistencia del vínculo que a la formal voluntad extintiva de las partes, que incluso puede estar viciada (SSTS 10/04/95 –rcud 546/94–; 17/01/96 –rcud 1848/95–; y 08/03/07 –rcud 175/04–). No hay que olvidar que el contrato temporal está caracterizado por la limitación de sus causas legitimadoras, pretendiéndose con esta limitación evitar que por la desviada vía de la contratación temporal se atiendan necesidades permanentes de la empresa.

3.- Con independencia de ello, aún para el caso de que no se hubiese apreciado un solo vínculo contractual por tiempo indefinido ya desde que se inició la prestación de servicios, el supuesto objeto de debate admitiría ejemplar aplicación de nuestra doctrina sobre la determinación de la antigüedad para sucesivos contratos temporales.

En efecto, tratándose de ellos hemos afirmado que la antigüedad computable a efectos del cálculo de la indemnización –el tiempo «de servicio» a que alude el art. 56.1 ET– se remonta a la fecha de la primera contratación, tanto si han mediado irregularidades en los sucesivos contratos temporales cuanto si lo ocurrido es la mera sucesión –regular– de varios sin una solución de continuidad significativa (por todas, las SSTS 27/07/02 –rec. 2087/01–; 19/04/05 –rec. 805/04–; 04/07/06 –rcud 1077/05–; 15/11/07 –rcud 3344/06–; y 17/01/08 –rcud 1176/07–). Y así lo hemos entendido, porque la antigüedad de un trabajador en una empresa determinada no es otra cosa que el tiempo que el mismo viene prestando servicios a esa empleadora sin solución de continuidad, aunque tal prestación de actividad laboral se haya llevado a cabo bajo el amparo de diferentes contratos de clases distintas, incluso temporales de los que quepa en principio predicar la regularidad (además de las que en ellas se citan, SSTS 15/11/00 –rcud 663/00–; 18/09/01 –rcud 4007/00–; 27/07/02 –rec. 2087/01–; 19/04/05 –rec. 805/04–; y 04/07/06 –rcud 1077/05–), porque el art. 56.1.a) ET dispone que la indemnización por despido improcedente ha de ser «de cuarenta y cinco días de salario por año de servicio», expresión ésta – «años de servicio»– que es genérica y engloba todos los años en que el empleado desarrolló su trabajo para la empresa de forma continuada e ininterrumpida [o sin interrupción significativa], no existiendo base alguna para excluir de la misma al tiempo que haya correspondido a anteriores contratos temporales, aunque estuviesen legalmente concertados, siempre que, al finalizar esos contratos, la prestación hubiese continuado (STS 19/04/05 –rcud 805/04–); criterio que con mayor motivo ha de atenderse, sin necesidad de exigir fraude, cuando la contratación sucesiva posibilitaba la actuación normal de la empresa (STS 08/03/07 –rcud 175/04–).

Y en esta línea se recuerda la STJCE 04/07/06 [Caso «Adeneler»], en la que se declara que «la Cláusula 5ª del Acuerdo Marco (Europeo) sobre el trabajo de duración determinada (Anexo de la Directiva 99/70/CE, de 28 de junio) debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional.....que considera que únicamente deben calificarse de sucesivos.....los contratos o relaciones laborales de duración determinada que no estén separados entre sí por un intervalo superior a 20 días laborales» (así, la STS 08/03/07 –rcud 175/04–).

**SEXTO.-** Las precedentes consideraciones nos llevan a afirmar –como sostiene el Ministerio Fiscal en su preceptivo informe– que la doctrina ajustada a Derecho es la mantenida por las sentencias de contraste y que –en consecuencia– procede revocar en parte la decisión recurrida, con imposición de costas en Suplicación [art. 233.1 LPL].”.



**TRIBUNAL SUPREMO**

Sala de lo Social (Recurso de Casación): Sentencia de 19/02/2009

Ponente: Excmo. Sr. D. Jordi Agustí Julià

**Síntesis**

**RECURSO DE CASACION. TUTELA DEL DERECHO DE LIBERTAD SINDICAL. DERECHO A LA INFORMACIÓN.** Obligación empresarial de facilitar al Sindicato información sobre los salarios de los trabajadores de la empresa. Se desestima el recurso, al constatarse que se han cumplido las instrucciones de formación que establece la Ley 2/1991, de 7 de enero.

**Fundamentos de Derecho y Doctrina:**

**“PRIMERO.-** Por el SINDICATO INDEPENDIENTE DE CUADROS EN RENAULT (SICUR), se interpuso demanda en reclamación de tutela del derecho a la libertad sindical ante la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, contra la entidad empresarial RENAULT ESPAÑA COMERCIAL, S.A. y también por interés directo en el procedimiento, frente al SINDICATO DE COMISIONES OBRERAS (CC.OO.) y al SINDICATO DE LA UNIÓN GENERAL DE TRABAJADORES (U.G.T.), interesando que se dicte sentencia en la que :

“se declare que la conducta llevada a cabo por Renault España Comercial, S.A., ha supuesto la vulneración del derecho a la libertad sindical”,

“ordene el cese inmediato de dicho comportamiento antisindical, y la reposición de la situación al momento anterior a producirse la vulneración denunciada, condenando a la empresa a remitir la copia básica de los contratos celebrados en los años 2006 y 2007, y las retribuciones actualizadas de los años referenciados, actualizadas con el incremento salarial de todos los empleados de la compañía.”

**SEGUNDO.-** La Sala de lo Social de la Audiencia Nacional dictó sentencia en fecha 5 de noviembre de 2007 (procedimiento 129/2007), cuyo fallo es del tenor literal siguiente : “Que oído el Ministerio Fiscal, en relación con la demanda instada por el SINDICATO INDEPENDIENTE DE CUADROS DE RENAULT contra la empresa RECSA, CC.OO. y UGT :

**1º.-** Estimamos la falta de legitimación pasiva de CC.OO.

**2º.-** Desestimamos la inadecuación de procedimiento.

**3º.-** Desestimamos la demanda y

**4º.-** Absolvemos a los demandados RECSA y UGT de las pretensiones ejercitadas en su contra.”

**TERCERO.-** Contra dicha sentencia se interpone por el SINDICATO INDEPENDIENTE DE CUADROS EN RENAULT (SICUR), el presente recurso de Casación, basado en un único motivo, amparado en el apartado e) del artículo 205 de la Ley de Procedimiento Laboral, alegando “infracción de las normas del ordenamiento jurídico aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate, concretamente el art. 64 del Estatuto de los Trabajadores, en relación con el artículo 10 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical y 2 d) del mismo texto legal, todos ellos relacionados a su vez con el artículo 28.1 de la Constitución Española, y el artículo 7 de la Carta Magna”, entendiendo que la sentencia objeto de recurso no es acorde con los artículos mencionados al existir violación de los derechos de libertad sindical reconocidos a este sindicato, en su vertiente del derecho a la información, y reiterando que se han infringido el artículo 10.3.1º de la LOLS y el artículo 64 del ET, todos ellos relacionados con el Capítulo IX del Convenio Colectivo de Empresa de 17 de agosto de 2005, preceptos que atribuyen competencias de información y vigilancia a los representantes legales y sindicales de los trabajadores, con una finalidad concreta, cual es la de permitir que los sindicatos cumplan las funciones que constitucionalmente tienen reconocidas en el virtud del artículo 7 de la Constitución Española: “contribuir a la defensa y representación de los intereses económicos y sociales” de los trabajadores que representan.

**CUARTO.-** En el motivo, el sindicato recurrente, abandonando una de las dos peticiones –ambas rechazadas- efectuadas en su escrito de demanda, circunscribe la controversia a la petición de que la empresa demandada facilite las retribuciones actualizadas de los años 2.006 y 2.007, actualizadas con el incremento salarial de todos los empleados de la compañía, manifestando su disconformidad con las apreciaciones de la sentencia recurrida, en el sentido de que habiendo la empresa cumplido con su obligación de entregar la copia básica de los contratos, facilitando la información de los salarios por categorías y departamentos, no está obligada a nada más, pues para facilitar la información adicional interesada sería necesaria la autorización de los trabajadores individuales por estar afectada su intimidad, al sobrepasar, en el supuesto que eso ocurriera su salario el legal o convencional que son los públicos y por ello susceptibles de ser divulgados.

**QUINTO.-** Dado el tenor de la cuestión controvertida, conviene poner de manifiesto, con carácter previo, que es una organización sindical la que interesa los mencionados datos para el ejercicio propio de sus funciones, y es partiendo de esta perspectiva, que la Sala debe analizar y resolver la controversia. Al respecto, el Tribunal Constitucional en su sentencia 213/2002, de 11 de noviembre, y con referencia al artículo 28.1 de nuestra Constitución, razonaba, que : *“es preciso recordar que aunque de su tenor literal pudiera deducirse la restricción del contenido de la libertad sindical a una vertiente exclusivamente organizativa o asociativa, este Tribunal ha declarado reiteradamente, en virtud de una interpretación sistemática de los arts. 7 y 28 CE efectuada según el canon hermenéutico del art. 10.2 CE, que llama a los textos internacionales ratificados por España –Convenios de la Organización Internacional del Trabajo núms. 87 y 98–, que su enumeración de derechos no constituye un «numerus clausus», sino que en el contenido de este precepto se integra también la vertiente funcional del derecho, es decir, el derecho de los sindicatos a ejercer aquellas actividades dirigidas a la defensa, protección y promoción de los intereses de los trabajadores, en suma, a desplegar los medios de acción necesarios para que puedan cumplir las funciones que constitucionalmente les corresponden (por todas, SSTC 105/1992, de 1 de julio, FF. 2 y 5; 173/1992, de 29 de octubre, F. 3; 164/1993, de 18 de mayo, F. 3; 145/1999, de 22 de julio, F. 3, y 308/2000, de 18 de diciembre, F. 6). Los sindicatos disponen de un ámbito esencial de libertad para organizarse y actuar de la forma que consideren más adecuada a la efectividad de su acción, dentro, claro está, del respeto a la Constitución y a la Ley.*

*En el art. 28.1 CE se integra, pues, el derecho a llevar a cabo una libre acción sindical, comprensiva de todos los medios lícitos y sin indebidas injerencias de terceros (por todas, SSTC 94/1995, de 16 de junio, F. 2; 127/1995, de 25 de julio F. 3; 168/1996 de 29 octubre, F. 1; 168/1996, de 29 de octubre, F. 3; 107/2000, de 5 de mayo, F. 6, y 121/2001, de 4 de junio, F. 2), y, en coherencia con dicho contenido constitucional, la Ley Orgánica 11/1985, de 2 agosto, de libertad sindical (en adelante, LOLS), reconoce en su art. 2.1 d) «el derecho a la actividad sindical», regulando su ejercicio dentro de la empresa en sus arts. 8 a 11. Sin necesidad de su exposición exhaustiva, es de señalar que para el cabal ejercicio de la acción sindical, la Ley Orgánica de libertad sindical otorga a los delegados sindicales iguales derechos y garantías que el estatuto de los trabajadores destina a los miembros de comités de empresa y a éstos como instituciones de representación electiva de los trabajadores. De este modo, a través de la explícita remisión a lo dispuesto en el art. 64 LET, se reconoce a los delegados sindicales el derecho a acceder a la misma documentación e información que la empresa ha de poner a disposición del comité de empresa, por lo que les compete conocer, entre otros extremos, de «las estadísticas sobre el índice de absentismo y sus causas, los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales y sus consecuencias, los índices de siniestralidad, los estudios periódicos o especiales del medio ambiente laboral y los mecanismos de prevención que se utilicen» (art. 10.3.1 LOLS, en relación con el art. 64.1.8 LET).*

*Ahora bien, tales representantes no sólo gozan del derecho recibir información del empresario acerca de las cuestiones que han quedado señaladas. Pesa también sobre ellos el deber de mantener informados a sus representados «en todos los temas y cuestiones señalados... en cuanto directa o indirectamente tengan o puedan tener repercusión en las relaciones laborales» (art. 64.1.12 LET). Como hemos tenido la oportunidad de decir en anteriores ocasiones, esa transmisión de noticias de interés sindical, ese flujo de información entre el sindicato y sus afiliados, entre los delegados sindicales y los trabajadores, «es el fundamento de la participación, permite el ejercicio cabal de una acción sindical, propicia el desarrollo de la democracia y del pluralismo sindical y, en definitiva, constituye un elemento esencial del derecho fundamental a la libertad sindical» (SSTC 94/1995, de 19 de junio, F. 4; y 168/1996, de 25 de noviembre, F. 6).”*

Y con respecto concretamente a la información sobre retribuciones, y a la problemática de la “intimidad” de dicha información, en su sentencia 143/1993, de 22 de abril, el Pleno del propio Tribunal Constitucional, al examinar el recurso de inconstitucionalidad promovido contra la Ley 2/199, de 7 de enero, sobre derechos de los representantes de los trabajadores en materia de contratación, ya tuvo ocasión de remarcar, entre otras consideraciones, que : *“Las retribuciones que el trabajador obtiene de su trabajo no pueden en principio desgajarse de la esfera de las relaciones sociales y profesionales que el trabajador desarrolla fuera de su ámbito personal e íntimo, para introducirse en este último, y hay que descartar que el conocimiento de la retribución percibida permita reconstruir la vida íntima de los trabajadores. Al margen de que la Ley 2/1991 se limita a imponer la obligación de incluir en la «copia básica» la retribución pactada en un único momento de la relación laboral -el de su inicio, pues las sucesivas modificaciones sólo son objeto de notificación (1.2 Ley 2/1991)-, lo cierto es que el acceso a la información relativa a la retribución no permite en modo alguno la reconstrucción de datos del trabajador incluidos en la esfera de su intimidad. En este sentido, no puede olvidarse que, por sí solo, el dato de la cuantía retributiva, aparte de indicar la potencialidad de gasto del trabajador, nada permite deducir respecto a las actividades que, sólo o en compañía de su familia, pueda desarrollar en su tiempo libre. No es ocioso recordar que aún antes de la Ley 2/1991 los salarios percibidos eran ya accesibles al conocimiento de los representantes de los trabajadores, en cuanto tales salarios sirven de base de cotización a la Seguridad Social, y dichos representantes pueden conocer y comprobar los correspondientes documentos de cotización (art. 87.3, Orden de 23 de octubre de 1986, y art. 95.3, Orden de 8 de abril de 1992).”*

Por otra parte, y en cuanto a la voluntad individual del trabajador, en la misma sentencia se hace referencia a que : *“no es ocioso recordar que el principio de autonomía de la voluntad «aparece fuertemente limitado en el Derecho del Trabajo, por virtud, entre otros factores, precisamente del principio de igualdad» [STC 34/1984, fundamento jurídico 2.º], y que por ello es*

*constitucionalmente justificable el virtual sacrificio de la esfera de lo individual en función de los intereses colectivos tutelados por la representación del personal, lo cual, como ya ha tenido ocasión de afirmar este Tribunal, «no sólo no es incompatible con ámbitos de libertad personal, sino que los asegura actuando como garantía básica de situaciones jurídicas individualizadas y contribuyendo decisivamente tanto a la mejora de las condiciones de trabajo y de vida de los trabajadores como al bienestar social general» [STC 78/1985, fundamento jurídico 6.º], señalando, asimismo que: “Por otro lado, la autonomía privada está sometida en el Derecho del Trabajo a límites estrictos, también de relevancia constitucional, como, por ejemplo, la prohibición de no discriminación [STC 128/1987, fundamento jurídico 3.º], que permite justificar un acceso a cláusulas contractuales, especialmente las de carácter retributivo, dada además la prohibición específica que establece el art. 35.1 CE, in fine.”*

**SEXTO.-** De la doctrina constitucional expuesta, se desprende que, contrariamente a la apreciación de la sentencia recurrida, la retribución o salario no es un dato de carácter personal ni íntimo susceptible de reserva para salvaguardar el respeto a la intimidad. Se trata de un elemento esencial del contrato de trabajo, de naturaleza contractual, laboral y profesional, no siendo necesario recabar el consentimiento previo del trabajador individual para que los representantes sindicales puedan acceder, en su caso, a dicho dato. Ahora bien, estas consideraciones no implican el éxito del recurso, en cuanto está aquí acreditado que la empresa demandada ha entregado la copia básica de los contratos y ha facilitado la información de los salarios por categorías y departamentos, información que cumple suficientemente con las exigencias que al respecto establece el artículo 1 de la Ley 2/1991, de enero, que regula los derechos de información de los trabajadores en materia de contratación, en cuanto dispone este precepto que “con el fin de comprobar la adecuación del contenido del contrato a la legalidad vigente, esta copia básica contendrá todos los datos del contrato a excepción del número del DNI, el domicilio, el estado civil y cualquier otro que, de acuerdo con la Ley Orgánica 1/1982, de 5 mayo, pudiera afectar a la intimidad personal”, sin que el convenio colectivo de empresa aplicable amplíe en esta materia los derechos establecidos en dicha Ley, y sin que el Sindicato demandante haya expuesto algún tipo de concreta justificación, que hiciera necesario el conocimiento de los datos solicitados en relación con el ejercicio de las funciones que constitucionalmente tiene reconocidas.

**SÉPTIMO.-** Los razonamientos precedentes conllevan la desestimación del recurso y la confirmación del fallo de la sentencia recurrida, sin que proceda pronunciamiento sobre costas procesales.”.

4549/04

026

## TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo –Secc. 2ª- (Recurso de Casación): Sentencia de 12/03/2009

Ponente: Excmo. Sr. D. Emilio Frías Ponce

### Síntesis

**INFORMACIÓN TRIBUTARIA. Ausencia de motivación del requerimiento a una entidad bancaria sobre operaciones de compraventa de acciones. Parte de la información solicitada había sido aportada por la sociedad de cartera del mismo grupo bancario.**

### Fundamentos de Derecho y Doctrina:

**“PRIMERO.-** La Unidad de Fiscalidad Internacional del Departamento de Inspección Financiera de la AEAT requirió a la entidad ahora recurrente, con fecha 5 de diciembre de 1995, para la aportación de determinada información relativa a “las operaciones de compra-venta de acciones realizadas en los años 1992, 1993, 1994 y hasta el final de septiembre de 1995, por orden de personas o entidades no residentes a efectos fiscales en España, y que lo sean en un Estado miembro con el que España no tenga suscrito un convenio para evitar la doble imposición internacional, donde conste:

- Identificación de la persona o entidad que realiza la compra o venta.
- Estado donde tenga su residencia.
- Fecha de la operación.
- Precio de compra o venta.
- Entidad a través de la que se había liquidado la operación”.

La entidad se opuso al requerimiento, formulando reclamación económico-administrativa ante el TEAC y alegando su improcedencia por cuanto la Agencia Estatal de la Administración Tributaria ya disponía de la información solicitada al haberle sido suministrada por BBV Interactivos, S.A., Sociedad de Valores que interviene en dichas operaciones, en virtud de la obligación que le imponía el artículo 109 de la Ley 24/1988, del Mercado de Valores, a través del modelo 198, y porque parte de la información solicitada había sido ya solicitada y aportada por BBV Interactivos el 25 de septiembre de 1995, como constaba en la diligencia de 5 de octubre de 1995 y de los anexos en los que figuraban las operaciones de venta de acciones y obligaciones

realizadas en los años 1993 y 1994 por personas o entidades no residentes en España. Por otra parte, invocó la existencia de una desproporción entre el medio elegido con la finalidad que se pretendía en el desarrollo de la actuación administrativa, que podía conseguirse con métodos alternativos como la consulta de sus propios archivos o el requerimiento directo a las Sociedades y Agencias de Valores, como había hecho ya el Inspector al dirigirse a BBV Interactivos.

El TEAC desestimó la reclamación en 30 de abril de 1999 y contra la anterior resolución se interpuso recurso contencioso administrativo ante la Audiencia Nacional, volviendo a alegar la parte los mismos motivos aducidos en la vía económico-administrativa y además la ausencia de motivación del requerimiento que impedía examinar su trascendencia tributaria, y la falta de concreción del requerimiento.

La Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional desestimó el recurso por entender que la obligación general de suministro periódico de información no impide que la Administración, en el ejercicio de las funciones inspectoras, pueda solicitar una ampliación de los datos, sin que la relación aportada por BBV Interactivos, S.A., por referirse sólo a los años 1993 y 1994, contenga la totalidad de los requeridos a la entidad recurrente.

Por otra parte, considera que la información se solicitó a efectos de evitar la doble imposición internacional, tal como se deduce del requerimiento, por lo que da por existente la trascendencia tributaria de la misma.

Finalmente, niega que el hecho que se requiera una información que puede afectar a un número no determinado de personas físicas o jurídicas signifique que se trate de un requerimiento global, incompatible con la exigencia de requerimiento individualizado.

**SEGUNDO.-** El único motivo de casación que se formula se hace al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (LJCA, en adelante), invocando la infracción de las siguientes normas jurídicas: artículos 35 f) y 54 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, artículo 3, apartados g) y j) de la Ley 1/1998, de Derechos y Garantías de los Contribuyentes y artículo 111 de la antigua Ley General Tributaria.

Afirma la parte actora que la entidad tiene derecho a no aportar los documentos ya presentados y que se encuentren en poder de la Administración actuante, según establece el artículo 3, g) de la Ley 1/1998, de Derechos y Garantías de los Contribuyentes. Entiende que la información requerida se encontraba ya en poder de la propia Administración, dado que fue suministrada por la sociedad de valores (BBV INTERACTIVOS, que tiene personalidad jurídica propia), que intervino en las operaciones referidas; y que estaba obligada a suministrar la información objeto del requerimiento, en virtud del artículo 109 de la Ley 24/1988 del mercado de valores, información que se presenta mediante la declaración anual de operaciones con activos financieros y otros valores mobiliarios en el modelo 198, aprobado por la Orden de 18 de diciembre de 1987.

Igualmente entiende que se ha infringido el artículo 3, j) de la Ley 1/1998, de Derechos y Garantías de los Contribuyentes, que reconoce a los contribuyentes, "el derecho a que las actuaciones de la Administración tributaria que requieran su intervención se lleven a cabo en la forma que le resulte menos gravosa", porque en este caso existe, a su juicio, una desproporción entre el medio elegido y la finalidad que se pretende, dado que la Administración podría mediante métodos alternativos obtener la información solicitada.

Finalmente, considera que el requerimiento de información no está suficientemente motivado, por lo que vulnera el artículo 54 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y también el artículo 111 de la Ley 230/1963 General Tributaria, que establece el requisito de trascendencia tributaria al regular la obligación de aportar informaciones o datos a la Hacienda Pública, trascendencia que en este caso no se encuentra bien establecida.

**TERCERO.-** Comenzando por el último argumento aducido, es cierto que el requerimiento de información, como todo acto o actuación administrativa, debe estar motivado.

El antiguo art. 111 de la Ley General Tributaria de 1963 establece el requisito de trascendencia tributaria al regular la obligación de aportar informaciones o datos a la Hacienda Pública.

Sobre el alcance de este requisito ha tenido la oportunidad de pronunciarse la Sala, entre otras, en la sentencia de 3 de febrero de 2001, habiendo declarado que *"la información puede solicitarse en cuanto sirva o tenga eficacia en la aplicación de los tributos, obviamente tomando la frase en términos generales, pues la norma no se refiere a la comprobación e investigación de una determinada relación tributaria, sino que busca habilitar para recabar información, tanto de particulares como de organismos, para cuanto conduzca a la aplicación de los tributos. Y naturalmente, aunque no se diga expresamente, la Administración habrá de atemperar el requerimiento de información al principio de proporcionalidad (tercera acotación) que irradia sobre toda la*

*actuación administrativa, limitando los extremos solicitados al fin expresado de la aplicación estricta de los tributos, siendo demostración nuestra sentencia de 24 de julio de 1999, al afirmar que están proscritas las injerencias arbitrarias o desproporcionadas en el derecho a la intimidad de las personas, en la exigencia del deber de información y colaboración tributaria.*

*La exigencia, por tanto, debe estar atemperada por lo que sea necesario para la gestión e inspección tributarias. Este deber fue precisado por el art. 113 de la Ley General Tributaria, en la redacción dada por la Ley 25/1995, de 20 de julio, al relacionar las potestades de la Inspección y el deber de colaboración de los ciudadanos y entidades con una doble exigencia: los datos, informes o antecedentes obtenidos por ella obtenidos en el desempeño de sus funciones, a) tienen carácter reservado; y b) sólo podrán ser utilizados para la efectiva aplicación de los tributos o recursos cuya gestión tenga encomendadas, sin que puedan ser cedidos o comunicados a terceros, salvo que la cesión tenga por objeto alguna de las cinco excepciones previstas en el mismo precepto, y que van desde la investigación o persecución de delitos hasta la colaboración con otras Administraciones tributarias, públicas o comisiones parlamentarias, en los términos que el propio precepto especifica. Por todo ello y siempre que la información solicitada se encamine a la aplicación efectiva de los tributos, ha de compartirse la afirmación de la sentencia recurrida relativa a que dicha utilidad puede ser potencial, indirecta o hipotética...”.*

En el presente caso, no obstante indicar la sentencia de instancia que la información se solicita a efectos de evitar la doble imposición internacional, hay que reconocer que en el requerimiento impugnado no se expresa dicho fundamento ni el motivo que justifique su emisión. En efecto, en las actuaciones sólo consta una diligencia levantada el 5 de diciembre de 1995 en la que se solicita de la entidad recurrente la aportación de una serie de datos sobre las operaciones de compraventa de acciones realizadas en los años 1992, 1993, 1994 y hasta final de septiembre de 1995, por orden de personas o entidades no residentes a efectos fiscales en España, sin más precisión.

Tampoco consta en el expediente la razón por la que este concreto requerimiento se hace al Banco Bilbao Vizcaya, S.A., y no a BBV Interactivos, S.A., sociedad de valores del Grupo BBV, no obstante haberse dirigido previamente el mismo actuario, concretamente el 25 de septiembre de 1995, a BBV Interactivos, S.A., para que aportase idéntica información, pero referida a los años 1993 y 1994, requerimiento que había sido atendido como consta en la diligencia de 5 de octubre de 1995, mediante la aportación de dos listados, lo que motivó que, posteriormente, se le requiriera para la aportación del "extracto de cuenta de efectivo" de las operaciones realizadas en 1993 y 1994, primero por los clientes "Banca Mora" y "Andorfons Plus" y, luego, a nombre de Maxwell y Espinosa y Nikko España.

En el informe remitido al TEAC, como consecuencia de la reclamación interpuesta se señala, en relación con las actuaciones seguidas, que se centraron en la verificación de las declaraciones modelo 210 presentadas por la entidad por los pagos de intereses y dividendos satisfechos a personas y entidades no residentes en España, así como en las devoluciones solicitadas por exceso de retenciones practicadas sobre el impuesto definitivo, aludiendo además que se había solicitado la información cuestionada y que la diligencia extendida era el único documento existente.

No cabe desconocer que el art. 37 del antiguo Reglamento General de Inspección exigía que los requerimientos se refiriesen a los datos que obrasen en la persona requerida, y que desde el primer momento la entidad recurrente alegó no sólo que las órdenes de compraventa de acciones que recibía la entidad se trasladaban a BBV Interactivos, S.A., que era una sociedad de valores perteneciente al Grupo BBV, sino además que existía una desproporción entre el medio elegido con la finalidad que se pretendía en el desarrollo de la actuación administrativa, al no estar obligado el Banco Bilbao Vizcaya a suministrar la información de forma automática, exigiendo la petición elaborar un programa informático especial y la lectura de millones de registros para poder localizar los datos solicitados en los archivos del Banco.

En definitiva, si todo ello fue así, y la Administración se había dirigido directamente a BBV Interactivos, S.A., por los ejercicios 1993 y 1994, y la colaboración había sido debidamente atendida, resultaba imprescindible la justificación por parte de la Administración no sólo de la transcendencia tributaria de los datos también solicitados a la entidad recurrente, sino también de la necesidad de dirigirse a la misma, ampliando los ejercicios cuando las actuaciones con la misma finalidad se habían dirigido primero frente a la sociedad de cartera del Grupo, aunque sólo por los ejercicios 1993 y 1994, afectando el requerimiento controvertido además al ejercicio de 1992 y a los nueve primeros meses de 1995.

**CUARTO.-** Por lo expuesto, procede aceptar el vicio de falta de motivación invocado, con la consiguiente estimación del recurso de casación, sin necesidad de examinar los restantes argumentos y, por las mismas razones, resolviendo el debate de la instancia, procede estimar asimismo el recurso contencioso-administrativo interpuesto, con anulación de la resolución del TEAC impugnada y del acto que confirma, sin que se aprecien circunstancias especiales para una expresa imposición de costas, debiendo cada parte satisfacer las causadas en el recurso de casación.”.

**TRIBUNAL SUPREMO**

Sala de lo Contencioso-Administrativo –Secc. 2ª- (Recurso de Casación): Sentencia de 12/03/2009

Ponente: Excmo. Sr. D. Emilio Frías Ponce

**Síntesis**

**IMPUESTO DE SUCESIONES.** Compatibilidad de la percepción de prestaciones de la Seguridad Social con la aplicación de la reducción del 95 % a la empresa familiar. Para aplicar la reducción del 95% de sucesión de actividad empresarial es requisito ejercer la actividad objeto de la misma, de forma personal, habitual y directa, como exige la citada bonificación.

**Fundamentos de Derecho y Doctrina:**

“**PRIMERO.**- Los hechos sobre los que se proyecta la controversia son los siguientes, según se deducen de la sentencia impugnada:

"El causante se había dedicado a la actividad agrícola integrando una comunidad civil, y el 30 de septiembre de 1996 arrendó a la misma cuatro fincas rústicas de su propiedad, mediante contrato de duración anual que fue prorrogándose. El 20 de noviembre de 1999 transformó su actividad en empresarial, dedicándose al arrendamiento de fincas en tal condición, para lo cual cumplió los requisitos exigibles, como son el alta en el IAE, alta en el censo de empresarios, TGSS y comunicación a la AEAT, alquilando un local y contratando a un empleado al efecto, presentando las oportunas liquidaciones del IRPF. Falleció el 31 de diciembre de 2000.

El 9 de octubre de 2002, la inspección de los tributos incoó a Doña Isabel, Acta de disconformidad por el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, donde se hacía constar que el 29 de noviembre de 2001 los herederos de don Juan presentaron la documentación pertinente a efectos de la exacción del impuesto, solicitando la reducción del 95% del valor de ciertos inmuebles del inventario, conforme al artículo 20.2.c) de la Ley 29/1987, de 18 de diciembre, del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, por entender que se encontraban afectos a la actividad de arrendamiento que el causante realizaba de forma habitual, personal y directa y de la que provenían su principal fuente de renta. El inspector actuario no compartía la opinión de la interesada y declaró que no se cumple el requisito de “realización de una actividad empresarial” por no reunirse las notas que establece el artículo 25.1 de Ley 40/1998, de 9 de diciembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, y que tampoco se cumplía el requisito de “realización de actividad empresarial de forma directa, personal y habitual”. En consecuencia, el Acta contenía una propuesta de liquidación en la que, de acuerdo con el testamento del causante, le corresponde a la obligada tributaria, que es colateral en tercer grado respecto del fallecido, una deuda tributaria de 834.129,28 euros. La liquidación fue confirmada mediante acuerdo del inspector jefe notificado el 27 de noviembre de 2002.

Contra dicha liquidación se promovió reclamación económico administrativa ante el TEAC, que desestimó formalmente la reclamación (sin entrar sobre el fondo del asunto) mediante resolución de 17 de noviembre de 2003, al no haber presentado alegaciones la parte actora que fundasen su pretensión".

Contra dicha resolución se promovió recurso contencioso-administrativo y mediante la sentencia, de fecha 13 de mayo de 2005, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Sevilla, se desestimó el recurso, siendo a su vez dicha sentencia recurrida en casación en este procedimiento.

**SEGUNDO.**- Los argumentos de fondo de la sentencia recurrida, se contienen en su Fundamento Jurídico Cuarto, que se expresa en los términos siguientes:

*"El reproche esencial que el señor Abogado del Estado opone a la aplicación de esta normativa estriba en la negación de que pueda calificarse como empresarial la actividad del causante. Lo cierto, sin embargo, es que si la remisión que el legislador realiza al tratamiento de otros impuestos, en especial al Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y al Impuesto sobre el patrimonio, sin que el regulador de las sucesiones establezca una regulación específica, en modo alguno faculta para extraer la consecuencia de que no sea aplicable al mismo. Es claro que es la propia Ley del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones en su artículo 20 la que remite al artículo 4 de la que regula el Impuesto sobre el patrimonio y no es cierto que las consultas cuya copias se aportan se refieren exclusivamente a IRPF y así, en una referida al Impuesto de Sociedades, se afirma que "lo que la norma pretende... es que... realice de una manera efectiva una actividad empresarial", y es lo cierto que el causante realizó, con la aquiescencia de las Administraciones, cuánto le era exigible para convertir su actividad en empresarial, sin que pueda acogerse la tesis de que, para el Impuesto sobre Sucesiones la exigencia sea distinta que para otras modalidades impositivas, cuando expresamente dice la norma lo contrario. Así el artículo 40.2 de la Ley 40/1998, de 9 de diciembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, centra la consideración de actividad empresarial para el arrendamiento de inmuebles cuando se cuente con*

*un local ad hoc y se tenga, al menos una persona empleada. La afirmación de que la explotación era directamente dirigida por el causante –ninguna prueba de ello existe- y que acredita la demanda, no puede ensombrecerse con la de que “no parece que se den las notas que caracterizan el ejercicio directo...”. Y tampoco puede decirse que el carácter de jubilado resulte incompatible con el ejercicio de la industria, cuestión sobre la que discrepan las propias partes demandadas (lo admite el señor Abogado del Estado y lo niega el señor Letrado de la Junta de Andalucía) y que será trascendente, en su caso, en cuanto a la relación con la Seguridad Social, mas que ninguna norma tributaria lo proscriba”.*

**TERCERO.-** Al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (LJCA, en adelante), se formula el único motivo de casación, invocando la infracción del artículo 20.2.c) de la Ley 29/1987, de 18 de diciembre, del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, en relación con el artículo 4.8.Uno de la Ley 19/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre el Patrimonio, y el artículo 3 del Real Decreto 1704/1999, de 5 de noviembre, por el que se determinan los requisitos y condiciones de las actividades empresariales y profesionales a efectos de la aplicación de las exenciones correspondientes a dicho Impuesto, así como del artículo 16.2.a) de Ley 40/1998, de 9 de diciembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, y del artículo 165.1 del Texto Refundido de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, todo ello en relación con el artículo 23.3 de la Ley 230/1963 General Tributaria, vigente cuando sucedieron los hechos.

Este conjunto normativo se considera infringido por la sentencia recurrida al estimar la demanda y anular la liquidación impugnada, por entender aplicable la reducción del 95 % conforme a lo establecido en el art. 20.2c) de la Ley 29/1987, de 18 de diciembre, del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones por concurrir en el causante la condición de empresario.

Con tal pronunciamiento, según el Letrado de la Junta de Andalucía, la sentencia recurrida incurre en infracción de lo dispuesto en el art. 20.2c) de la Ley del Impuesto sobre Sucesiones, al aplicar indebidamente el ámbito de la reducción que en la misma se contempla, reducción para cuyo disfrute es condición previa y necesaria el cumplimiento de los requisitos establecidos en el art. 4.8 uno de la Ley 19/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre el Patrimonio, que, a su vez, aparecen especificados en el art. 3 del Real Decreto 1704/1999, de 5 de noviembre.

A su juicio, la exención correspondiente al Impuesto sobre Patrimonio sólo puede jugar cuando el sujeto pasivo realice la actividad de forma habitual, personal y directa y siempre que la misma constituye su principal fuente de renta. La sentencia recurrida, por el contrario, analizando exclusivamente la concurrencia de los elementos formales exigidos por el art. 40.2 de la Ley del IRPF, considera que lo único exigible para causar derecho a la reducción en el Impuesto sobre Sucesiones en lo que al concepto de actividad empresarial se refiere, es que la misma, por tratarse de un arrendamiento de inmuebles, cuente con un local ad hoc, y se tenga, al menos, una persona empleada, requisitos que, ciertamente, concurrían en el caso del causante, pero que no son suficientes para causar derecho tanto a la exención en el Impuesto sobre el Patrimonio como, consecuentemente, para beneficiar al causahabiente con la reducción en el Impuesto sobre Sucesiones.

Agrega que, como se invocara en la resolución recurrida, para que la reducción fuera aplicable a las causahabientes era preciso que el causante hubiera ejercido la actividad empresarial de forma habitual, personal y directa, lo que no sucede en este caso por cuanto el causante era simultáneamente perceptor de pensión de jubilación, circunstancia que, sin embargo, es rechazada por la sentencia, entendiéndose que esta cuestión "será trascendente, en su caso, en cuanto a la relación con la Seguridad Social, mas que ninguna norma tributaria proscriba". De esta forma, la interpretación que acoge la Sala de instancia viene, a su juicio, a permitir la utilización de una norma de cobertura para proporcionar una apariencia de legitimidad a lo que constituye un mero cumplimiento de requisitos formales, que resultan contradictorios con la finalidad que realmente persigue la reducción que nos ocupa y que contradicen normas de directa aplicación que resultan así obviadas.

Sigue diciendo que la parte actora no desconoce la existencia de resoluciones de la Dirección General de Tributos en los que se pronuncia claramente a favor de la incompatibilidad entre ser perceptor de una pensión de jubilación y la exención de cara al impuesto sobre el Patrimonio, para el disfrute de la reducción en la base imponible del Impuesto sobre Sucesiones, no sólo las que reconocía en la demanda sino también otra de 21 de mayo de 2003 en la que tras analizar el artículo 165.1 del Texto Refundido de la Seguridad Social que establece que "el disfrute de la pensión de jubilación, en su modalidad contributiva, será incompatible con el trabajo del pensionista, con las salvedades y en los términos que legal o reglamentariamente se determinen", llega a la conclusión de que "en la medida en que la exención en el Impuesto patrimonial exige que el ejercicio de la actividad por la persona física se lleve a cabo de forma habitual, personal y directa, resulta obvio que el titular del negocio perceptor de la pensión no podrá acceder a la exención, lo que, a su vez, impedirá que sus descendientes disfruten de las reducciones del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones por razón de la transmisión de la empresa familiar".

Finalmente, invoca el artículo 23.3 de la Ley 230/1963 General Tributaria, que dispone que las reducciones o bonificaciones han de ser interpretadas en sus términos estrictos, lo que debe interpretarse que no basta el mero o aparente cumplimiento de requisitos formales, sino también de los materiales previstos por la norma.

**CUARTO.-** Para resolver la cuestión controvertida debe partirse de la regulación que hace la normativa tributaria y de la seguridad social implicada.

El beneficio fiscal que aquí se discute está regulado en el artículo 20.2.c) de la Ley 29/1987, de 18 de diciembre, del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, que, entre otros supuestos, concede a la transmisión mortis causa de una empresa individual a la que a su vez sea de aplicación la exención regulada en el artículo 4.8.Uno de la Ley 19/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre el Patrimonio, la reducción del 95% del valor de los bienes afectos a dicha empresa, cuando los herederos cuenten con determinado grado de parentesco con el causante, que alcanza hasta los colaterales en tercer grado.

El artículo 4.8.uno de la Ley 19/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre el Patrimonio, declara exentos del mismo a "*los bienes y derechos de las personas físicas necesarios para el desarrollo de su actividad empresarial o profesional, siempre que ésta se ejerza de forma habitual, personal y directa por el sujeto pasivo y constituya su principal fuente de renta...*"

El artículo 3 del Real Decreto 1704/1999, de 5 de noviembre, por el que se determinan los requisitos y condiciones de las actividades empresariales y profesionales a efectos de la aplicación de las exenciones correspondientes a dicho Impuesto, dispone:

*"1. La exención tan sólo será de aplicación por el sujeto pasivo que ejerza la actividad de forma habitual, personal y directa, conforme a la normativa del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, teniendo en cuenta las reglas que sobre titularidad de los elementos patrimoniales se establecen en el artículo siete de la Ley del Impuesto sobre el Patrimonio, siempre que dicha actividad constituye su principal fuente de renta. La exención será igualmente aplicable por el cónyuge del sujeto pasivo cuando se trate de elementos comunes afectos a una actividad económica desarrollada por éste.*

*A estos efectos, se entenderá por principal fuente de renta aquélla en la que al menos el 50 por 100 del importe de la base imponible del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas provenga de rendimientos netos de las actividades económicas de que se trate. Para determinar la concurrencia de ese porcentaje, no se computarán, siempre que se cumplan las condiciones exigidas por los párrafos a), b) y c) del apartado 1 del artículo 5, todas aquellas remuneraciones que traigan causa de la participación del sujeto pasivo en las entidades a que se refiere el artículo 4 del presente Real Decreto".*

Por su parte, el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, dispone en su artículo 165 que "1. El disfrute de la pensión de jubilación, en su modalidad contributiva, será incompatible con el trabajo del pensionista, con las salvedades y en los términos que legal o reglamentariamente se determinen..."

A su vez, la Orden de 18 de Enero de 1967 determina en su art. 16 que, "el disfrute de la pensión de vejez será incompatible con todo trabajo del pensionista, por cuenta ajena o propia, que dé lugar a su inclusión en el campo de aplicación del Régimen General o de alguno de los Regímenes Especiales de la Seguridad Social".

Respecto a la forma en que se integran en la Seguridad Social los titulares de empresas individuales tanto el art. 2 del Decreto 2.530/1970, como el art. 1 de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajador Autónomo, establecen la integración en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos de las personas físicas que realicen de forma habitual, personal, directa, por cuenta propia y fuera del ámbito de dirección y organización de otra persona, una actividad económica o profesional a título lucrativo, den o no ocupación a trabajadores por cuenta ajena.

Finalmente, el art. 93 de la Orden de 24 de septiembre de 1970 sobre normas para la aplicación del Régimen Especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos, modificado por la Orden de 31 de julio de 1976 señala lo siguiente:

"1.- El disfrute de la pensión por vejez será incompatible con todo trabajo de pensionista, por cuenta propia o ajena, que dé lugar a su inclusión en el campo de aplicación de este Régimen Especial, del Régimen General o de alguno de los demás Regímenes Especiales a que se refiere los números 2 y 3 del artículo 10 de la Ley General de la Seguridad Social de 30 de mayo de 1974. 2.- El disfrute de la pensión por vejez será compatible con el mero mantenimiento de la titularidad del negocio de que se trate, y con el desempeño de las funciones inherentes a dicha titularidad". Este segundo párrafo fue objeto de interpretación por la Resolución de 13 de agosto de 1999 de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social sobre el alcance de la expresión "funciones inherentes a la titularidad del negocio", señalando que todo lo que suponga gestión, administración y dirección ordinaria de la empresa debe reputarse actividad incompatible con la pensión de jubilación del RETA,

**QUINTO.-** La Sala anticipa que procede desestimar el recurso por las siguientes razones.

Primera.- No se puede rechazar de plano la aplicación de los beneficios fiscales previstos para la empresa familiar por el mero hecho de recibir una pensión al no existir una vinculación entre la exigencia del ejercicio de una actividad de forma habitual, personal y directa en el ámbito laboral y el fiscal.

Por ello, se hace preciso analizar en cada caso, si dadas las condiciones personales del causante, puede considerarse que se cumplen los requisitos necesarios para aplicar la reducción, resultando inevitable acudir a la Ley 40/1998, aplicable al presente caso, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, que entiende por actividad empresarial la ordenación por cuenta propia de medios de producción y de recursos humanos, o de uno de ambos, con la finalidad de intervenir en la producción y distribución de bienes y servicios. Al concepto recogido en la normativa del Impuesto sobre la Renta sobre qué se entiende por ejercicio de la actividad de forma habitual, personal y directa, también se remite el artículo 3 del Real Decreto 1704/1999, por el que se determinan los requisitos y condiciones de las actividades empresariales para la aplicación de la exención en el Impuesto sobre el Patrimonio. Por tanto, si concurren los requisitos legales para el disfrute del beneficio tributario ello será suficiente para el reconocimiento, constituyendo la percepción de la pensión una cuestión jurídica ajena a la normativa tributaria, y puede ser que lo indebido sea la pensión, no la reducción.

Segunda.- El art. 11.4 de la Ley 40/1998, del Impuesto sobre la Renta, después de imputar los rendimientos derivados de las actividades económicas a los que las realicen de forma habitual, personal y directa, presume que esta circunstancia se da en quienes figuren como titulares de las actividades, lo que obliga a la Administración a probar que la actividad no se realiza de forma habitual, personal y directa.

Tercero.- La lectura de la sentencia recurrida pone de manifiesto que la base de la decisión ha sido una cuestión meramente probatoria, puesto que la Sala de instancia ha entendido suficientemente acreditado que el causante no sólo era titular de una actividad empresarial agrícola, sino que al mismo tiempo la ejercía de modo habitual, personal y directo, a la vista de la prueba practicada. Así pues, no puede compartirse la alegación de la parte recurrente sobre que el Tribunal de instancia ha hecho prevalecer una visión formal sobre la meramente material de los requisitos de la exención, sino que más bien sucede justamente lo contrario, porque la Sala ha considerado suficientemente acreditada la concurrencia de los requisitos materiales necesarios para el disfrute de la bonificación fiscal, entendiéndolo que los mismos deben prevalecer sobre otras consideraciones formales no previstas en la norma, como la alegada ilegitimidad de compatibilizar tal actividad con el disfrute de una pensión de jubilación. Ello comportará las consecuencias jurídicas que correspondan pero no puede servir (porque la norma se acoge a un criterio estrictamente material) para desvirtuar el hecho cierto de que el causante, al mismo tiempo que disfrutaba de tal pensión, ejercía la actividad empresarial agrícola de modo habitual, personal y directo, por lo que cumplía las exigencias materiales previstas para el disfrute de la bonificación fiscal.

Tal hecho considerado suficientemente acreditado por el Tribunal de instancia no puede ser ahora discutido en el ámbito del recurso de casación, porque debe señalarse que, es constante y reiterada jurisprudencia de esta Sala, que en la valoración que haga el Tribunal en casación ha de partir de los hechos apreciados por la Sala de Instancia, que es la que tiene competencia para ello, conforme a reiterada jurisprudencia de esta Sala del Tribunal Supremo (*sentencias de 8 de octubre de 2001, 12 de marzo de 2003, 18 de octubre de 2003 y 15 de junio de 2005*), a no ser que se alegue y acredite que ha incidido en vulneración de las normas sobre la valoración de la prueba o que haya incidido en error o aplicación arbitraria de los hechos siempre que una y otra se aleguen oportunamente.

Frente a lo anterior no cabe hablar de existencia de fraude de ley y de aplicación analógica de las normas, a la vista de los hechos probados de la sentencia, que ponen de manifiesto que el causante ejerció una legítima opción, dándose de alta como empresario en la actividad de arrendamiento de inmuebles, actividad que estaba definida en el art. 25.2 de la Ley 40/1998, cumpliendo todos los requisitos establecidos.

**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 solo de la cuantía de la minuta de la defensa de la parte recurrida en la cantidad de 3.000 euros, no reconociéndose costas al Abogado del Estado, ante la postura adoptada en el recurso.”.

**TRIBUNAL SUPREMO**

Sala de lo Contencioso-Administrativo –Secc. 5ª- (Recurso de Casación): Sentencia de 16/03/2009

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

**Síntesis**

**DENEGACIÓN DEL VISADO DE RESIDENCIA.**

**Fundamentos de Derecho y Doctrina:**

“**PRIMERO.**- Se impugna en este recurso de casación nº 908/06 la sentencia que la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sección 1ª-Grupo de Apoyo) dictó en fecha 30 de noviembre de 2005, y en su recurso contencioso administrativo nº 2241/03, por medio de la cual se desestimó el formulado por D.ª Graciela , ciudadana de Cuba, contra la resolución del Consulado General de España en La Habana de 3 de octubre de 2003, denegatoria del visado de residencia por reagrupación familiar en régimen comunitario.

**SEGUNDO.**- Contra dicha sentencia ha formulado la parte actora recurso de casación, en el cual articula dos motivos.

El primero de ellos se formula al amparo del apartado c) del artículo 88.1 de la Ley de esta Jurisdicción, y en él se citan como infringidos los artículos 208 y 209 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, aplicable supletoriamente en el proceso contencioso-administrativo, aunque a continuación se reproduce no el contenido de dichos artículos, sino el de los apartados 1 y 3 del artículo 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, alegando la parte recurrente que *"la sentencia recurrida no es ni clara ni precisa, ni separa los puntos objeto de debate, toda vez que esgrime unos argumentos muy genéricos y ambiguos"*.

Para rechazar este motivo de casación -prescindiendo incluso de la confusa cita de la normativa infringida- basta la lectura de los fundamentos jurídicos de dicha sentencia, de los que se deducen con manifiesta claridad las razones fácticas y jurídicas por las que el Tribunal *a quo* desestima la pretensión de la demandante, sin que sean genéricas sino, por el contrario, referidas al concreto objeto del pleito. Así, la sentencia identifica el objeto del recurso contencioso-administrativo (FJ 1º), resume las alegaciones respectivas de la parte actora y del Abogado del Estado (FJ 2º), analiza a continuación las alegaciones de la parte actora referidas a supuestas infracciones procedimentales (FJ 3º) y entra, en fin, en el fondo del asunto, analizando las específicas circunstancias concurrentes en el caso examinado, para concluir que la Sala no considera suficientemente probado que la solicitante de visado de residencia para reagrupación familiar (mayor de veintidós años) viva a expensas de su padre español y residente en España, según exige el artículo 2, letra b) del R.D. 178/2003 aplicable al caso (FJ 4º). El parecer de la Sala de instancia podrá o no ser compartido por la parte recurrente, pero la discrepancia de dicha parte hacia las razones sustentadas y las conclusiones alcanzadas por la Sala es cuestión distinta y ajena a la infracción denunciada en este primer motivo casacional. Ceñidos ahora a la infracción denunciada y al motivo al que se acoge, es claro que la sentencia recurrida ni es oscura ni es imprecisa ni deja de estudiar las concretas circunstancias del caso litigioso, por lo que dicho motivo debe ser desestimado.

Por lo demás, no procede entrar a examinar las restantes consideraciones efectuadas por la parte recurrente con ocasión de este primer motivo formulado al amparo del artículo 88.1.c) de la Ley de esta Jurisdicción que parecen ir dirigidas a acreditar que sí se reunía los requisitos para la obtención del visado; y no procede examinarlas por dos razones: en primer lugar, se trata de alegaciones referidas al fondo del asunto y como tales ajenas al motivo casacional del subapartado c), debiendo haberse planteado al amparo del subapartado d) del mismo precepto de la Ley de la Jurisdicción; y en segundo lugar y en todo caso, son una reproducción prácticamente literal de la demanda, sin introducir crítica alguna a la concreta fundamentación jurídica de la sentencia de instancia.

En fin, no puede este Tribunal de casación entrar a valorar el material probatorio que la parte recurrente pretende introducir, con ocasión de este primer motivo, con el escrito de interposición del presente recurso, al no estar prevista en la Ley de esta Jurisdicción, ni en la vigente Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, de aplicación supletoria en lo no previsto por aquélla, la aportación de documentos con el escrito de interposición del recurso de casación (ATS de 19 de mayo de 2005, RC 1421/2004, entre otros).

**TERCERO.**- El segundo motivo de casación, formulado al amparo del subapartado d) del artículo 88.1 de la Ley de la Jurisdicción, es inadmisibile por haber sido defectuosamente preparado.

La Ley de la Jurisdicción, en su artículo 95.1, permite declarar la inadmisibilidad del recurso de casación en sentencia si concurre alguno de los motivos previstos en el artículo 93.2, entre los que se encuentra el de no haberse observado los requisitos exigidos en la preparación del recurso (art. 93.2.a). Entre esos requisitos se encuentra el de justificar en el mismo escrito de preparación, cuando el recurso de casación se promueve al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional, que dicho recurso pretende fundarse en la infracción de normas de Derecho estatal o comunitario europeo y que la infracción de dichas normas ha sido relevante y determinante del fallo de la sentencia (arts. 86.4 y 89.2). Pues bien, en este caso el recurrente, al preparar el recurso de casación, aún cuando citó las normas de Derecho estatal o comunitario que reputaba infringidas por la sentencia de instancia, no justificó en modo alguno que dichas normas hubieran resultado relevantes y determinantes del "fallo" de la sentencia combatida en casación.

Si a pesar de eso se tuvo por bien preparado el recurso fue únicamente porque en aquel escrito se anunció que el recurso de casación se interpondría no sólo al amparo del subapartado d) del tan citado artículo 88.1, sino también al amparo de otros subapartados del mismo precepto, a los que no resulta de aplicación la carga procesal de los precitados artículos 86.4 y 89.2.

Incluso prescindiendo de este obstáculo procesal para el examen del motivo, el mismo seguiría sin poder prosperar, toda vez que la recurrente se limita a realizar una serie de alegaciones genéricas acerca del derecho a la tutela judicial efectiva, pero no somete a crítica la concreta fundamentación jurídica de la sentencia de instancia, sobre la que nada se dice, e incluso parece confundir el auténtico contenido de la resolución judicial que recurre en casación, pues alude a "la denegación de la suspensión de la ejecución del acto administrativo recurrido", en aparente referencia a un hipotético auto denegatorio de medida cautelar de suspensión, siendo así que lo realmente recurrido es una sentencia que desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto y declara conforme a Derecho la resolución denegatoria de solicitud de visado de residencia para reagrupación familiar en régimen comunitario."

9432/03

029

## TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo –Secc. 2ª- (Recurso de Casación): Sentencia de 18/03/2009

Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel Vicente Garzón Herrero

### Síntesis

IMPUESTO DE SOCIEDADES. Extemporaneidad del Recurso de Alzada del Director del Departamento de Inspección de la AEAT.

### Fundamentos de Derecho y Doctrina:

“PRIMERO.- Se impugna, mediante este Recurso de Casación Ordinario, interpuesto por el Procurador D. Enrique Hernández Tabernilla, actuando en nombre y representación de "Sociedad Anónima Tudela V", y por el Abogado del Estado, actuando en nombre y representación de la Administración General del Estado, la sentencia de 9 de octubre de 2003, de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, por la que se estimó el Recurso Contencioso-Administrativo número 41/01 de los que se encontraban pendientes ante dicho órgano jurisdiccional.

El citado recurso había sido iniciado por la entidad "Sociedad Anónima Tudela V" contra la resolución del TEAC de 6 de noviembre de 2000, estimatoria del recurso de alzada interpuesto por el Director del Departamento de Inspección Financiera y Tributaria AEAT contra la resolución del TEAR de Asturias de 31 de mayo de 1996, a su vez, estimatoria de las reclamaciones económico administrativa interpuestas contra el acuerdo liquidatorio derivado de las actas de disconformidad nº 0051420-3, 0051416-0, 0051414-2 y 0051417-6, incoadas a Cementos del C, S.A., el 13 de abril y 25 de marzo de 1994 por IS, ejercicios 1988 a 1991.

En lo que nos interesa la sentencia de instancia, afirma con relación a la extemporaneidad del Recurso de Alzada: "Desde la perspectiva de la doctrina indicada, debe llegarse a la conclusión de que, en supuestos como el de autos, correspondía a la Administración la justificación de la fecha en que había tenido lugar la comunicación exigida en el artículo 103 del Reglamento.

De que la misma tuvo lugar, lo acredita el mismo escrito del recurso de alzada, y de su fecha, 30 de octubre de 1996, existe constancia en el expediente, concretamente al folio 81, donde figura la comunicación remitida por el Presidente del TEAR de Asturias al Departamento de Inspección Financiera y Tributaria de la AEAT.

No puede interpretarse, en este supuesto, como la Sala ha señalado en otras ocasiones, que la comunicación deba entenderse efectuada, como más tarde, el quinto día siguiente a la Resolución, por aplicación de lo establecido en el citado artículo 103 (<<remitirán en el plazo de cinco días una copia de la resolución dictada a los órganos legitimados para recurrir>>), por cuanto el citado plazo lo es para <<remitir>> (o <<cursar>>, como dice el 58.2 LRJPA), mas no para practicar o realizar la notificación o comunicación; de ahí, como se ha expresado, la consecuencia de la anulabilidad mas no de la nulidad."

En cuanto a la cuestión de fondo, es decir, determinar si son deducibles las retribuciones satisfechas a los miembros del Consejo de Administración de la sociedad demandante en concepto de participación en beneficios, objeto del recurso de casación interpuesto por el Abogado del Estado, la sentencia de instancia establece expresamente que: "De conformidad con la anterior doctrina, la Sala ha de estimar el presente recurso, ya que, prevista la posibilidad de la retribución de los administradores a través del sistema indicado en los estatutos de la entidad, y, contemplado en el mismo un límite máximo coincidente con el legal, obvio es que, la labor de concreción -dentro del ámbito estatutariamente marcado- puede ser llevado a cabo por el órgano societario correspondiente, la Junta General, el cual no innova el sistema sino que se limita a determinar, debidamente habilitado al efecto, el parámetro porcentual correspondiente dentro del marco estatutariamente establecido".

No conforme con dicha sentencia ambas partes interponen el Recurso de Casación ordinario que decidimos.

**SEGUNDO.-** La controversia del Recurso de Casación interpuesto por la entidad "Sociedad Anónima Tudela V" se centra en dilucidar cuál debe ser la fecha en que se ha de entender producida la comunicación de la Resolución del TEAR, de 31 de mayo de 1996, a los organismos legitimados para interponer el Recurso de Alzada, cuya estimación por el TEAC ha dado lugar al recurso contencioso que decidimos.

El recurrente solicita que se declare la extemporaneidad de dicho Recurso de Alzada ya que ha transcurrido el plazo de quince días que el artículo 121 del RPREA concede para su interposición, tanto porque no consta de forma fehaciente la fecha de la notificación de la resolución del TEAR, como por el hecho de que el escrito presentado como Recurso de Alzada es un mero anuncio, acompañando en un momento posterior un nuevo escrito en el que se desarrollan los motivos por los que recurre.

Por el contrario, el Abogado del Estado mantiene la inadmisibilidad del recurso por falta de objeto, al ser la sentencia que se recurre estimatoria en cuanto al fondo y, en consecuencia, favorable para la entidad mercantil.

Sobre el punto controvertido la sentencia impugnada afirma, según se infiere de lo antes transcrito, que se ha acreditado la fecha en que se ha recibido la comunicación de la resolución recurrida, tanto por la referencia que hace la Administración Tributaria, en el escrito de interposición presentado el 18 de noviembre de 1996, a haber recibido notificación el 30 de octubre de 1996, como por la constancia en el expediente, concretamente en el folio 81, donde figura la comunicación remitida por el Presidente del TEAR de Asturias al Departamento de Inspección Financiera y Tributaria de la AEAT.

Corresponde, en primer lugar, rechazar la causa de inadmisibilidad alegada por el Abogado del Estado por carencia de objeto, ya que el recurso de la entidad tiene como finalidad declarar la extemporaneidad del recurso de alzada ante el TEAC, lo cual supone que, de admitirse, no podría entrarse a conocer sobre el fondo del asunto, mientras que, de no mediar dicha petición, la sentencia de instancia sería recurrible en cuanto al fondo, pudiendo llegar este Tribunal a una solución contraria a la contenida en el fallo de instancia.

Entrado en el análisis del motivo, es preciso señalar que, desde la perspectiva de una jurisprudencia consolidada de esta Sala (SSTS de 13 de febrero de 2007 (rec. cas. 8094/2002), 24 de octubre de 2007 (rec. cas. para la unificación de doctrina 304/2003), 26 de octubre de 2007 (rec. cas. para la unificación de doctrina 281/2003), 29 de enero de 2008 (rec. cas. para la unificación de doctrina 380/2003), 11 de marzo de 2008 (recurso de casación para la unificación de doctrina 62/2004) y 10 de noviembre de 2008, (rec. cas. 7949/2004), es claro que no puede dotarse de efectos a la fecha que la Administración señala en el escrito de interposición del recurso de alzada sino existe otra justificación de la misma. Y, en cuanto a la fecha de salida del TEAR de Asturias, del escrito de remisión al Departamento de Inspección Financiera y Tributaria de la AEAT, tampoco resulta determinante por cuanto la fecha a tener en cuenta es la de la recepción de la comunicación de la resolución del TEAR por el órgano recurrente, en este caso, por el Director del Departamento de Inspección Financiera y Tributaria de la AEAT, la cual no consta en el expediente administrativo ni ha sido acreditada en modo alguno por la Administración.

De igual forma, se ha señalado por esta Sala que no puede admitirse como válida la fecha de un escrito de interposición del recurso de alzada cuando éste sea un mero anuncio de interposición del recurso (SSTS de 30 de enero de 2008 (rec. de cas. para la unificación de doctrina 92/2003), 6 de marzo de 2008 (rec., cas. para la unificación de doctrina 316/2004) y 1 de diciembre de 2008, (rec. cas. 4869/2004), lo cual sucede en el presente caso ya que el escrito presentado el 19 de noviembre de 1996 no contiene motivo alguno que fundamente el recurso, lo cual tiene lugar con el escrito presentado el 7 de febrero de 1997.

Conforme a la doctrina expuesta, si la fecha de la notificación es cuestionada y no hay en el expediente ninguna otra constancia adicional sobre la auténtica fecha de recepción de la resolución del Tribunal Económico-Administrativo Regional, no resulta admisible que bastase con la mera indicación de una determinada fecha por la Administración interesada, sin ningún elemento de contraste adicional en el expediente, para señalar el dies a quo del cómputo del plazo para la interposición del Recurso de Alzada. De igual forma, resulta necesario que el escrito presentado contenga, ya, como algo ínsito y connatural al mismo, la exposición de los motivos en que se funde.

La aplicación de nuestra doctrina sobre la necesidad de presentar con la interposición del recurso, el documento acreditativo de la fecha en que la comunicación tuvo entrada en el organismo y de que el escrito de interposición contenga los motivos por los que se impugna la resolución, conduce en el presente caso, ante la ausencia de ambos extremos, a declarar el Recurso de Alzada interpuesto como extemporáneo.

**TERCERO.-** De todo lo razonado se infiere la necesidad de estimar el Recurso de Casación Ordinario y la casación de la sentencia impugnada, debiéndose, posteriormente, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 95.2.d) de la Ley Jurisdiccional, resolver lo que corresponda dentro de los términos en que aparece planteado el debate, lo que ha de hacerse en el sentido de estimar el Recurso Contencioso-Administrativo interpuesto contra la resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 6 de noviembre de 2000, la cual ha de anularse en cuanto estimó el Recurso de Alzada deducido por el Director del Departamento de Inspección Financiera y Tributaria contra la resolución del Tribunal Económico-Administrativo Regional de Asturias de 31 de mayo de 1996.

**CUARTO.-** Por lo que se refiere al Recurso de Casación formulado por el Abogado del Estado, centrado en la improcedencia de la deducibilidad de las retribuciones satisfechas a los miembros del Consejo de Administración de la entidad, al anularse la sentencia de instancia, con los efectos que se indican en el Fundamento de Derecho anterior, éste queda sin objeto y así debe declararse.”.

489/07

030

## TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo –Sec. 4ª- (Recurso de Casación): Sentencia de 18/02/2009

Ponente: Excmo. Sr. D. Segundo Menéndez Pérez

### Síntesis

VALOR DE LA JURISPRUDENCIA que precisa el objeto, los motivos esgrimibles y los límites del enjuiciamiento del recurso de casación contra autos dictados en ejecución de sentencia. Se niega la supletoriedad de la LEC en esta materia.

### Fundamentos de Derecho y Doctrina:

“**PRIMERO.-** La sentencia sobre cuya ejecución versa la controversia que ahora resolvemos, dictada por la Sala de instancia el 31 de enero de 2005 en el recurso contencioso-administrativo número 178 de 2004, anuló en su fallo una resolución de la Consejería de Infraestructuras y Política Territorial del Principado de Asturias de fecha 4 de febrero de 2000, que había dispuesto la resolución de determinado contrato de obras; y además -esto es lo importante- condenó -y transcribimos literalmente- “[...] al Principado de Asturias al pago de los daños producidos como consecuencia del periodo de suspensión de las obras hasta la fecha de la resolución administrativa de reinicio (12 de marzo de 1999), con exclusión del periodo de suspensión que se concrete en periodo de ejecución de sentencia, en el recurso contencioso-administrativo nº 685/98 [...]”.

Instada por escrito de fecha 31 de marzo de 2006, que tuvo entrada en la Sala de instancia el 12 de abril siguiente, la ejecución de aquella sentencia de 31 de enero de 2005, dictó dicha Sala el auto aquí recurrido en casación, de fecha 24 de julio de 2006, después de que la Sra. Secretaria de Sala hiciera constar por Diligencia “que los autos del Recurso 685/98 se encuentran en el Tribunal Supremo, pendientes de resolver recurso de casación, no constando en esta Sala testimonio de los mismos”.

En ese auto de 24 de julio de 2006, desestimó aquella Sala la petición de ejecución, razonando que consta que el recurso contencioso-administrativo número 685/98 se encuentra (se encontraba en aquel momento) pendiente de resolver un recurso de casación (era el número 2900/2003, en el que este Tribunal Supremo dictó sentencia con fecha 28 de mayo de 2008), por lo que -y transcribimos literalmente- “[...] consecuentemente con ello, al faltar uno de los parámetros a considerar en la ejecución de sentencia determina la imposibilidad en este momento de ejecutar la sentencia conforme interesa la parte recurrente, atendiendo al fallo de la citada sentencia, al que se ha de estar [...]”. Razonamiento que en términos parecidos se reitera en el posterior auto

de la Sala de instancia de 27 de noviembre de 2006, en el que desestima los recursos de súplica interpuestos contra aquel de 24 de julio.

**SEGUNDO.-** Antes de analizar los motivos de casación formulados en este recurso, y precisamente porque de ella deriva en gran medida la decisión que habremos de adoptar, conviene recordar algunos particulares de la jurisprudencia de este Tribunal Supremo en la que se precisa cuáles son el objeto, los motivos esgrimibles y los límites del enjuiciamiento del recurso de casación cuando se interpone contra autos dictados en ejecución de sentencia.

Así, hemos dicho, entre otras muchas en las sentencias de 27 de junio de 2006, 20 de diciembre de 2007 y 26 de marzo de 2008, que *mientras que en los demás recursos de casación se confrontan las actuaciones procesales, la sentencia o el auto con una norma jurídica, al objeto de declarar su conformidad o no con el ordenamiento jurídico y la jurisprudencia, en el recurso de casación contra autos dictados en ejecución provisional o definitiva de sentencias la comparación se ha de efectuar entre lo ordenado para su ejecución y la parte dispositiva de la sentencia que se ejecuta con el fin de evitar extralimitaciones en dicha ejecución, distinta función, pues, de la nomofiláctica y uniformadora del recurso de casación, por lo que ha venido a denominarse atípico este recurso de casación en ejecución de sentencia.*

Asimismo, en las sentencias de 4 de julio de 2006, 20 de diciembre de 2007 y 26 de marzo de 2008, y en otras muchas anteriores, como las de fechas 13 de febrero, 17 de abril y 25 de octubre de 1999, 18 de enero y 5 de mayo de 2000, 21 de octubre de 2001, 8 de julio y 10 de diciembre de 2003, 4 de mayo de 2004 y 13 de mayo de 2005, hemos insistido en que *los autos dictados en ejecución de sentencia sólo son recurribles en casación cuando resuelven cuestiones no decididas, directa o indirectamente, en aquélla, o, también, cuando contradicen los términos del fallo que se ejecuta, pues es esto lo que dispone el artículo 87.1.c) de la Ley de la Jurisdicción. Sólo para estos dos supuestos, y no para otros (cualquiera que sea lo discutido en la ejecución), abre el legislador el recurso de casación contra aquellos autos. En ambos casos, de lo que se trata es de salvaguardar la integridad e intangibilidad de la sentencia, evitando que se pretenda resolver en vía de ejecución cuestiones que por no decididas en la sentencia ya no pueden alterar ésta, o que se pretenda contradecir lo decidido en ella, ejecutando más, menos, o algo distinto de lo que aquélla ordenó que se hiciera. En suma, cualquiera otra decisión adoptada por los Tribunales en ejecución de sentencia no tiene acceso a dicho recurso. Por ello mismo, hemos añadido en aquellas sentencias de 4 de julio de 2006, 20 de diciembre de 2007 y 26 de marzo de 2008, y en otras anteriores, que en los motivos de casación que se formulen contra los referidos autos ha de aducirse, so pena de inadmisibilidad, que estos incurren en uno y/o otro de esos dos supuestos; de suerte que tales motivos no pueden buscar amparo, sin más, en las previsiones de las letras a), b), c) y d) del artículo 88.1 de la Ley de la Jurisdicción.*

En las sentencias, entre otras, de 9 y 23 de julio de 1998, 4 de mayo y 15 de junio de 2004, 13 de mayo de 2005, 27 de junio y 4 de julio de 2006, 3 de julio, 13 de noviembre y 20 de diciembre de 2007 y 26 de marzo de 2008, nuestra jurisprudencia ha salido al paso de una interpretación incorrecta de la expresión «cuestiones no decididas, directa o indirectamente, en la sentencia», que pudiera ampliar indebidamente el recurso de casación frente a todos los autos que resolviesen una cuestión no tratada o examinada en la sentencia, y así, hemos dicho que *por cuestiones no decididas, directa o indirectamente, en la sentencia, sólo han de entenderse las cuestiones sustantivas distintas o quizá colaterales o anexas a aquélla o aquéllas que fueron planteadas en el pleito y decididas en la sentencia, o lo que es igual, las distintas, colaterales o anexas que habiendo podido plantearse en la fase declarativa del proceso, o no se plantearon, o no se decidieron en la sentencia que, una vez firme, constituye el título a ejecutar y a respetar en la ejecución. Por tanto, no entran en ese concepto de cuestiones no decididas, directa o indirectamente, en la sentencia, las que surjan con motivo o a raíz de la ejecución misma; por ende, contra la resolución de éstas no cabe recurso de casación, salvo que la resolución contradiga los términos del fallo que se ejecuta. Añadiendo inmediatamente que sí son recurribles en casación los autos que declaren la imposibilidad legal o material de ejecutar el fallo, ya que no hay resolución que contradiga más lo decidido en sentencia que aquella que la declara inejecutable.*

Además, bien porque la sentencia condene al pago de una indemnización cuya cuantía haya de ser fijada en ejecución, bien porque declarada por resolución firme la imposibilidad de ejecutar la sentencia en sus propios términos surja, entonces, la necesidad de fijar la indemnización que proceda por la parte en que la sentencia no pueda ser objeto de cumplimiento pleno (artículo 105.2 de la Ley de la Jurisdicción), nuestra jurisprudencia señala que *la fijación de tal indemnización no es, por lo antes dicho, una cuestión que entre en el concepto de cuestión no decidida, directa o indirectamente, en la sentencia, con la consecuencia de que dicha fijación no es, en principio, susceptible de ser recurrida en casación.* Decimos que no lo es en principio, pues también de dicha jurisprudencia se deduce que, por excepción, hay dos supuestos en que sí lo será: uno, cuando el concepto (el daño o el perjuicio) por el que se indemniza no guarde relación con el derecho reconocido en la sentencia, o no se ajuste a las bases establecidas en ésta para el cálculo de la indemnización; y otro, cuando la indemnización fijada es, sin posibilidad racional de discusión alguna, desproporcionada, por exceso o defecto, en comparación con el contenido material de aquel derecho; pues en uno y en otro de estos dos supuestos cabe hablar de una indemnización que no da ejecución al título que debe ser ejecutado. La conclusión última, decíamos en aquellas sentencias de 4 de julio de 2006 y 3 de julio y 13 de noviembre de 2007, *es, por*

*tanto, que las meras discrepancias sobre la cuantía de una indemnización a la que no quepa imputar la inequívoca o indubitada desproporción antes dicha, no abren el acceso a la casación.*

Por fin, en aquella sentencia tan relacionada con el recurso de casación que ahora resolvemos, esto es, en la de 28 de mayo de 2008, dictada en el recurso de casación número 2900/2003, hemos dicho que en esta materia de ejecución de sentencia la Ley de Enjuiciamiento Civil no es supletoria de la Ley de la Jurisdicción, pues ésta regula en su artículo 109 su propio incidente de ejecución.

**TERCERO.-** En el escrito de interposición del recurso de casación que formula la representación procesal de quienes constituyeron la Unión Temporal de Empresas, en concreto en el número II del apartado que denomina "requisitos legales", se lee que procede la interposición del recurso "[...] para corregir el desvío de la resolución recurrida de las normas del ordenamiento y de la jurisprudencia aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate (art. 88.1.d)". Y en su único motivo de casación denuncia la vulneración por inaplicación de los artículos 712 y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 24.1 de la Constitución en relación con el 106 de la Ley de la Jurisdicción, así como de las Disposiciones transitoria 4ª y final 1ª de esta última, "puesto que las resoluciones cuestionadas [transcribimos literalmente] se producen al margen del cauce previsto para su adopción y contra su tenor".

Surge ya, a partir de ahí, la impresión de que el recurso de casación no va a denunciar ninguna de aquellas dos infracciones a las que se refiere el artículo 87.1.c) de la Ley de la Jurisdicción; esto es, que no va a denunciar que el auto recurrido resuelva cuestiones no decididas directa o indirectamente en la sentencia (entendidas éstas en el sentido antes precisado), ni tampoco que dicho auto contradiga los términos del fallo que se ejecuta. Impresión que vemos confirmada en el desarrollo argumental de ese único motivo, pues lo que expone la parte es, en su núcleo esencial, que la Administración contestó extemporáneamente, rebasando el plazo de diez días previsto en el artículo 713.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el traslado que le dio la Sala del escrito de la actora en el que ésta exponía su valoración de los daños sufridos, con la consecuencia, ligada a ello, que ordena el artículo 714 de dicha LEC. Debemos, pues, apartar o no tomar en consideración ese núcleo esencial, pues como dijimos en el párrafo tercero del anterior fundamento de derecho, sólo para los dos supuestos a que se refiere aquel artículo 87.1.c), y no para otros (cualquiera que sea lo discutido en la ejecución), abre el legislador el recurso de casación contra los autos dictados en ejecución de sentencia.

Amén de ello, procede recordar también aquello que dijimos en la sentencia de 28 de mayo de 2008, en los términos que hemos expuesto en el último párrafo de ese mismo fundamento de derecho. E igualmente, además, y en todo caso, que ese núcleo esencial de la argumentación hace unos cálculos que no podemos aceptar, pues se dice en él que el traslado dado a la Administración lo fue con fecha 24 de marzo de 2006, siendo así que el escrito instando la ejecución lleva fecha de 31 de marzo, entró en la Sala el 12 de abril, se proveyó el siguiente día 19 y se trasladó a aquélla el 24 de abril; que se olvida en él, asimismo, que el artículo 109.2 de la Ley de la Jurisdicción no contempla un plazo igual al ordenado en aquel artículo 713.2; y, en fin, que no queda justificado en la argumentación de la parte recurrente -dado que a efectos procesales son inhábiles los sábados (artículo 182.1 de la LOPJ) y dada la habilitación legal para la presentación de escritos hasta las quince horas del día hábil siguiente al del vencimiento del plazo (artículo 135.1 de la LEC)- que el día 10 de mayo, en que la Administración presentó sus alegaciones, hubiera ya transcurrido el plazo que le fue dado en la providencia del día 19 del mes anterior.

**CUARTO.-** Es cierto que en ese único motivo de casación hay además otras consideraciones que, aunque el motivo no lo dice, sí pueden guardar, aparentemente al menos, alguna relación con el segundo de los supuestos o infracciones que contempla el repetido artículo 87.1.c); a saber: que en el cálculo de los daños la actora "[...] excluyó de forma expresa el periodo de suspensión con fundamento en un diagrama que la Administración aportó a los autos que penden ante este Tribunal [...]"; que el auto recurrido no presta atención al número 2 del artículo 18 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que ordena, cuando la ejecución resultare imposible, adoptar las medidas necesarias que aseguren la mayor efectividad de la ejecutoria, y fijar en todo caso la indemnización que sea procedente en la parte en que no pueda ser objeto de cumplimiento pleno; y que dicho auto se limita a la desestimación de lo pedido, pero sin precisar o concretar límite temporal, "[...] por lo que ha de entenderse total y definitiva, creando así la indefensión del favorecido por la resolución que, sea cual fuere la sentencia que recaiga en la casación pendiente, se verá en la imposibilidad de solicitar la indemnización a que tiene derecho puesto que su ejercicio le viene vedado por la decisión ahora cuestionada si alcanza firmeza".

Sin embargo, tales consideraciones tampoco nos permiten casar el repetido auto. Ante todo, y contestando con ello a las dos últimas, porque el auto en cuestión no aprecia que concurra un supuesto de imposibilidad total o parcial de ejecución de la sentencia, sino, más bien, un obstáculo temporal constituido por la pendencia de un recurso de casación en aquel otro recurso contencioso-administrativo número 685/98, que desaparecería, lógicamente, cuando tal recurso de casación quedara resuelto, como ya ha ocurrido. Consecuentemente, ni había que atender al mandato del número 2 del artículo 18 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, ni cabe hablar de imposibilidad alguna de solicitar, una vez desaparecido el obstáculo, la indemnización a la que la parte tenga derecho. Y por lo que se refiere a la primera de aquellas consideraciones, porque de lo alegado en el motivo no

podemos deducir como cierto un hipotético error de la Sala de instancia cuando entendió que era necesario esperar a la resolución de aquel recurso de casación para conocer uno de los parámetros ordenados en el fallo de la sentencia a ejecutar, cuál es el referido al periodo de suspensión a excluir; y porque ese hipotético error, de existir, no habría generado una demora en la ejecución constitutiva del segundo de aquellos supuestos o infracciones para los que el repetido artículo 87.1.c) abre el acceso a la casación, pues prima facie, atendiendo al fallo de dicha sentencia, sí es necesario esperar a que tal periodo se concrete en la fase de ejecución de la dictada en el recurso número 685/98.

**QUINTO.-** Lo razonado obliga a su vez a desestimar los cuatro motivos de casación del recurso formulado por la representación procesal del Sr. L. El primero, fundado en el artículo 88.1.d) de la Ley de la Jurisdicción y no en el artículo 87.1.c) de ésta, porque sólo denuncia que la Administración habría planteado que concurre un supuesto de imposibilidad legal o material de ejecutar el fallo después de que hubiera transcurrido el plazo de dos meses a que se refiere, por remisión, el artículo 105.2 de la Ley de la Jurisdicción; siendo así que, como ya hemos dicho, no es un supuesto de imposibilidad y sí un mero obstáculo temporal el apreciado en el auto objeto de este recurso. El segundo, fundado también en aquel artículo 88.1.d), porque denuncia lo mismo que lo denunciado en aquel núcleo esencial al que nos referíamos en el párrafo segundo del fundamento de derecho tercero, haciéndolo, además, con aquellos mismos cálculos que ya hemos dicho que no podemos aceptar (traslado a la Administración del escrito instando la ejecución el 24 de marzo de 1996 y extemporaneidad de las alegaciones presentadas por ésta el día 10 de mayo). Y el tercero y el cuarto, porque la idea que trasladan es de nuevo aquella de la no necesidad de esperar a la resolución de aquel recurso de casación para conocer la totalidad de los parámetros a que se refiere el fallo de la sentencia a ejecutar; idea cuyo acierto no se deduce de las alegaciones expresadas en esos motivos.

**SEXTO.-** De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.2 de la Ley de la Jurisdicción, procede imponer las costas de estos recursos de casación a las partes recurrentes, si bien, en uso de la facultad que confiere el número 3 de ese mismo precepto y dado el contenido del escrito de oposición, el importe por honorarios del Letrado defensor de la parte recurrida no podrá exceder de 3000 euros, abonables por mitad por aquéllas.”.

1318/06

031

## TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo – Secc. 5ª- (Recurso de Casación): Sentencia de 20/03/2009

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

### Síntesis

DENEGACIÓN DE ASILO. Ciudadana de Colombia.

### Fundamentos de Derecho y Doctrina:

**PRIMERO.-** Se impugna en este recurso de casación nº 1318/2006 la sentencia que la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional (Sección 1ª) dictó en fecha 11 de enero de 2006, y en su recurso contencioso administrativo nº 4/04, por medio de la cual se desestimó el formulado por Doña Seudy Elis María contra la resolución del Ministerio del Interior de fecha 8 de julio de 2003 que les denegó la concesión del derecho de asilo.

**SEGUNDO.-** Como decimos, la Sala de instancia desestimó el recurso, razonando, en cuanto ahora interesa, lo siguiente:

[...]

"Para la resolución del recurso resulta de interés destacar los siguientes hechos: Dª Seudy Elis María, nacional de Colombia, presentó solicitud de asilo en España el día 27 de septiembre de 2001 en la Oficina de Extranjeros de Alicante -folios 1.13 y 1.1 y siguientes del expediente- en la que manifestó que llegó a España vía aérea (aeropuerto de Barajas) el día 19 de septiembre de 2001, que se encuentra casada con Ricardo Antonio quien vino a España con anterioridad y es también solicitante de asilo en España con el que tiene dos hijos menores de edad. Como motivo de la salida de su país se aduce -folio 1.4- la existencia de llamadas amenazantes a ella y a sus hijos. En la demanda -hecho tercero- se aduce que las razones por las que Dª Seudy Elis solicita asilo en España es la extorsión sufrida por la guerrilla (ELN) al verse obligada a cierta colaboración (económica) que le exigía, de tal forma que si se negaba era la muerte, si colaboraba los paramilitares son los que ejercerían sus represalias contra ella, su esposo e hijos, situación insostenible sin recibir protección del Estado. Sigue alegándose en la demanda que las extorsiones eran continuas, fueron asesinados amigos que se encontraban en sus mismas circunstancias, la presión y amenazas fueron continuas y por cualquier medio, sobre todo telefónicas, por lo que se creó un estado de miedo e inseguridad que motivó su salida del país, teniendo sus hijos que cambiar de domicilio cuando sus padres (primero el marido después la mujer) vinieron a España.

[...] Para basar su pretensión la solicitante de asilo ha aportado en el expediente administrativo la siguiente documentación: a) su pasaporte -folios 1.15 y 1.16 -, b) fotocopia de la certificación expedida por el Secretario delegado para Registros civiles -folio 1.38- y c) una fotocopia -folio 1.39- en la que una profesional de la Personería Municipal de Soledad certifica que "*el señor Ricardo Antonio...rindió declaración jurada como presunto desplazado en las oficinas de la Personería Municipal de Soledad ante la profesional universitaria.*" que extiende dicha certificación. En vía jurisdiccional se ha solicitado por la actora informes sobre el estado sociopolítico en relación con la guerrilla, las fuerzas paramilitares y los hechos alegados en Colombia. No se ha propuesto ninguna prueba sobre la incorporación al presente procedimiento de documentos que pudieran obrar en el expediente de asilo incoado en relación con el esposo, ni se ha aportado resolución alguna para acreditar que al citado D. Ricardo Antonio con el que convive, le haya sido otorgado el asilo solicitado, es más ni siquiera se ha alegado dicha circunstancia.

La instrucción que efectúa un estudio conjunto de ambos expedientes -folio 3.1- señala que los solicitantes manifiestan que eran objeto de extorsión por parte de la guerrilla del Ejército de Liberación (ELN) en el entorno de la ciudad norteña de Barranquilla y que afirman que tenían miedo de que los paramilitares descubriesen que eran obligados a efectuar entregas a la guerrilla. Razona que la extorsión económica no es una de las causas de persecución susceptibles de reconocimiento de la condición de refugiado en la Convención de Ginebra y que **los solicitantes son personas sin relevancia social y podrían haber intentado, amparándose en su anonimato, un desplazamiento hacia zonas más seguras de su territorio.**

Efectivamente, las amenazas telefónicas que alega la demandante haber sufrido están vinculadas con esa colaboración económica requerida por la guerrilla, caso de no acceder a la misma y como acertadamente señala la resolución recurrida con apoyo en el informe de instrucción y como de forma reiterada viene declarando esta Sala, la extorsión económica no constituye una persecución en el sentido exigido por la Convención de Ginebra de 1951, que es la que aquí nos interesa.

No nos encontramos ante una persecución por razones políticas y tampoco por razón de grupo social, ya que el grupo social a efectos de la citada Convención de Ginebra debe compartir un rasgo común que haga a ese grupo objeto de persecución, sin que pueda considerarse a todos los extorsionados por la guerrilla, por el hecho de compartir dicha extorsión, como grupo social.

A lo anterior hay que añadir, a mayor abundamiento, la orfandad probatoria respecto de los hechos y amenazas invocadas, refiriéndose el informe de Amnistía Internacional aportado en periodo probatorio a la situación de Colombia en relación con la guerrilla, los paramilitares y la población civil y a casos de personas concretas distintas de la solicitante o su esposo"

**TERCERO.-** El recurso de casación consta de tres motivos que analizaremos a continuación, anticipando que ninguno de ellos puede prosperar.

**CUARTO.-** Comenzando nuestro examen por el estudio del motivo tercero, formulado al amparo del artículo 88.1.c) de la Ley de la Jurisdicción, en él se alega quebrantamiento de las formas esenciales del juicio, que según dice la parte le ha ocasionado indefensión, por haberse infringido los arts. 248 LOPJ y 208.4 LEC, y eso porque la sentencia omite hacer alusión a sí es o no firme y en su caso los recursos que procedan.

La alegación carece del menor fundamento porque en la notificación de la sentencia, efectuada a la parte actora el día 11 de enero de 2006, se indicaba expresamente que contra ella cabe recurso de casación, el cual fue efectivamente preparado por esta parte, y la Sala de instancia tuvo el recurso por bien preparado y le dio trámite, por lo que no se acierta a comprender en qué medida se le ha podido ocasionar alguna indefensión a la recurrente.

**QUINTO.-** El primer motivo denuncia, al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional, la vulneración de los arts. 13, 14, 15, 17 y 24 de la Constitución; arts. 2, 3 y 8 de la Ley de Asilo 5/84; de la Convención de Ginebra de 1951; arts. 3 y 14 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; y art. 18 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea.

En el desarrollo del motivo, la parte actora reseña el contenido de esa larga enumeración de normas que reputa infringidas por la Sala *a quo*, y a continuación transcribe diversos apartados del "manual" del ACNUR, tras lo cual afirma que la extorsión económica sufrida, en cuanto proveniente de grupos terroristas, es constitutiva de una verdadera persecución protegible.

El motivo no puede prosperar.

En recientes sentencias de 29 de mayo, 26 de septiembre y 19 de diciembre de 2008 (RRC 10522/2004, 2893/2005 y 487/2006), todas referidas a solicitantes colombianos que decían haber sido extorsionados por terroristas, hemos dicho que la extorsión con fines exclusivamente económicos puede adquirir los caracteres de una auténtica persecución protegible cuando esa extorsión no es un fin en sí mismo sino un medio para procurar dinero con el que financiar actividades terroristas que tienen por finalidad subvertir el orden político (pues en tales casos el delito común pasa a ser un instrumento para costear la realización de actos de terrorismo guiados por una ideología política). Ahora bien, añadimos, no toda extorsión o secuestro con finalidad económica es por sí sola, y al margen de cualquier otra consideración, causa suficiente para la concesión del asilo, pues una vez constatada la efectiva existencia de esos actos de extorsión, han de valorarse a continuación, de forma casuística, factores tales como las circunstancias personales del solicitante, las características del grupo autor de la extorsión o secuestro, la intensidad y contenido de esos actos, la posibilidad de una protección eficaz por las autoridades del propio país, o, en fin, la posibilidad de evitar el peligro mediante el desplazamiento interno a otra localidad del mismo país alejada de aquella en que los actos de extorsión pudieran haberse producido.

Específicamente, en sentencias como. v.gr., la de 10 de noviembre de 2008 (RC 5916/2006), hemos dicho que *"en el contexto de la situación político-social de Colombia..... sí existe un elemento, nota o característica que por cumplir lo exigido en las normas transcritas (Convención de Ginebra de 1951 y en la Ley española de Asilo 5/84) es susceptible de definir e identificar a un determinado grupo social, que es percibido como diferente en aquella sociedad y cuyos miembros están expuestos a actos de persecución de la gravedad indicada. Ese elemento, nota o característica es la condición de **hacendados a quienes se atribuye una privilegiada situación económica**".* Ahora bien, nótese que ese grupo social no se constituye por cualesquiera empresarios, sino aquellos que por la especial entidad de su actividad empresarial se singularizan a los ojos de los grupos extorsionadores. Por eso en esta misma sentencia de 10 de noviembre de 2008 hemos dicho, sobre el aspecto concreto del desplazamiento interno, que *"puede ser, desde luego, insuficiente cuando el afectado es persona destacada o relevante por razón de sus circunstancias políticas, personales o profesionales, pero no cuando se trata de una persona de la que no se ha acreditado ningún factor singularizador"*.

Pues bien, aun asumiendo dialécticamente que los hechos descritos por la parte actora refirieran, en principio, una persecución protegible, en este caso no hay ningún dato que permita concluir que aquella presente, por sus circunstancias vitales, un perfil suficientemente destacado como para deducir razonablemente que el desplazamiento interno no sería suficiente para eludir la persecución que denuncia, pues partiendo de la base de que no desarrollaba actividades políticas o sociales (nada se ha alegado en este sentido) y que por ende la presión de los grupos terroristas tenía por objeto una simple extorsión económica y no un intento de frenar una posición personal de compromiso social y político, lo cierto es que nada ha manifestado en el sentido de que desempeñara en su país de origen una actividad empresarial relevante ni ha acreditado disponer de un patrimonio económico tan destacado como para que la guerrilla le hiciera un seguimiento personalizado a cualquier lugar al que se desplazara. No hay, pues, ningún dato que nos lleve a la conclusión de que aun marchando a otras zonas más seguras de su propio país no pudiera liberarse de las amenazas de quienes trataban de extorsionarla.

Por las mismas razones hemos de rechazar el segundo motivo, en el que, por lo demás, la parte recurrente se limita a alegar que se ha infringido la doctrina jurisprudencial plasmada en dos sentencias de este Tribunal Supremo de 23 y 25 de noviembre de 2005, sin acompañar la cita y transcripción parcial de ambas sentencias de razonamiento alguno.

Señalemos, en fin, que a este Tribunal Supremo le consta que al marido de la recurrente, D. Ricardo Antonio, le fue asimismo denegado el asilo por resolución del Ministerio del Interior contra la que no consta haberse recurrido en vía jurisdiccional."

9113/04

032

## TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo – Secc. 6ª- (Recurso de Casación): Sentencia de 24/03/2009

Ponente: Excmo. Sr. D. Luís María Díez-Picazo Giménez

### Síntesis

DILACIONES INDEBIDAS. COMPORTAMIENTO DE LA PARTE QUE CONTRIBUYE A CAUSARLAS.

#### Fundamentos de Derecho y Doctrina:

**“PRIMERO.-** El presente recurso de casación es interpuesto por la representación procesal de doña María de los Ángeles contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 3ª) de la Audiencia Nacional de 13 de julio de 2004, desestimatoria de pretensión de indemnización por anormal funcionamiento de la Administración de Justicia.

Según la sentencia ahora impugnada, está probado que por sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Lugo de 20 de mayo de 1965 fue declarada la propiedad de determinados montes a favor de una comunidad, de la que era comunera la recurrente. La ejecución de esta sentencia sufrió varias paralizaciones hasta noviembre de 1994, en que se reanudó definitivamente.

Con fecha 23 de diciembre de 1998, la recurrente presentó reclamación de indemnización por dilaciones indebidas ante el Ministerio de Justicia, por valor de doscientos millones de pesetas. Instruido el correspondiente expediente y emitido dictamen desfavorable por el Consejo de Estado, la reclamación fue desestimada por resolución del Ministerio de Justicia de 4 de septiembre de 2001, confirmada en reposición el 10 de octubre siguiente. Aun reconociendo la existencia de dilaciones, entendió la Administración que no había lugar a la indemnización reclamada porque había habido largos periodos de inactividad de los interesados en la ejecución, por lo que el retraso no era imputable al órgano judicial; y añadió que no había quedado probado que del retraso se hubiese seguido un daño, pues había habido importantes desavenencias entre los comuneros y, por tanto, no habría sido posible la explotación de la cosa común.

Interpuesto recurso contencioso-administrativo, es desestimado por la sentencia ahora impugnada, que básicamente acoge los argumentos de la Administración, diciendo: *“Ambas dilaciones resultan constatadas tras el examen de las actuaciones, pero no*

*puede desconocerse que la propia recurrente solicitó la ejecución de la sentencia casi diez años después que fuera dictada; que fueron las propias discrepancias dentro del seno de la comunidad ejecutante las que determinaron que las actuaciones debieran remitirse a la Audiencia para la resolución de un recurso de apelación contra un auto de Juez de Instancia decisorio de un incidente de ejecución, derivado, precisamente, del enfrentamiento entre los mismos comuneros; y que no consta que se denunciara ante el Juzgado la paralización de las actuaciones después de que la Audiencia Territorial devolviera los autos al órgano unipersonal una vez resuelto el recurso de apelación, o tras la nueva personación de los demandantes instando la ejecución.”*

Y añade: *“Por otro lado, y al margen de la paralización de las actuaciones durante los períodos de referencia, para que la citada dilación diera derecho a la indemnización solicitada sería necesario acreditar la existencia del daño y la relación de causalidad entre el referido funcionamiento anormal y el perjuicio sufrido por la actora o, lo que es lo mismo, que de no haberse producido la dilación la ejecución hubiera podido anticiparse, y la comunidad hereditaria habría dispuesto de la propiedad de los terrenos cuya entrega perseguía. Y en el supuesto de autos, habida cuenta de las discrepancias entre los diferentes miembros de la comunidad hereditaria sobre la ejecución de la sentencia, no puede concluirse que, de no haberse dilatado el procedimiento, la comunidad habría podido disponer de los terrenos y proceder a su expropiación.”*

**SEGUNDO.-** El recurso de casación se basa en dos motivos. El primero se formula al amparo del art. 88.1.d) LJCA, pero sin citar ningún precepto como infringido. Se trata, más bien, de un detenido repaso de los hechos, a fin de mostrar que se dan los requisitos para otorgar la indemnización solicitada.

El segundo motivo, sin expresar en qué norma de la Ley Jurisdiccional se funda, comienza diciendo que “siendo requisito del presente recurso señalar las normas del ordenamiento jurídico y la jurisprudencia que se consideran infringidas por la Sentencia recurrida, estimamos que dicha Sentencia, basándonos en lo expuesto anteriormente, infringe las siguientes Normas del Ordenamiento Jurídico (...)”, citando entonces como infringidos el art. 121 CE, en relación con el art. 106.2 CE y los arts. 292 y siguientes LOPJ, así como el art. 24.2 CE. Menciona, asimismo, una sentencia de esta Sala de 21 de enero de 1999 y varias del Tribunal Constitucional. Sin embargo, no desarrolla razonamiento alguno para explicar por qué la sentencia impugnada vulnera dichos preceptos o alguna doctrina jurisprudencial.

**TERCERO.-** Ninguno de los dos motivos de este recurso de casación puede prosperar. El primero, como bien señala el Abogado del Estado en su escrito de oposición, no es más que un intento de hacer una valoración de los hechos distinta de la realizada por el tribunal *a quo*. El recurso de casación no tiene como función revisar la apreciación de la prueba y la consiguiente fijación de los hechos, que es cometido exclusivo del órgano judicial de instancia.; máxime cuando, como ocurre en el presente caso, no se ha demostrado que la valoración de los hechos recogida en la sentencia impugnada fuese arbitraria o ilógica.

En cuanto al segundo motivo, al no haber un mínimo razonamiento jurídico, resulta imposible saber cuál es la concreta infracción legal que se le reprocha a la sentencia impugnada. Esto es suficiente para desestimar el mencionado motivo. Pero debe tenerse en cuenta, en todo caso, que la sentencia impugnada es perfectamente ajustada a derecho a la vista de los hechos que tiene por probados. Según jurisprudencia constante, para que haya dilaciones indebidas es preciso valorar el retraso en resolver a la luz de tres factores: la complejidad objetiva del asunto, el comportamiento de las partes, y la diligencia del juez o tribunal. Pues bien, en el presente caso hubo largos períodos de inactividad de los interesados en la ejecución, los cuales además estaban divididos entre sí. Ello muestra que las dilaciones no fueron ajenas al comportamiento de esa parte, que no puede pretender ahora ser indemnizada por un retraso que ella misma contribuyó a ocasionar.”.

4319/05

033

## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Sala Segunda (Recurso de Amparo): Sentencia de 12/01/2009 (STC. 2/2009)

Ponente: Excma. Sra. Dña. María Emilia Casas Baamonde

### Síntesis

Vulneración del DERECHO A LA LIBERTAD SINDICAL: despido de un delegado de personal, tras una reestructuración empresarial, no justificado; indicios y nulidad del despido.

### Fundamentos de Derecho y Doctrina:

“1. Según se ha expuesto en los antecedentes se considera que la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, de 28 de abril de 2005, que estimó parcialmente los recursos de suplicación interpuestos por H Motors, S.A., y K Motors, S.L., contra la Sentencia del Juzgado de lo Social que había declarado nulo el despido del demandante de amparo por apreciar indicios suficientes de la persecución sindical denunciada, ha vulnerado el derecho a la libertad sindical del recurrente (art. 28.1 CE) en relación con el art. 24.1 CE.

Por su parte la representación de H Motors, S.A., y K Motors, S.L., tras poner de manifiesto la concurrencia de óbices procesales que determinarían la inadmisión del recurso de amparo, defiende la conformidad del despido a lo dispuesto en el art. 55.4 de la Ley del estatuto de los trabajadores (LET) y la existencia de causas objetivas y razonables que impiden apreciar una represalia de la empresa fundada en la condición de representante sindical del trabajador. El Fiscal ante el Tribunal Constitucional comparte los argumentos del demandante de amparo y considera que existe un panorama indiciario suficiente sobre la motivación antisindical del despido y, en definitiva, solicita el otorgamiento del amparo.

2. Antes de entrar en el análisis de la cuestión de fondo planteada es preciso pronunciarse sobre la concurrencia del óbice procesal alegado por la representación procesal de las empresas demandadas en el proceso a quo, consistente en la falta de agotamiento de la vía judicial previa por la falta de interposición del recurso de casación para la unificación de la doctrina contra la Sentencia de suplicación. Respecto de esta cuestión hemos afirmado ya en numerosas ocasiones, entre ellas en nuestra reciente STC 183/2007, de 10 de septiembre, que “la especial naturaleza de dicho recurso, condicionado legalmente a la concurrencia de rígidos requisitos de admisión sobre identidad y contradicción, determina que su interposición no resulte siempre preceptiva para dar por agotada la vía judicial, siendo únicamente exigible, a los efectos de la subsidiariedad del amparo, cuando no quepa duda respecto de su procedencia. Además se ha destacado que corresponde a quien pretende hacer valer su no interposición como motivo de inadmisibilidad acreditar la posibilidad de recurrir a esta extraordinaria vía en el supuesto concreto (por todas, SSTC 153/2004, de 20 de septiembre, FJ 2; 192/2006, de 19 de junio, FJ 2; 227/2006, de 17 de julio, FJ 2; y 17/2007, de 12 de febrero, FJ 2)”. En este caso la parte que alega la falta de agotamiento de la vía judicial en modo alguno ha acreditado la posibilidad de la interposición de ese recurso extraordinario, ya que se ha limitado a dar por sentada su viabilidad a partir de la sola interpretación de los arts. 216 y ss de la Ley de procedimiento laboral (LPL). En consecuencia, no habiéndose justificado la procedencia del recurso de casación para la unificación de doctrina en el supuesto concreto, su falta de interposición no puede suponer, tal y como se pretende, la inadmisión de la demanda de amparo por falta de agotamiento de la vía previa.

Por lo que respecta a la falta de agotamiento de la vía judicial previa por falta de interposición del incidente de nulidad de actuaciones, que las empresas ya citadas alegan en relación con la queja subsidiaria de la demanda de amparo (por incongruencia y error patente de la Sentencia impugnada), no tiene acogida en este momento, pues, al haberse formulado con carácter subsidiario, su análisis sólo procederá en el caso de desestimarse la petición principal o cuestión de fondo realmente planteada en este amparo, cual es la vulneración del derecho a la libertad sindical.

3. Situados, así, los términos del debate constitucional suscitado, y centrándonos en la vulneración del derecho a la libertad sindical (art. 28.1 CE), conviene recordar que, ya desde la STC 38/1981, de 23 de noviembre, hemos reconocido la necesidad de articular garantías a fin de preservar de cualquier injerencia u obstáculo el ejercicio de la libertad sindical. Entre ellas figura la garantía de indemnidad, que integra el derecho del trabajador a no sufrir, por razón de su afiliación o actividad sindical, menoscabo alguno en su situación profesional o económica en la empresa; menoscabo que se produce si el desempeño legítimo de la actividad sindical tiene consecuencias negativas para quien la realiza (entre otras muchas, SSTC 137/2008, de 27 de octubre, FJ 2; 200/2007, de 24 de septiembre, FJ 2; 257/2007, de 17 de diciembre, FJ 2; 183/2007, de 10 de septiembre, FJ 4; 168/2006, de 5 de junio, FJ 4; y 17/2005, de 1 de febrero, FJ 2).

Para la determinación de si la medida acordada por la empresa, en este caso el despido, responde a una motivación discriminatoria vulneradora del derecho a la libertad sindical, es preciso partir, una vez más, de la doctrina sentada por este Tribunal acerca de la importancia que tiene la regla de la distribución de la carga de la prueba en orden a garantizar este derecho frente a posibles actuaciones empresariales que puedan lesionarlo. En efecto, la necesidad de garantizar que los derechos fundamentales del trabajador no sean desconocidos por el empresario bajo la cobertura formal del ejercicio por parte de éste de los derechos y facultades reconocidos por las normas laborales pasa por considerar la especial dificultad que ofrece la operación de desvelar, en los procedimientos judiciales correspondientes, la lesión constitucional encubierta tras la legalidad sólo aparente del acto empresarial, necesidad tanto más fuerte cuanto mayor es el margen de discrecionalidad con que operan las facultades organizativas y disciplinarias del empleador (por todas, STC 183/2007, de 10 de septiembre, FJ 4, y 168/2006, de 5 de junio, FJ 4).

Por esta razón hemos señalado reiteradamente la necesidad de que el trabajador aporte un indicio razonable de que el acto empresarial lesiona su derecho fundamental, principio de prueba dirigido a poner de manifiesto, en su caso, el motivo oculto de aquél; un indicio que no consiste en la mera alegación de la vulneración constitucional, sino que debe permitir deducir la posibilidad de que aquélla se haya producido. Sólo una vez cubierto este primer e inexcusable presupuesto puede hacerse recaer sobre la parte demandada la carga de probar que su actuación tiene causas reales absolutamente extrañas a la pretendida vulneración de derechos fundamentales, así como que aquéllas tuvieron entidad suficiente para adoptar la decisión, único medio de destruir la apariencia lesiva creada por los indicios. Se trata de una auténtica carga probatoria y no de un mero intento de negar la vulneración de derechos fundamentales, lo que dejaría inoperante la finalidad de la prueba indiciaria. La ausencia de prueba trasciende así el ámbito puramente procesal y determina que los indicios aportados por el demandante desplieguen toda su operatividad para declarar la lesión del derecho fundamental (por todas, STC 168/2006, de 5 de junio, FJ 4).

En definitiva, el demandante que invoca la regla de inversión de la carga de la prueba debe desarrollar una actividad alegatoria suficientemente precisa y concreta en torno a los indicios de la existencia de discriminación. Alcanzado, en su caso, el anterior resultado probatorio, sobre la parte demandada recaerá la carga de probar la existencia de causas suficientes, reales y serias, para calificar de razonable y ajena a todo propósito lesivo del derecho fundamental la decisión o práctica empresarial cuestionada, único medio de destruir la apariencia lesiva creada por tales indicios (SSTC 183/2007, de 10 de septiembre, FJ 4; 168/2006, de 10

de noviembre, FJ 4; 17/2005, de 1 de febrero, FJ 3; 74/1998, de 31 de marzo, FJ 2; y 29/2002, de 11 de febrero, FJ 3, por todas).

4. De conformidad con lo anterior, y en los términos enunciados, nos corresponde analizar si, en el presente caso, el demandante de amparo acreditó en el proceso judicial la existencia de un panorama indiciario del que surja, de modo razonable, la fundada sospecha de una conducta empresarial de represalia derivada del ejercicio, por parte del trabajador, de sus funciones sindicales.

Es preciso recordar, en tal sentido, lo que ya se expuso con detalle en los antecedentes de esta Sentencia. De los hechos apuntados en la demanda de amparo, que cuentan con el respaldo fáctico de las resoluciones judiciales, que no ha sido discutido en ningún momento por las propias empresas demandadas en el proceso a quo, resulta que, en un corto periodo de tiempo, e inmediatamente después de su nombramiento como delegado de personal, el demandante de amparo fue objeto de sucesivas sanciones (que, posteriormente, fueron conciliadas judicialmente por improcedentes), así como de una imposición arbitraria de vacaciones (que fue impugnada por el recurrente en ejercicio de sus funciones sindicales obteniendo una Sentencia favorable). Asimismo, y como consecuencia de la subrogación de la plantilla de H Motors, S.A., en la empresa K Motors, S.L., fue aislado del resto de sus compañeros de trabajo, revocándose posteriormente su cargo de representante en una asamblea, que no presidió, convocada únicamente por los cuatro trabajadores que quedaban en la plantilla de Hondy Motors, S.A (tres de ellos vinculados a la dirección de la empresa). Finalmente fue despedido por pretendidas razones de reducción de plantilla, así como por falta de puntualidad y asistencia.

Pues bien, estos datos, a los que debe añadirse que la empresa ha reconocido en todo momento la improcedencia, no sólo de las sanciones que impuso en su momento, sino también la del despido cuestionado en el proceso a quo (lo que supone la inexistencia de causa real del mismo) conforman, de forma evidente, la existencia de un panorama indiciario suficiente como para que opere la inversión de la carga de la prueba a que aludíamos.

5. Afirmado este indicio probatorio, cuya carga incumbe al recurrente, es necesario ahora determinar, desde la perspectiva del derecho a la libertad sindical, si las razones esgrimidas por la parte demandada en el proceso a quo resultan suficientes para desvirtuar la prueba indiciaria presentada y acreditar que el despido tuvo “causas reales absolutamente extrañas a la pretendida vulneración de derechos fundamentales, así como que aquéllas tuvieron entidad suficiente para adoptar la decisión, único medio de destruir la apariencia lesiva creada por los indicios” (por todas, SSTC 326/2005, de 12 de diciembre, FJ 6; y 138/2006, de 8 de mayo, FJ 7).

Así, tal y como consta en autos, en el proceso judicial, al igual que en las alegaciones que se realizan en el presente recurso de amparo, las empresas demandadas en el proceso a quo han realizado una serie de alegaciones carentes de la fundamentación constitucionalmente exigible para desvirtuar la prueba indiciaria. En efecto, la mera negación de la motivación antisindical de las medidas no basta para desvirtuar los hechos probados, sobre todo teniendo en cuenta que las demandadas no han intentado en ningún momento probar la realidad de la existencia de causas objetivas que fundamenten el despido, o su derivación de la propia naturaleza del trabajo o la concurrencia de un interés empresarial concreto. En este sentido el pretendido intento de demostrar la situación deficitaria de la empresa H Motors, S.A., no puede enervar los indicios aportados, sobre todo cuando ha quedado probado, en ambas instancias judiciales, que existía unidad de empresa y que el recurrente en amparo, aun adscrito a una de ellas, trabajaba de forma indiferente para las dos empresas que compartían objeto y sede social. En definitiva, en este caso la parte demandada, ni ha acreditado la concurrencia de la causa legal expresada en la carta de despido, ni que los incumplimientos del recurrente en amparo fueran de la entidad y gravedad suficientes para justificar la decisión extintiva ni, finalmente, que dicha decisión sea ajena a la persecución sindical denunciada (por todas, STC 168/2006, de 5 de junio, FJ 7), por lo que no ha aportado, como le correspondía, los elementos de prueba que permitan explicar de forma objetiva, razonable y proporcionada su decisión, eliminando la inicial sospecha de que ésta pudiera constituir una represalia al ejercicio de la libertad sindical del trabajador.

En tales condiciones la falta de prueba trasciende el ámbito puramente procesal y determina, en último término, que los indicios aportados por el demandante desplieguen toda su operatividad para declarar la lesión del propio derecho fundamental invocado. Sin embargo, en este caso, la Sentencia de duplicación entiende que los elementos aportados por el demandante son consecuencia de la normal relación laboral entre las partes y no derivan de la condición de representante sindical del recurrente, dando por sentada la veracidad de las alegaciones de la parte demandada y aplicando, por tanto, incorrectamente la doctrina constitucional en materia de prueba indiciaria.

En definitiva, y dado que en los supuestos en los que está en juego un derecho sustantivo nuestro análisis debe comprender, no sólo la razonabilidad de la decisión judicial impugnada, sino, sobre todo, si se ha realizado una correcta ponderación del derecho fundamental alegado (por todas, STC 3/2007, de 15 de enero, FJ 4) cuya protección requería, en este caso, la aplicación de la especial regla de distribución de la prueba perfilada de forma reiterada en resoluciones de este Tribunal, debemos concluir que, al no haberlo hecho así, la Sentencia de la Sala Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía ha vulnerado, al no ampararlo, el derecho a la libertad sindical del recurrente (art. 28.1 CE), en su vertiente de garantía de indemnidad, por lo que resulta procedente otorgar el amparo solicitado. Debe reconocerse, por tanto, el derecho del demandante a su libertad sindical anulando la Sentencia recurrida y, asimismo, para restablecer al demandante en la integridad de su derecho, basta declarar la firmeza de la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 3 de Sevilla, de 10 de mayo de 2004, que declaró nulo el despido del actor condenando a las demandadas a la readmisión del actor en su puesto de trabajo.”.

**TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

Sala Primera (Recurso de Amparo): Sentencia de 23/02/2009 (STC. 48/2009)

Ponente: Excm. Sra. Dña. María Emilia Casas Baamonde

**Síntesis**

**DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA (acceso a la justicia).** Supuesta vulneración del derecho: falta de legitimación activa del trabajador víctima de un accidente laboral para obtener en vía judicial que la Administración sancione a la empresa.

**Fundamentos de Derecho y Doctrina:**

"1. El objeto del presente recurso es determinar si las resoluciones impugnadas, en la medida en que apreciaron la concurrencia del óbice procesal de falta de legitimación activa del recurrente, ha vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), desde la perspectiva del derecho de acceso a la jurisdicción.

Previamente debe descartarse que concurra la causa de inadmisión planteada por la Xunta de Galicia por no haberse justificado su especial trascendencia constitucional, como exige el art. 49.1 LOTC, en la redacción dada al mismo por la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, toda vez que, como ya ha reiterado este Tribunal (por todas, STC 146/2008, de 10 de noviembre, FJ 2), dicho requisito sólo resulta lógicamente exigible respecto de demandas presentadas con posterioridad a la entrada en vigor de la citada Ley Orgánica 6/2007, lo que no es el caso.

2. Entrando en el análisis de la invocación del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), este Tribunal ha reiterado que es un elemento esencial de este derecho obtener del órgano judicial una resolución sobre el fondo de las pretensiones, derecho que también se satisface con una decisión de inadmisión que impida entrar en el fondo de la cuestión planteada cuando dicha decisión se fundamente en la existencia de una causa legal que resulte aplicada razonablemente. Asimismo se ha resaltado que el control constitucional de las decisiones de inadmisión "ha de verificarse de forma especialmente intensa, dada la vigencia en estos casos del principio pro actione, principio de obligada observancia por los Jueces y Tribunales, que impide que interpretaciones y aplicaciones de los requisitos establecidos legalmente para acceder al proceso obstaculicen injustificadamente el derecho a que un órgano judicial conozca o resuelva en Derecho sobre la pretensión a él sometida" (STC 327/2006, de 20 de noviembre, FJ 3). Además, en lo referido a la decisión de inadmisión por carencia de legitimación activa, este Tribunal ha destacado que al conceder el art. 24.1 CE el derecho a la tutela judicial efectiva a todas las personas que son titulares de derechos e intereses legítimos, está imponiendo a los órganos judiciales la obligación de interpretar con amplitud las fórmulas que las leyes procesales utilicen al atribuir legitimación activa para acceder a los procesos judiciales, resultando censurables aquellas apreciaciones judiciales de falta de legitimación que carezcan de base legal o supongan una interpretación arbitraria, irrazonable o excesivamente restrictiva de la disposición legal aplicable al caso contraria a la efectividad del derecho fundamental (por todas, STC 85/2008, de 21 de julio, FJ 4).

Más en concreto, por lo que se refiere a los casos, como es el presente, de impugnación judicial de resoluciones administrativas recaídas en procedimientos sancionadores de la normativa de prevención de riesgos laborales, este Tribunal sólo ha reconocido un eventual interés legítimo para intervenir en el proceso contencioso-administrativo a terceros distintos de las personas contra los que se hubiera dirigido el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración, cuando la infracción controvertida hubiera dado lugar a un accidente laboral y el pronunciamiento judicial que recayera sobre la existencia o no de una infracción de la normativa de seguridad laboral estuviera llamado a producir, respecto del trabajador lesionado, "la vinculación a que se refiere la STC 182/1994, de 20 de junio, FJ 3, sin alternativa a un enjuiciamiento prejudicial diferente, de modo que la suerte del derecho del trabajador quedaría decidida en el proceso contencioso-administrativo, en el que su interés no puede quedar ayuno de la posible defensa" (STC 143/2000, de 29 de mayo, FJ 4).

En efecto, en la STC 143/2000, tan reiteradamente alegada por el recurrente, este Tribunal reconoció a un trabajador lesionado en un accidente laboral interés legítimo para intervenir en un procedimiento contencioso-administrativo de impugnación del procedimiento administrativo sancionador en que se ventiló la responsabilidad del empresario. Ahora bien, es preciso destacar que el supuesto que se planteaba en dicho pronunciamiento era la falta de emplazamiento del trabajador en el procedimiento contencioso-administrativo incoado con motivo de la impugnación por la empresa de la decisión de sancionarla por infracción de la normativa de seguridad laboral. Y, en ese caso, teniendo en cuenta, por una parte, el art. 123 de la Ley general de la Seguridad Social, cuyo texto refundido fue aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio y, por otra, el art. 42.5 de la Ley sobre infracciones y sanciones en el orden social, cuyo texto refundido fue aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, lo determinante para considerar que existía un interés legítimo del trabajador en el resultado del ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración radicaba en que, siendo ineludible para el órgano judicial contencioso-administrativo pronunciarse sobre la existencia de una infracción de la normativa laboral de seguridad, como consecuencia de la impugnación planteada por la propia empresa sancionada, no podía dejarse al trabajador al margen de dicho pronunciamiento, a la vista del efecto prejudicial que produciría en un eventual proceso laboral en materia de recargos de prestaciones.

3. El supuesto ahora enjuiciado es cualitativamente distinto. En el presente caso, como ha sido expuesto con más detenimiento en los antecedentes, ha quedado acreditado, en primer lugar, que el recurrente sufrió un accidente en su lugar de trabajo, del que se derivó una propuesta de sanción de la Inspección de Trabajo por infracción de la normativa de seguridad, que dio lugar a la apertura de un procedimiento sancionador finalmente archivado al considerarse que no concurría infracción alguna. Y, en segundo lugar, que el recurrente, en pretensión de que se revisara judicialmente esta decisión de archivo y de que se impusiera una sanción a la empresa, interpuso una demanda contencioso-administrativa que fue inadmitida por las Sentencias ahora impugnadas en amparo al negarle legitimación activa, destacando que no podía derivarse un interés legítimo de las eventuales acciones indemnizatorias y de recargo de prestaciones que pudiera emprender contra la empresa, ya que la posibilidad de su ejercicio no se veía perjudicada por la decisión administrativa de archivo.

Pues bien, como también ha señalado el Ministerio Fiscal, no cabe apreciar la vulneración aducida del art. 24.1 CE, puesto que, en defecto de una previsión legal que habilite a quien se considere víctima de la infracción administrativa cometida por un tercero para impugnar la decisión que en el ejercicio exclusivo de su potestad sancionadora adopte la Administración, la argumentación vertida en las resoluciones impugnadas para negar legitimación activa al recurrente no supone un entendimiento rigorista ni desproporcionado de la exigencia, prevista en el art. 19.1 a) de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa (LJCA), de que concurra un interés legítimo como requisito ineludible para tener legitimación en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

En efecto, partiendo de la base de que el recurrente no niega que, con carácter general, sólo tienen interés legítimo para impugnar judicialmente las decisiones administrativa recaídas en los expedientes sancionadores aquellas personas contra las que se dirija el ejercicio de la potestad sancionadora, no cabe desconocer que, tal como se argumenta en las resoluciones impugnadas, la decisión de archivo adoptada por la Administración, a diferencia de lo que sucedía en el caso de la STC 143/2000, de 29 de mayo, carecía de una incidencia directa en la esfera de intereses legítimos del recurrente que le dotare de legitimación activa para su impugnación en vía judicial. Por un lado, el recurrente no se veía impedido de acudir a los Tribunales civiles para obtener de la empresa una indemnización por los daños causados o a los Tribunales del orden social en pretensión de que dicha empresa abonare el pago del recargo de prestaciones económicas previstas para los casos de accidente de trabajo. Por otro, la decisión de archivo del expediente sancionador tampoco despliega, por ser un mero pronunciamiento administrativo, ningún tipo de efecto prejudicial sobre los órganos judiciales civiles o sociales que deben pronunciarse sobre el ejercicio de dichas acciones, quienes mantienen su plenitud de jurisdicción para decidir en cada caso, al margen de lo concluido por la Administración, sobre la existencia de una infracción de la normativa de seguridad laboral a los efectos de la concreta acción ejercitada.

En definitiva, lo que el actor pretendía con su acción era la imposición de una sanción administrativa, el ejercicio de una potestad exclusiva de la Administración. La decisión judicial de inadmitir la demanda por falta de legitimación activa al carecer de interés legítimo resultó de la aplicación de una norma legal que no prevé la intervención del sujeto pasivo de la infracción y que fue interpretada sin incurrir en ningún defecto de motivación con relevancia constitucional.

**C-350/06 y C-520/06****035**

## TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS

Gran Sala: Sentencia de 20 de enero de 2009

Ponente: Sr. E. Levits

### Síntesis

Condiciones de trabajo – Ordenación del tiempo de trabajo – Directiva 2003/88/CE – Derecho a vacaciones anuales retribuidas – Licencia por enfermedad – Vacaciones anuales que coinciden con una licencia por enfermedad – Compensación económica en concepto de vacaciones anuales retribuidas que, por razones de enfermedad, no se disfrutaron antes de que finalizara el contrato»

### Fundamentos de Derecho y Doctrina:

#### Sentencia

- 1 Las peticiones de decisión prejudicial tienen por objeto la interpretación de la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo (DO L 299, p. 9).
- 2 Dichas peticiones se presentaron en el marco de dos litigios, el primero de ellos entre el Sr. Schultz-Hoff y su antiguo empresario, a saber, Deutsche Rentenversicherung Bund (en lo sucesivo, «DRB»), y el segundo entre varios trabajadores – algunos de los cuales habían sido despedidos– y su empresario o antiguo empresario, a saber, Her Majesty's Revenue and Customs, en relación con la cuestión de si un trabajador en situación de baja por enfermedad tiene derecho a vacaciones anuales retribuidas durante dicha baja por enfermedad y, en caso afirmativo, en qué medida un trabajador en situación de

baja por enfermedad durante la totalidad o parte del período de devengo de las vacaciones anuales y/o del período de prórroga tiene derecho a una compensación económica en concepto de vacaciones anuales retribuidas aún no disfrutadas en el momento en que finalizó la relación laboral.

### Marco jurídico

3 El artículo 1 de la Directiva 2003/88 dispone lo siguiente:

«Objeto y ámbito de aplicación

1. La presente Directiva establece las disposiciones mínimas de seguridad y salud en materia de ordenación del tiempo de trabajo.

2. La presente Directiva se aplicará:

a) a los períodos mínimos [...] de vacaciones anuales [...]

[...].»

4 El artículo 7 de la misma Directiva está redactado de la siguiente manera:

«Vacaciones anuales

1. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que todos los trabajadores dispongan de un período de al menos cuatro semanas de vacaciones anuales retribuidas, de conformidad con las condiciones de obtención y concesión establecidas en las legislaciones y/o prácticas nacionales.

2. El período mínimo de vacaciones anuales retribuidas no podrá ser sustituido por una compensación financiera, excepto en caso de conclusión de la relación laboral.»

5 El artículo 17 de la Directiva 2003/88 prevé que los Estados miembros podrán establecer excepciones a lo dispuesto en determinados artículos de dicha Directiva. No se admite excepción alguna en lo que atañe al artículo 7 de la misma.

### Litigios principales y cuestiones prejudiciales

*Asunto C-520/06*

6 Los demandantes en el litigio principal pueden incluirse en dos categorías.

7 La primera de ellas es la un trabajador que no acude a su trabajo desde hace meses por encontrarse en situación de baja por enfermedad de duración indeterminada. En el transcurso de la referida baja por enfermedad, comunica al empresario su intención de disfrutar varios días de sus vacaciones anuales retribuidas dentro del plazo de dos meses posterior a la solicitud.

8 Los trabajadores que forman parte de la segunda categoría se encontraban, antes de su despido, en situación de baja por enfermedad de larga duración. Al no haber disfrutado las vacaciones anuales retribuidas durante el período de devengo de las mismas –único período en el que, según el Derecho británico, pueden disfrutarse tales vacaciones–, reclamaron una compensación económica.

9 Los trabajadores incluidos en las dos categorías mencionadas consiguieron que el Employment Tribunal estimara sus pretensiones. El Employment Appeal Tribunal desestimó los recursos de apelación del empresario, pero autorizó la interposición de un recurso ante la Court of Appeal (England & Wales) (Civil Division), la cual estimó las pretensiones del empresario.

10 Los recurrentes en el litigio principal interpusieron recurso de casación ante la House of Lords, que decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

«1) El artículo 7, apartado 1, de la Directiva 2003/88[...], ¿significa que un trabajador en situación de baja indefinida por enfermedad tiene derecho, durante un período que, de no corresponder a vacaciones, sería de baja por

enfermedad: i) a designar un período de tiempo futuro como vacaciones anuales retribuidas, y ii) a disfrutar de vacaciones anuales retribuidas?

- 2) Si un Estado miembro ejerce su facultad discrecional de sustituir el período mínimo de vacaciones anuales retribuidas por una compensación financiera cuando tiene lugar la conclusión de la relación laboral, conforme al artículo 7, apartado 2, de la Directiva 2003/88[...], en el supuesto de que un trabajador haya permanecido en baja por enfermedad durante todo o parte del año al que corresponden las vacaciones y en el que concluye la relación laboral, ¿impone el artículo 7, apartado 2, de dicha Directiva algún requisito o establece algún criterio con respecto a si debe satisfacerse la citada compensación, o cómo ha de calcularse ésta?»

*Asunto C-350/06*

- 11 El Sr. Schultz-Hoff, demandante en el litigio principal, estuvo empleado en DRB desde el 1 de abril de 1971. A partir del año 1995, el Sr. Schultz-Hoff, reconocido como persona con discapacidad grave, atravesó alternativamente períodos de incapacidad laboral por enfermedad y períodos de aptitud para el trabajo. En 2004, estuvo físicamente apto para trabajar hasta comienzos del mes de septiembre. Posteriormente estuvo ininterrumpidamente en situación de baja por enfermedad hasta el 30 de septiembre de 2005, fecha en la que finalizó su relación laboral.
- 12 Mediante escrito de 13 de mayo de 2005, el Sr. Schultz-Hoff solicitó a DRB que, a partir del 1 de junio de 2005, se le concedieran las vacaciones retribuidas correspondientes al año 2004. El 25 de mayo de 2005, la solicitud fue denegada por estimarse que el servicio médico competente tenía que declarar previamente la aptitud del interesado para trabajar. En septiembre de 2005, DRB constató la incapacidad laboral del Sr. Schultz-Hoff y, en tanto que entidad competente en materia de seguro de vejez, le reconoció el derecho a una pensión definitiva, con efecto retroactivo a 1 de marzo de 2005.
- 13 El Sr. Schultz-Hoff presentó ante el Arbeitsgericht Düsseldorf una demanda para obtener una compensación económica en concepto de vacaciones anuales retribuidas no disfrutadas correspondientes a los años 2004 y 2005, períodos de devengo de tales vacaciones.
- 14 DRB sostiene que la incapacidad laboral del interesado persiste en el momento presente, es decir, cuando ya ha finalizado el período de posible prórroga del disfrute de las vacaciones anuales que, con arreglo al artículo 7, apartado 3, de la Bundesurlaubsgesetz (Ley federal sobre vacaciones) de 8 de enero de 1963, en su versión aplicable al litigio principal, se concede a todo trabajador que no haya podido disfrutar tales vacaciones durante el período de devengo de las mismas por razones urgentes relacionadas con la empresa o con la persona del trabajador. Por consiguiente, concluye DRB, según el Derecho alemán ya se han extinguido los derechos a vacaciones anuales retribuidas objeto de controversia y el Sr. Schultz-Hoff no tiene derecho a compensación económica alguna en concepto de vacaciones anuales retribuidas no disfrutadas.
- 15 El Arbeitsgericht Düsseldorf desestimó la demanda del Sr. Schultz-Hoff y éste interpuso recurso de apelación ante el Landesarbeitsgericht Düsseldorf.
- 16 El órgano jurisdiccional remitente expone que, en virtud de las disposiciones nacionales pertinentes, tal como las ha interpretado el Bundesarbeitsgericht, el derecho del trabajador a una compensación económica en concepto de vacaciones anuales retribuidas no disfrutadas caduca al término del año civil de que se trate y, a más tardar, al término de un período de prórroga cuya duración será de tres meses, salvo que mediante convenio colectivo se haya establecido alguna excepción en favor del trabajador. Si el trabajador permanece en situación de incapacidad laboral hasta el final de dicho período de prórroga, no existirá obligación de compensar económicamente, al finalizar la relación laboral, las vacaciones anuales retribuidas no disfrutadas.
- 17 Al albergar dudas de que el artículo 7 de la Directiva 2003/88 permita la mencionada jurisprudencia del Bundesarbeitsgericht, el Landesarbeitsgericht Düsseldorf decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:
- «1) ¿Debe entenderse el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 2003/88/CE [...] en el sentido de que los trabajadores tienen que disponer en cualquier caso de un período de al menos cuatro semanas de vacaciones anuales retribuidas y que, en particular, deben concederse vacaciones en un momento posterior cuando el trabajador no haya disfrutado de ellas por enfermedad en el período anual de su devengo, o puede disponerse en la legislación nacional y/o en las prácticas nacionales que el derecho a vacaciones anuales retribuidas se extingue cuando los trabajadores sufran, durante el período anual de devengo anterior a la concesión de vacaciones, una enfermedad que les impida trabajar y no recuperen su capacidad laboral antes de transcurrir dicho período de devengo o el período máximo de prórroga de su disfrute establecido por ley, en el convenio colectivo o en el contrato de trabajo?

2) ¿Debe entenderse el artículo 7, apartado 2, de la Directiva 2003/88[...] en el sentido de que, en el supuesto de extinguirse la relación laboral, los trabajadores tienen en cualquier caso derecho a una compensación económica para sustituir el derecho a vacaciones devengadas y no disfrutadas o puede establecerse en la legislación nacional y/o en las prácticas nacionales que los trabajadores no tienen derecho a compensación sustitutoria cuando al término del período anual de devengo o del período máximo de prórroga posterior sufran una enfermedad que les impida trabajar, o cuando, tras extinguirse la relación laboral, perciban una pensión de invalidez?

3) Para el caso de responder afirmativamente a las cuestiones primera y segunda:

¿Debe entenderse el artículo 7 de la Directiva 2003/88[...] en el sentido de que el derecho a vacaciones anuales o a compensación económica depende de que el trabajador haya trabajado efectivamente durante el período anual de su devengo, o existe el derecho también en el caso de ausencias justificadas (por enfermedad) o injustificadas a lo largo del período anual de devengo?»

18 Habida cuenta de la conexión entre los dos asuntos principales, confirmada en la vista, procede acordar su acumulación a efectos de la sentencia.

### Sobre las cuestiones prejudiciales

19 Con carácter liminar, procede señalar que la duración de las bajas por enfermedad discutidas en los litigios principales no ha sido mayor que la duración de los períodos de devengo aplicables, en materia de vacaciones anuales retribuidas, según el Derecho nacional respectivo en cada uno de dichos litigios.

*Sobre el derecho a disfrutar las vacaciones anuales retribuidas durante un período que coincida con una baja por enfermedad*

20 Mediante la primera cuestión planteada en el asunto C-520/06, el órgano jurisdiccional remitente pide en lo sustancial que se dilucide si el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 2003/88 debe interpretarse en el sentido de que se opone a disposiciones o prácticas nacionales que establezcan que los trabajadores no tendrán derecho a disfrutar las vacaciones anuales retribuidas durante un período que coincida con una baja por enfermedad.

21 Todos los Gobiernos y la Comisión de las Comunidades Europeas estiman en sus observaciones que dicha cuestión debe recibir una respuesta negativa.

22 Según reiterada jurisprudencia, el derecho de todo trabajador a disfrutar de vacaciones anuales retribuidas debe considerarse un principio del Derecho social comunitario de especial importancia, respecto al cual no pueden establecerse excepciones y cuya aplicación por parte de las autoridades nacionales competentes únicamente puede efectuarse respetando los límites establecidos expresamente por la propia Directiva 93/104/CE del Consejo, de 23 de noviembre de 1993, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo (DO L 307, p. 18) (véanse las sentencias de 26 de junio de 2001, BECTU, C-173/99, Rec. p. I-4881, apartado 43; de 18 de marzo de 2004, Merino Gómez, C-342/01, Rec. p. I-2605, apartado 29, y de 16 de marzo de 2006, Robinson-Steele y otros, C-131/04 y C-257/04, Rec. p. I-2531, apartado 48).

23 El trabajador deberá normalmente poder disfrutar de un descanso efectivo, en aras de una protección eficaz de su seguridad y de su salud, ya que sólo en caso de que concluya la relación laboral su artículo 7, apartado 2, de la Directiva 2003/88 permite que el derecho a vacaciones anuales retribuidas sea sustituido por una compensación económica (en este sentido, véanse las sentencias, antes citadas, BECTU, apartado 44, y Merino Gómez, apartado 30).

24 Por otra parte, el artículo 7 de la Directiva 2003/88 no figura entre las disposiciones en relación con las cuales dicha Directiva permite expresamente que se establezcan excepciones.

25 Es pacífico que la finalidad del derecho a vacaciones anuales retribuidas no es otra que permitir que los trabajadores descansen y dispongan de un período de ocio y esparcimiento. Tal finalidad difiere por esta razón de la finalidad del derecho a licencia por enfermedad. Este último derecho se reconoce a los trabajadores con el fin de que puedan recuperarse de una enfermedad.

26 El Tribunal de Justicia ya ha declarado que un permiso garantizado por el Derecho comunitario no puede menoscabar el derecho a disfrutar de otro permiso garantizado por ese mismo Derecho (véanse las sentencias Merino Gómez, antes citada, apartados 32 y 33; de 14 de abril de 2005, Comisión/Luxemburgo, C-519/03, Rec. p. I-3067, apartado 33, y de 20 de septiembre de 2007, Kiiski, C-116/06, Rec. p. I-7643, apartado 56). En la sentencia Merino Gómez en particular, el Tribunal de Justicia declaró que el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/104 debe interpretarse en el sentido de que,

en caso de coincidencia entre las fechas de un permiso de maternidad de una trabajadora y las de las vacaciones anuales fijadas con carácter general mediante convenio colectivo para la totalidad de la plantilla, no pueden considerarse cumplidas las exigencias de la Directiva relativas a las vacaciones anuales retribuidas.

- 27 No obstante, a diferencia de los derechos a permiso de maternidad o a permiso parental sobre los que versa la jurisprudencia citada en el apartado anterior, el derecho a licencia por enfermedad y las modalidades de su ejercicio no se rigen por el Derecho comunitario en el estado actual de desarrollo de este Derecho. Además, la interpretación del artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/104 en el asunto que dio lugar a la sentencia Merino Gómez, antes citada, venía exigida, habida cuenta de las restantes Directivas comunitarias aplicables en aquel asunto, por la necesidad de garantizar los derechos derivados del contrato de trabajo en el supuesto de una trabajadora con permiso de maternidad.
- 28 En lo que atañe al derecho a vacaciones anuales retribuidas, tal como resulta de los términos de la Directiva 2003/88 y de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, corresponde a los Estados miembros establecer, en su normativa interna, los requisitos para el ejercicio y la aplicación del mencionado derecho, precisando las circunstancias concretas en las que los trabajadores pueden hacer uso del mismo, sin poder supeditar, no obstante, a ningún tipo de requisito la propia constitución de este derecho, que se deriva directamente de la citada Directiva 93/104 (véase, en este sentido, la sentencia BECTU, antes citada, apartado 53).
- 29 En tales circunstancias, de lo anterior se deduce, por un lado, que el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 2003/88 no se opone, en principio, a las disposiciones o prácticas nacionales según las cuales un trabajador en situación de baja por enfermedad no tiene derecho a disfrutar las vacaciones anuales retribuidas durante un período que coincida con su baja por enfermedad, siempre que dicho trabajador tenga, no obstante, la posibilidad de ejercitar en un período distinto el derecho que le confiere la citada Directiva.
- 30 En efecto, según se desprende de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, si bien el efecto positivo de las vacaciones anuales retribuidas para la seguridad y la salud del trabajador se despliega plenamente cuando se disfrutan en el año previsto, es decir, durante el año en curso, ese tiempo de reposo no pierde interés a este respecto si se disfruta en un período posterior (sentencia de 6 de abril de 2006, Federatie Nederlandse Vakbeweging, C-124/05, Rec. p. I-3423, apartado 30).
- 31 Por otro lado, la Directiva 2003/88 tampoco se opone a disposiciones o prácticas nacionales que permitan que un trabajador en situación de baja por enfermedad disfrute durante este período las vacaciones anuales retribuidas.
- 32 A la vista de cuanto antecede, procede responder a la primera cuestión planteada en el asunto C-520/06 que el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 2003/88 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a disposiciones o prácticas nacionales según las cuales un trabajador en situación de baja por enfermedad no tiene derecho a disfrutar las vacaciones anuales retribuidas durante un período que coincida con su baja por enfermedad.

*Sobre el derecho a vacaciones anuales retribuidas en el supuesto de baja por enfermedad durante la totalidad o parte del período de devengo de las vacaciones anuales, cuando la incapacidad laboral perdure al finalizar dicho período y/o el período de prórroga fijado por el Derecho nacional*

- 33 Mediante la primera cuestión planteada en el asunto C-350/06 y, con carácter subsidiario, mediante la tercera cuestión –en la medida en que ésta se refiere al derecho a vacaciones y no a la compensación económica de las vacaciones anuales retribuidas no disfrutadas–, el órgano jurisdiccional remitente pide en lo sustancial que se dilucide si el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 2003/88 debe interpretarse en el sentido de que se opone a disposiciones o prácticas nacionales según las cuales el derecho a vacaciones anuales retribuidas se extingue al finalizar el período de devengo de las mismas y/o el período de prórroga fijado por el Derecho nacional, incluso cuando el trabajador se haya encontrado en situación de baja por enfermedad durante la totalidad o parte del período de devengo de las vacaciones anuales y su incapacidad laboral haya perdurado hasta la finalización de su relación laboral.
- 34 Tal como señaló en la vista el Gobierno alemán, remitiéndose al apartado 53 de la sentencia BECTU, antes citada, del artículo 7, apartado 1, de la Directiva 2003/88 se desprende que las modalidades de aplicación en los diferentes Estados miembros del derecho a vacaciones anuales retribuidas se rigen por las legislaciones y/o prácticas nacionales. Dicho Gobierno deduce de ello que la cuestión del aplazamiento del disfrute de las vacaciones –y, por ende, de la determinación de un período dentro del cual el trabajador que se haya visto en la imposibilidad de disfrutar sus vacaciones anuales retribuidas durante el período de devengo de las mismas pueda aún disfrutar tales vacaciones– forma parte de las condiciones de ejercicio y aplicación del derecho a vacaciones anuales retribuidas y se rige, pues, por las legislaciones y/o prácticas nacionales.
- 35 Aunque esta conclusión puede considerarse válida en principio, ha de supeditarse a determinados límites.

- 36 Procede, pues, examinar qué límites a dicho principio se imponen en las circunstancias específicas del asunto C-350/06.
- Situación de baja por enfermedad durante todo el período de devengo de las vacaciones anuales y que perdura en el momento en que finaliza dicho período y/o el período de prórroga
- 37 Con carácter liminar, procede recordar que, según su sexto considerando, la Directiva 2003/88 tuvo en cuenta los principios de la Organización Internacional del Trabajo por lo que respecta a la distribución del tiempo de trabajo.
- 38 A este respecto, procede recordar que, a tenor del artículo 5, apartado 4, del Convenio nº 132 de la Organización Internacional del Trabajo, de 24 de junio de 1970, relativo a las vacaciones anuales pagadas (revisado), «[...] las ausencias del trabajo por motivos independientes de la voluntad de la persona interesada, como enfermedad, [...] serán contadas como parte del período de servicios».
- 39 Por lo que respecta, en primer lugar, a las disposiciones relativas a los períodos mínimos de descanso, que figuran en el capítulo II de la Directiva 2003/88, tales disposiciones se refieren casi siempre a «todos los trabajadores», tal como hace, en particular, el artículo 7, apartado 1, de la misma en lo que atañe al derecho a vacaciones anuales retribuidas (sentencia BECTU, antes citada, apartado 46).
- 40 Por otro lado, en lo que atañe a este último derecho, la Directiva 2003/88 no hace distinción alguna entre los trabajadores que durante el período de devengo de las vacaciones anuales se ausentan del trabajo como consecuencia de una baja por enfermedad –de corta o larga duración– y aquellos otros que durante dicho período trabajan efectivamente.
- 41 De ello se deduce que, cuando se trata de trabajadores en situación de baja por enfermedad debidamente prescrita, ningún Estado miembro puede supeditar el derecho a vacaciones anuales retribuidas, que la propia Directiva 2003/88 atribuye a todos los trabajadores (sentencia BECTU, antes citada, apartados 52 y 53), al requisito de haber trabajado efectivamente durante el período de devengo de las vacaciones anuales establecido en el Estado de que se trate.
- 42 Una disposición nacional que establece un período de prórroga para las vacaciones anuales aún no disfrutadas al finalizar el período de devengo de las mismas tiene como finalidad, en principio, ofrecer al trabajador que no haya podido disfrutar sus vacaciones anuales una posibilidad adicional de disfrutar de ellas. La fijación de un período de este tipo forma parte de las condiciones de ejercicio y aplicación del derecho a vacaciones anuales retribuidas, por lo que, en principio, es competencia de los Estados miembros.
- 43 De ello se deduce que el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 2003/88 no se opone, en principio, a una normativa nacional que establezca modalidades de ejercicio del derecho a vacaciones anuales retribuidas que atribuye expresamente esta Directiva, aun cuando tal normativa llegue hasta el extremo de incluir la pérdida de dicho derecho al término del período de devengo de las vacaciones anuales o del período de prórroga, siempre y cuando el trabajador, cuyo derecho a vacaciones anuales retribuidas se haya perdido, haya tenido efectivamente la posibilidad de ejercitar el derecho que le atribuye la Directiva.
- 44 Pues bien, procede declarar que un trabajador que durante todo el período de devengo de las vacaciones anuales y a lo largo del período de prórroga fijado por el Derecho nacional se haya encontrado en situación de baja por enfermedad – como es el caso del demandante en el litigio principal en el asunto C-350/06 respecto al año 2005–, se verá privado de todo período que le posibilite disfrutar sus vacaciones anuales retribuidas.
- 45 Admitir que, en las circunstancias específicas de incapacidad laboral descritas en el apartado anterior, las disposiciones nacionales pertinentes –y, en particular, aquellas que fijan el período de prórroga– puedan prever la extinción del derecho a vacaciones anuales retribuidas que el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 2003/88 garantiza al trabajador, sin que éste haya tenido efectivamente la posibilidad de ejercitar el derecho que le reconoce la citada Directiva, supondría la vulneración por tales disposiciones del derecho social que el artículo 7 de la citada Directiva atribuye a todo trabajador.
- 46 Así, si bien el Tribunal de Justicia ha admitido que los Estados miembros tienen la posibilidad de establecer, en su normativa interna, las condiciones de ejercicio y aplicación del derecho a vacaciones anuales retribuidas, ha precisado, no obstante, que dichos Estados no pueden supeditar a ningún tipo de requisito la propia constitución de este derecho, que se deriva directamente de la Directiva 93/104 (en este sentido, véase la sentencia BECTU, antes citada, apartado 53).
- 47 En esa misma jurisprudencia, el Tribunal de Justicia ha subrayado que los criterios de ejecución y aplicación necesarios para la puesta en práctica de las disposiciones de la Directiva 93/104 pueden contener determinadas divergencias por lo que respecta a las condiciones de ejercicio del derecho a vacaciones anuales retribuidas, pero que dicha Directiva no permite que los Estados miembros impidan el propio nacimiento de un derecho concedido expresamente a todos los trabajadores (sentencia BECTU, antes citada, apartado 55).

- 48 De lo anterior se deduce que, una vez sentado por la jurisprudencia citada en los precedentes apartados que el derecho a vacaciones anuales retribuidas –que el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 2003/88 garantiza a los trabajadores– no puede resultar afectado por disposiciones nacionales que impidan la constitución o nacimiento de dicho derecho, no cabe admitir una solución distinta en lo que respecta a disposiciones nacionales que establezcan la extinción del mencionado derecho en el supuesto de un trabajador que durante todo el período de devengo de las vacaciones anuales y/o a lo largo del período de prórroga se haya encontrado en situación de baja por enfermedad, como sucede en el caso del Sr. Schultz-Hoff, quien no estuvo en condiciones de ejercitar su derecho a vacaciones anuales retribuidas. En efecto, lo mismo que en las circunstancias del asunto que dio lugar a la sentencia BECTU, antes citada, en la que el Tribunal de Justicia declaró que los Estados miembros no podían impedir el nacimiento del derecho a vacaciones anuales retribuidas, en una situación como la del Sr. Schultz-Hoff los Estados miembros no pueden prever la extinción de ese derecho.
- 49 De lo que antecede resulta que el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 2003/88 debe interpretarse en el sentido de que se opone a disposiciones o prácticas nacionales que prevean que el derecho a vacaciones anuales retribuidas se extingue al finalizar el período de devengo de las vacaciones anuales y/o el período de prórroga fijado por el propio Derecho nacional, incluso cuando el trabajador se haya encontrado en situación de baja por enfermedad durante todo el período de devengo y su incapacidad laboral haya perdurado hasta la finalización de su relación laboral, razón por la cual no haya podido ejercitar su derecho a vacaciones anuales retribuidas.
- Situación de baja por enfermedad durante una parte del período de devengo de las vacaciones anuales y que perdura en el momento en que finaliza dicho período y/o el período de prórroga
- 50 Habida cuenta de las consideraciones expuestas en los apartados 37 a 49 de la presente sentencia, la conclusión a la que ha de llegarse en lo que atañe al derecho a vacaciones anuales retribuidas de un trabajador que, como el Sr. Schultz-Hoff en lo relativo al año 2004, haya trabajado durante una parte del período de devengo de las vacaciones anuales antes de ser declarado en situación de baja por enfermedad, debe ser idéntica a la conclusión alcanzada en el apartado 49 de la presente sentencia.
- 51 En efecto, todo trabajador privado del beneficio de un período de vacaciones anuales retribuidas a causa de una baja por enfermedad de larga duración se encuentra en la misma situación que la descrita en el apartado 44 de la presente sentencia, puesto que el que se produzca una incapacidad laboral por enfermedad resulta imprevisible.
- 52 A la luz de cuanto antecede, procede responder a las cuestiones primera y tercera planteadas en el asunto C-350/06 –en la medida en que esta última cuestión se refiere al derecho a vacaciones y no a la compensación económica en concepto de vacaciones anuales retribuidas no disfrutadas– que el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 2003/88 debe interpretarse en el sentido de que se opone a disposiciones o prácticas nacionales que prevean que el derecho a vacaciones anuales retribuidas se extingue al finalizar el período de devengo de las mismas y/o el período de prórroga fijado por el Derecho nacional, incluso cuando el trabajador se haya encontrado en situación de baja por enfermedad durante la totalidad o parte del período de devengo y su incapacidad laboral haya perdurado hasta la finalización de su relación laboral, razón por la cual no haya podido ejercitar su derecho a vacaciones anuales retribuidas.
- Sobre el derecho a obtener, al finalizar la relación laboral, una compensación económica en concepto de vacaciones anuales retribuidas no disfrutadas durante el período de devengo y/o el período de prórroga a causa de incapacidad laboral durante la totalidad o parte del período de devengo y/o del período de prórroga*
- 53 Mediante la segunda cuestión planteada en el asunto C-350/06 y, con carácter subsidiario, mediante la tercera cuestión – en la medida en que ésta se refiere a la compensación económica de las vacaciones anuales retribuidas no disfrutadas–, así como mediante la segunda cuestión planteada en el asunto C-520/06, los órganos jurisdiccionales remitentes piden en lo sustancial que se dilucide si el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 2003/88 debe interpretarse en el sentido de que se opone a disposiciones o prácticas nacionales que prevean que, al finalizar la relación laboral, no se abonará compensación económica alguna en concepto de vacaciones anuales retribuidas no disfrutadas cuando el trabajador se haya encontrado en situación de baja por enfermedad durante la totalidad o parte del período de devengo de las vacaciones anuales y/o del período de prórroga. En caso de respuesta afirmativa a la mencionada cuestión, el órgano jurisdiccional remitente en el asunto C-520/06 pide que se determinen qué criterios deben aplicarse para calcular la compensación económica.
- 54 A este respecto, es importante recordar en primer lugar que, en virtud del propio texto del artículo 7, apartado 1, de la Directiva 2003/88 –disposición que, según dicha Directiva, no admite excepción alguna–, los trabajadores dispondrán de un período de al menos cuatro semanas de vacaciones anuales retribuidas. Por lo tanto, este derecho a vacaciones anuales retribuidas –que, según la jurisprudencia enunciada en el apartado 22 de la presente sentencia, debe considerarse un principio del Derecho social comunitario que reviste especial importancia– se reconoce a todo trabajador, con independencia de su estado de salud.
- 55 En segundo lugar, tal como resulta del apartado 52 de la presente sentencia, el derecho a vacaciones anuales retribuidas no se extingue al finalizar el período de devengo de las vacaciones anuales y/o el período de prórroga fijado por el Derecho

nacional, cuando el trabajador se haya encontrado en situación de baja por enfermedad durante la totalidad o parte del período de devengo y no haya tenido efectivamente la posibilidad de ejercitar este derecho que la Directiva 2003/88 le reconoce.

- 56 Una vez finalizada la relación laboral, ya no resulta posible disfrutar de modo efectivo las vacaciones anuales retribuidas. A fin de evitar que, como consecuencia de esta imposibilidad, el trabajador quede privado de todo disfrute del mencionado derecho, incluso en forma pecuniaria, el artículo 7, apartado 2, de la Directiva 2003/88 prevé que el trabajador tendrá derecho a una compensación económica.
- 57 Ninguna disposición de la Directiva 2003/88 determina expresamente cómo ha de calcularse la compensación económica que sustituya al período o períodos mínimos de vacaciones anuales retribuidas en caso de finalización de la relación laboral.
- 58 Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, sin embargo, la expresión «vacaciones anuales retribuidas» que figura en el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 2003/88 significa que, mientras duren las vacaciones anuales en el sentido de esta Directiva, debe mantenerse la retribución y, en otras palabras, que el trabajador debe percibir la retribución ordinaria por dicho período de descanso (véase la sentencia Robinson-Steele y otros, antes citada, apartado 50).
- 59 Al fijar la compensación económica que ha de abonarse al trabajador en virtud del artículo 7, apartado 2, de la Directiva 2003/88, los Estados miembros deben velar por que los criterios de aplicación nacionales se atengan a los límites que resultan de la propia Directiva.
- 60 Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, la Directiva 2003/88 considera que el derecho a vacaciones anuales y el derecho a percibir una retribución en concepto de vacaciones constituyen dos vertientes de un único derecho. La obligación de retribuir las vacaciones tiene como objetivo colocar al trabajador, durante las citadas vacaciones, en una situación que, desde el punto de vista del salario, sea comparable a los períodos de trabajo (véase la sentencia Robinson-Steele y otros, antes citada, apartado 58).
- 61 De lo anterior se deduce que, cuando se trate de un trabajador que, por razones ajenas a su voluntad, no haya estado en condiciones de ejercitar su derecho a vacaciones anuales retribuidas antes de que finalizara la relación laboral, la compensación económica a la que tiene derecho deberá calcularse de tal modo que el referido trabajador ocupe una situación comparable a aquella en la que se habría encontrado si hubiera ejercitado el mencionado derecho durante su relación laboral. De ello se sigue que la retribución ordinaria del trabajador, que es la que debe mantenerse durante el período de descanso correspondiente a las vacaciones anuales retribuidas, resulta asimismo determinante para el cálculo de la compensación económica en concepto de vacaciones anuales retribuidas no disfrutadas al finalizar la relación laboral.
- 62 A la luz de cuanto antecede, procede responder a las cuestiones segunda y tercera planteadas en el asunto C-350/06 –en la medida en que esta última se refiere a la compensación económica de las vacaciones anuales retribuidas no disfrutadas–, así como a la segunda cuestión planteada en el asunto C-520/06, que el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 2003/88 debe interpretarse en el sentido de que se opone a disposiciones o prácticas nacionales que prevean que, al finalizar la relación laboral, no se abonará compensación económica alguna en concepto de vacaciones anuales retribuidas no disfrutadas al trabajador que se haya encontrado en situación de baja por enfermedad durante la totalidad o parte del período de devengo de las vacaciones anuales y/o del período de prórroga, razón por la cual no haya podido ejercitar su derecho a vacaciones anuales retribuidas. Para el cálculo de dicha compensación económica, resulta asimismo determinante la retribución ordinaria del trabajador, que es la que debe mantenerse durante el período de descanso correspondiente a las vacaciones anuales retribuidas.

### Costas

- 63 Dado que el procedimiento tiene, para las partes del litigio principal, el carácter de un incidente promovido ante los órganos jurisdiccionales nacionales, corresponde a éstos resolver sobre las costas. Los gastos efectuados por quienes, no siendo partes de los litigios principales, han presentado observaciones ante el Tribunal de Justicia no pueden ser objeto de reembolso.

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

- 1) El artículo 7, apartado 1, de la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, debe interpretarse en el sentido de que no se opone a disposiciones o prácticas nacionales según las cuales un trabajador en situación de baja por

enfermedad no tiene derecho a disfrutar las vacaciones anuales retribuidas durante un período que coincida con su baja por enfermedad.

- 2) El artículo 7, apartado 1, de la Directiva 2003/88 debe interpretarse en el sentido de que se opone a disposiciones o prácticas nacionales que prevean que el derecho a vacaciones anuales retribuidas se extingue al finalizar el período de devengo de las mismas y/o el período de prórroga fijado por el Derecho nacional, incluso cuando el trabajador se haya encontrado en situación de baja por enfermedad durante la totalidad o parte del período de devengo y su incapacidad laboral haya perdurado hasta la finalización de su relación laboral, razón por la cual no haya podido ejercitar su derecho a vacaciones anuales retribuidas.
- 3) El artículo 7, apartado 1, de la Directiva 2003/88 debe interpretarse en el sentido de que se opone a disposiciones o prácticas nacionales que prevean que, al finalizar la relación laboral, no se abonará compensación económica alguna en concepto de vacaciones anuales retribuidas no disfrutadas al trabajador que se haya encontrado en situación de baja por enfermedad durante la totalidad o parte del período de devengo de las vacaciones anuales y/o del período de prórroga, razón por la cual no haya podido ejercitar su derecho a vacaciones anuales retribuidas. Para el cálculo de dicha compensación económica, resulta asimismo determinante la retribución ordinaria del trabajador, que es la que debe mantenerse durante el período de descanso correspondiente a las vacaciones anuales retribuidas.”.

C-388/07

036

## TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS

Sala Tercera: Sentencia de 5 de marzo de 2009

Ponente: Sra. P. Lindh

### Síntesis

Directiva 2000/78 – Igualdad de trato en el empleo y la ocupación – Discriminación por razón de edad – Extinción de la relación laboral por jubilación – Justificación»

### Fundamentos de Derecho y Doctrina:

#### Sentencia

- 1 La petición de decisión prejudicial tiene por objeto la interpretación de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación (DO L 303, p. 16).
- 2 Esta petición se ha presentado en el marco de un litigio entre The Incorporated Trustees of the National Council on Ageing (Age Concern England) y el Secretary of State for Business, Enterprise and Regulatory Reform (Ministro de Asuntos Económicos, Empresa y Reforma Normativa), en el que se discute la legalidad de la normativa por la que se adapta el Derecho del Reino Unido a la Directiva 2000/78.

#### Marco jurídico

##### *Normativa comunitaria*

- 3 El decimocuarto considerando de la Directiva 2000/78 es del siguiente tenor:

«La presente Directiva se entiende sin perjuicio de las disposiciones nacionales que establecen la edad de jubilación.»

- 4 Según el vigésimo quinto considerando de la Directiva 2000/78:

«La prohibición de discriminación por razones de edad constituye un elemento fundamental para alcanzar los objetivos establecidos por las directrices sobre el empleo y para fomentar la diversidad en el mismo. No obstante, en determinadas circunstancias se pueden justificar diferencias de trato por razones de edad, y requieren por lo tanto disposiciones específicas que pueden variar según la situación de los Estados miembros. Resulta pues esencial distinguir [entre] las

diferencias de trato justificadas, concretamente por objetivos legítimos de las políticas de empleo, del mercado laboral y de la formación profesional, y [las discriminaciones que] debe[n] prohibirse [...].»

5 Conforme a su artículo 1, la Directiva 2000/78 «tiene por objeto establecer un marco general para luchar contra la discriminación por motivos de religión o convicciones, de discapacidad, de edad o de orientación sexual en el ámbito del empleo y la ocupación, con el fin de que en los Estados miembros se aplique el principio de igualdad de trato».

6 El artículo 2 de la Directiva 2000/78, titulado «Concepto de discriminación», prevé:

«1. A efectos de la presente Directiva, se entenderá por principio de igualdad de trato la ausencia de toda discriminación directa o indirecta basada en cualquiera de los motivos mencionados en el artículo 1.

2. A efectos de lo dispuesto en el apartado 1:

a) existirá discriminación directa cuando una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable que otra en situación análoga por alguno de los motivos mencionados en el artículo 1;

b) existirá discriminación indirecta cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pueda ocasionar una desventaja particular a personas con una religión o convicción, con una discapacidad, de una edad, o con una orientación sexual determinadas, respecto de otras personas, salvo que:

i) dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y [...] los medios para la consecución de esta finalidad sean adecuados y necesarios; o que

ii) respecto de las personas con una discapacidad determinada, el empresario o cualquier persona u organización a la que se aplique lo dispuesto en la presente Directiva, esté obligado, en virtud de la legislación nacional, a adoptar medidas adecuadas de conformidad con los principios contemplados en el artículo 5 para eliminar las desventajas que supone esa disposición, ese criterio o esa práctica.

[...]»

7 El artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2000/78, que lleva el título de «Ámbito de aplicación», establece:

«Dentro del límite de las competencias conferidas a la Comunidad, la presente Directiva se aplicará a todas las personas, por lo que respecta tanto al sector público como al privado, incluidos los organismos públicos, en relación con:

[...]

c) las condiciones de empleo y trabajo, incluidas las de despido y remuneración;

[...]»

8 Conforme al artículo 6, apartado 1, de la Directiva 2000/78, titulado «Justificación de diferencias de trato por motivos de edad»:

«No obstante lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 2, los Estados miembros podrán disponer que las diferencias de trato por motivos de edad no constituirán discriminación si están justificadas objetiva y razonablemente, en el marco del Derecho nacional, por una finalidad legítima, incluidos los objetivos legítimos de las políticas de empleo, del mercado de trabajo y de la formación profesional, y si los medios para lograr este objetivo son adecuados y necesarios.

Dichas diferencias de trato podrán incluir, en particular:

a) el establecimiento de condiciones especiales de acceso al empleo y a la formación profesional, de empleo y de trabajo, incluidas las condiciones de despido y [remuneración], para los jóvenes, los trabajadores de mayor edad y los que tengan personas a su cargo, con vistas a favorecer su inserción profesional o garantizar la protección de dichas personas;

b) el establecimiento de condiciones mínimas en lo que se refiere a la edad, la experiencia profesional o la antigüedad en el trabajo para acceder al empleo o a determinadas ventajas vinculadas al mismo;

c) el establecimiento de una edad máxima para la contratación, que esté basada en los requisitos de formación del puesto en cuestión o en la necesidad de un período de actividad razonable previo a la jubilación.»

*Normativa nacional*

- 9 El órgano jurisdiccional remitente expone que, antes del 3 de abril de 2006, no existían en el Reino Unido disposiciones legales que prohibieran la discriminación por razones de edad en relación con el empleo y la ocupación. Los empleadores podían extinguir la relación laboral cuando el trabajador alcanzara la edad ordinaria de jubilación que hubieran fijado o, de no haberse previsto ninguna, los 65 años. Los artículos 109 y 156 de la Ley de 1996 sobre los derechos de los trabajadores (Employment Rights Act 1996; en lo sucesivo, «Ley de 1996») establecían que, en estos casos, el trabajador no tenía derecho a percibir una indemnización por despido.
- 10 El 3 de abril de 2006, el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte adaptó su Derecho interno a la Directiva 2000/78 mediante la adopción del Reglamento de 2006 relativo a la igualdad en materia de empleo (edad) [Employment Equality (Age) Regulations 2006], SI 1031/2006 (en lo sucesivo, «Reglamento»), que entró en vigor el 1 de octubre de 2006.
- 11 El artículo 3 del Reglamento, que figura en la parte 1 de éste, define del siguiente modo las circunstancias en que una práctica discriminatoria puede considerarse ilegal:
- «1. A efectos del presente Reglamento, una persona “A” discrimina a otra “B” cuando:
- a) por razón de la edad de B, A trata a B de modo menos favorable de lo que trata o trataría a otra persona, o
  - b) A aplica a B una disposición, criterio o práctica que aplica o aplicaría igualmente a personas que no pertenecen al mismo grupo de edad de B pero
    - i) que ocasiona o podría ocasionar a personas del grupo de edad de B una desventaja particular respecto de otras personas, y
    - ii) que ocasiona a B dicha desventaja particular,
 y A no puede demostrar que el trato o, en su caso, la disposición, criterio o práctica, sean medios proporcionados para alcanzar una finalidad legítima.»
- 12 Las partes 2 y 3 del Reglamento definen las circunstancias en las que una discriminación ha de considerarse ilegal con arreglo al Reglamento.
- 13 El artículo 30 del Reglamento prevé la siguiente excepción:
- «1) Este artículo es aplicable a los trabajadores en el sentido del artículo 230, apartado 1, de la Ley de 1996, los funcionarios de la Corona y los miembros pertinentes del personal de la Cámara de los Comunes y de la Cámara de los Loes.
- 2) La extinción de la relación laboral cuando el trabajador haya cumplido los 65 años en ningún caso podrá ser declarada ilegal con arreglo a las partes 2 y 3 si la causa del cese es la jubilación.
- 3) A efectos de este artículo, la determinación de si la jubilación es la causa del cese debe hacerse de acuerdo con los artículos 98ZA a 98ZF de la Ley de 1996.»
- 14 Para determinar si la causa del cese es la jubilación, se aplican los criterios establecidos en el anexo 8 del Reglamento. Estos criterios son la edad, en función de si el trabajador ha cumplido ya los 65 años o, en su caso, la «edad ordinaria de jubilación» fijada por el empleador, y el respeto del procedimiento previo previsto en el anexo 6 del Reglamento. Sobre la base de estos criterios, el anexo 8 del Reglamento determina, para catorce tipos de situaciones, si la causa del cese es la jubilación.
- 15 Según el anexo 6 del Reglamento, un empleador que afirme que la causa del cese es la jubilación para poder acogerse a lo dispuesto en el artículo 30 del Reglamento debe preavisar al trabajador, con una antelación de entre seis meses y un año, de la fecha en que se extingue su relación laboral. En este período, el trabajador puede solicitar que no se le cese por jubilación, solicitud que deberá ser considerada por el empleador, sin que esté obligado a estimarla.
- 16 Según la resolución de remisión, ni el Reglamento ni ningún otro texto prevé un recurso específico para obtener el control judicial de la compatibilidad de la decisión adoptada por el empleador sobre dicha solicitud con el principio de igualdad de trato consagrado en la Directiva 2000/78.

17 El órgano jurisdiccional remitente precisa también que el artículo 7, apartado 4, del Reglamento complementa el artículo 30 de éste, puesto que permite a los empleadores discriminar por razón de edad, en el momento de la contratación, a los trabajadores que hayan cumplido los 65 años. El artículo 7 del Reglamento dispone:

«1. Es ilegal, en relación con la provisión de un puesto de trabajo en un establecimiento en Gran Bretaña, toda discriminación ejercida contra una persona por un empleador:

a) en los trámites que realiza para seleccionar al trabajador;

[...]

c) negándose a ofrecerle trabajo o no ofreciéndoselo deliberadamente.

[...]

4. Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 5, el apartado 1, letras a) y c), no es aplicable a quien:

a) supere la edad ordinaria de jubilación fijada por el empleador o, en su defecto, la edad de 65 años; o

b) en el plazo máximo de 6 meses desde la fecha en que solicitó el empleo, alcance la edad ordinaria de jubilación fijada por el empleador o, en su defecto, la edad de 65 años.

5. El apartado 4 sólo se aplica a quienes, si fueran contratados por el empleador, quedarían incluidos en el ámbito de aplicación del artículo 30 (excepción para la jubilación).

[...]

8. En el apartado 4, “la edad ordinaria de jubilación” es la edad de 65 años o superior que cumple los requisitos del artículo 98ZH de la Ley de 1996.»

#### Litigio principal y cuestiones prejudiciales

18 The National Council on Ageing (Age Concern England) (en lo sucesivo, «Age Concern England») es una institución benéfica que tiene por fin mejorar la calidad de vida de las personas de edad avanzada. En el recurso que ha ejercitado ante el órgano jurisdiccional remitente, Age Concern England discute la legalidad de los artículos 3, apartado 1, 7, apartado 4, y 30 del Reglamento, por considerar que no adaptan correctamente el Derecho interno a lo dispuesto en la Directiva 2000/78. Alega esencialmente que, al prever, en su artículo 30, una excepción al principio de no discriminación cuando la causa de la extinción de la relación laboral de un trabajador que haya cumplido los 65 años sea la jubilación, el Reglamento vulnera el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 2000/78 y el principio de proporcionalidad.

19 Ante el mencionado órgano jurisdiccional, las autoridades del Reino Unido han alegado, por su parte, que con arreglo al decimocuarto considerando de la Directiva 2000/78, a tenor del cual ésta «se entiende sin perjuicio de las disposiciones nacionales que establecen la edad de jubilación», el ámbito de aplicación de la referida Directiva no se extiende a las disposiciones del Reglamento controvertidas en el litigio principal. Con carácter subsidiario, afirman que estas disposiciones son conformes con el artículo 6 de dicha Directiva.

20 En este contexto, la High Court of Justice (England and Wales), Queen’s Bench Division (Administrative Court), decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

«En relación con la Directiva 2000/78 [...]:

[Por lo que respecta a las] edades nacionales de jubilación y [al] ámbito de aplicación de la Directiva[:]

1) ¿Se extiende el ámbito de aplicación de la Directiva a las normas nacionales que permiten a los empleadores extinguir la relación laboral por jubilación cuando el trabajador haya cumplido los 65 años?

2) ¿Se extiende el ámbito de aplicación de la Directiva a las normas nacionales que permiten a los empleadores extinguir la relación laboral por jubilación cuando el trabajador haya cumplido los 65 años si han sido adoptadas tras la entrada en vigor de la Directiva?

3) A la luz de las respuestas que reciban las anteriores cuestiones [...]:

- ¿Eran los artículos 109 y/o 156 de la Ley de 1996 y/o
- son los artículos 30 y 7 del Reglamento, en relación con los anexos 8 y 6 de éste,

disposiciones nacionales que establecen las edades de jubilación en el sentido del decimocuarto considerando [de la Directiva]?

[Por lo que respecta a la] definición de [la] discriminación directa por razones de edad [y en particular a su] justificación[:]

- 4) ¿Permite el artículo 6, apartado 1, de la Directiva a los Estados miembros adoptar disposiciones que establezcan que una diferencia de trato por razones de edad no constituye discriminación si se demuestra que es un medio proporcionado para lograr una finalidad legítima, o exige dicha disposición que los Estados miembros especifiquen en una lista u otra medida que por su forma y contenido se asemeje a aquélla los tipos de diferencias de trato que pueden justificarse de este modo?

[Por lo que respecta al] criterio de [...] justificación de las discriminaciones directa e indirecta[:]

- 5) ¿Hay alguna diferencia significativa en la práctica, y si es así cuál es, entre el criterio de justificación establecido en el artículo 2, apartado 2, de la Directiva con respecto a la discriminación indirecta, y el criterio de justificación establecido con respecto a la discriminación directa por razones de edad en el artículo 6, apartado 1, de la Directiva?»

## Sobre las cuestiones prejudiciales

### *Sobre las tres primeras cuestiones*

- 21 Mediante sus tres primeras cuestiones, que deben examinarse conjuntamente, el órgano jurisdiccional remitente pregunta esencialmente si una normativa como la controvertida en el litigio principal está comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 2000/78.
- 22 A raíz de la sentencia de 16 de octubre de 2007, Palacios de la Villa (C-411/05, Rec. p. I-8531), todos los interesados que han presentado observaciones ante el Tribunal de Justicia coinciden en reconocer que el Reglamento se halla incluido en el ámbito de aplicación de la Directiva 2000/78.
- 23 A este respecto, procede recordar que la Directiva 2000/78 tiene por objeto el establecimiento de un marco general para garantizar la igualdad de trato de todas las personas en el empleo y la ocupación, ofreciendo una protección eficaz contra las discriminaciones basadas en las razones indicadas en su artículo 1, entre las que se encuentra la edad (véase la sentencia Palacios de la Villa, antes citada, apartado 42).
- 24 En concreto, se deriva del artículo 3, apartado 1, letra c), de la Directiva 2000/78 que ésta se aplica, en el marco de las competencias conferidas a la Comunidad, «a todas las personas [...] en relación con [...] las condiciones de empleo y trabajo, incluidas las de despido y remuneración».
- 25 Es cierto que, con arreglo a su decimocuarto considerando, la Directiva 2000/78 se entiende sin perjuicio de las disposiciones nacionales que establecen la edad de jubilación. Sin embargo, este considerando se limita a precisar que la competencia de los Estados miembros para determinar la edad de acceso a la jubilación no se ve afectada por la mencionada Directiva, sin excluir de modo alguno que ésta pueda aplicarse a las medidas nacionales que establecen los requisitos para la extinción de un contrato de trabajo por alcanzarse la edad de jubilación así determinada (sentencia Palacios de la Villa, antes citada, apartado 44).
- 26 De la resolución de remisión se desprende que el artículo 30 del Reglamento tiene por efecto autorizar la extinción de la relación laboral por jubilación cuando el trabajador haya cumplido los 65 años. Además, el artículo 7, apartado 4, de dicho Reglamento permite a los empleadores discriminar por razón de edad, en el momento de la contratación, a quienes, si fueran contratados, podrían quedar incluidos en el ámbito de aplicación del artículo 30 de dicho Reglamento. Por último, del artículo 3 del Reglamento, en relación con el artículo 30 de éste, resulta que, en el caso de que el trabajador tenga menos de 65 años, la extinción de la relación laboral por jubilación debe considerarse discriminatoria a menos que el empleador demuestre que se trata de un «medio proporcionado para alcanzar una finalidad legítima».
- 27 Se deriva de lo anterior que un Reglamento como el controvertido en el litigio principal no establece un régimen imperativo de jubilación forzosa. Prevé las circunstancias en las que el empleador puede apartarse del principio de prohibición de la discriminación por razón de edad y extinguir la relación laboral de un trabajador por haber alcanzado

éste la edad de jubilación. Por consiguiente, un Reglamento de este tipo puede afectar directamente a la duración de la relación laboral entre las partes y, en general, al ejercicio por el trabajador de su actividad profesional. Además, una disposición como la del artículo 7, apartado 5, del Reglamento priva a los trabajadores que hayan cumplido o estén a punto de cumplir 65 años y que estén incluidos en el ámbito de aplicación de su artículo 30 de toda protección contra las discriminaciones por razón de edad ejercidas en el momento de la contratación, limitando la participación futura de estos trabajadores en la vida activa.

- 28 Debe considerarse que una normativa nacional de este tipo establece normas relativas a las «condiciones de empleo y de trabajo, incluidas las condiciones de despido y remuneración», en el sentido del artículo 3, apartado 1, letra c), de la Directiva 2000/78, y, por lo tanto, está incluida en el ámbito de aplicación de esta Directiva.
- 29 No puede poner en entredicho esta conclusión el hecho, mencionado en la segunda cuestión del órgano jurisdiccional remitente, de que la adopción de esta normativa nacional sea posterior a la de la Directiva 2000/78.
- 30 Por lo tanto, procede responder a las tres primeras cuestiones planteadas que una normativa nacional como la recogida en los artículos 3, 7, apartados 4 y 5, y 30 del Reglamento controvertido en el litigio principal está comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 2000/78.

*Sobre la cuarta cuestión*

- 31 Mediante su cuarta cuestión, el órgano jurisdiccional remitente pregunta en esencia si debe interpretarse el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 2000/78 en el sentido de que exige que los Estados miembros especifiquen los tipos de diferencias de trato basadas en la edad que pueden quedar al margen del principio de no discriminación. De los autos se desprende que con esta cuestión se pretende determinar si el mencionado artículo 6, apartado 1, se opone a una disposición como la del artículo 3 del Reglamento, conforme a la cual las diferencias de trato basadas en la edad no constituyen discriminación si se demuestra que son «medios proporcionados para alcanzar una finalidad legítima». Puesto que el órgano jurisdiccional remitente ha limitado su cuestión a la interpretación del artículo 6, apartado 1, de dicha Directiva, no es necesario que el Tribunal de Justicia se pronuncie sobre la interpretación de otras disposiciones, como, en particular, el artículo 4 de ésta.
- 32 Debe recordarse en primer lugar que, conforme a su artículo 1, la Directiva 2000/78 tiene por objeto luchar, en el ámbito del empleo y la ocupación, contra determinados tipos de discriminación, entre los que se encuentra la basada en la edad, con el fin de que en los Estados miembros se aplique el principio de igualdad de trato.
- 33 A tenor del artículo 2, apartado 1, de la Directiva 2000/78, a efectos de dicha Directiva se entiende por «principio de igualdad de trato» la ausencia de toda discriminación directa o indirecta basada en cualquiera de los motivos mencionados en el artículo 1 de la misma Directiva. El artículo 2 de ésta precisa, en su apartado 2, letra a), que, a efectos de lo dispuesto en su apartado 1, existe discriminación directa cuando una persona sea tratada de manera menos favorable que otra en situación análoga por alguno de los motivos mencionados en el artículo 1 de la Directiva 2000/78.
- 34 El artículo 3 del Reglamento permite a los empleadores extinguir la relación laboral de los trabajadores de menos de 65 años –que no están comprendidos en el ámbito de aplicación del artículo 30 del Reglamento– cuando alcancen la edad de jubilación fijada por la empresa si tal medida constituye un «medio proporcionado para alcanzar una finalidad legítima». Debe considerarse que esta normativa dispensa un trato menos favorable a los trabajadores que han alcanzado esta edad de jubilación en comparación con las demás personas activas en el mercado laboral. Por lo tanto, puede dar lugar a una diferencia de trato basada directamente en la edad, en el sentido del artículo 2, apartados 1 y 2, letra a), de la Directiva 2000/78.
- 35 Sin embargo, se desprende del artículo 6, apartado 1, párrafo primero, de la Directiva 2000/78 que estas diferencias de trato por motivos de edad no constituyen una discriminación prohibida en virtud del artículo 2 de la misma Directiva «si están justificadas objetiva y razonablemente, en el marco del Derecho nacional, por una finalidad legítima, incluidos los objetivos legítimos de las políticas de empleo, del mercado de trabajo y de la formación profesional, y si los medios para lograr este objetivo son adecuados y necesarios». El párrafo segundo del mismo apartado enumera varios ejemplos de diferencias de trato que reúnen características como las mencionadas en el párrafo primero.
- 36 Age Concern England sostiene que al recoger, en el artículo 6, apartado 1, párrafo segundo, de la Directiva 2000/78 una lista de justificaciones objetivas y razonables, el legislador comunitario tenía la intención de imponer a los Estados miembros la obligación de incluir, en las normas de adaptación a la Directiva, una lista específica de las diferencias de trato que pueden quedar justificadas por perseguir una finalidad legítima. Por lo tanto, el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 2000/78 se opone a una normativa nacional que excluya que cualquier diferencia de trato, del tipo que sea, que se base en la edad pueda ser ilegal si se demuestra que constituye un medio proporcionado para alcanzar una finalidad legítima.

- 37 Según Age Concern England, el Reglamento no especifica ninguna de las circunstancias que permiten justificar una diferencia de trato que pueda constituir una discriminación directa por razón de edad ni contiene ninguna disposición específica de las contempladas en el vigésimo quinto considerando de la Directiva 2000/78.
- 38 El Gobierno del Reino Unido refuta esta interpretación y afirma que los Estados miembros no están obligados a enumerar en una lista las diferencias de trato que pueden acogerse a la exención prevista en el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 2000/78.
- 39 El Gobierno italiano defiende esencialmente la misma postura e invoca el margen de maniobra de que disponen los Estados miembros para adaptar su Derecho interno a las directivas.
- 40 La Comisión de las Comunidades Europeas señala que el principio de no discriminación por razón de edad es un principio fundamental del Derecho comunitario, refiriéndose a este respecto a la sentencia de 22 de noviembre de 2005, Mangold (C-144/04, Rec. p. I-9981), apartado 75, y al artículo 21, apartado 1, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, proclamada en Niza el 7 de diciembre de 2000 (DO C 364, p. 1), y que cualquier incumplimiento de este principio debe justificarse por un objetivo público de política social. Entiende que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 2000/78, interpretado a la luz del vigésimo quinto considerando de ésta, prevé una limitada excepción a este principio fundamental, que se justifica por consideraciones relativas a la política social particular del Estado miembro de que se trate. De este modo, el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 2000/78 implica, a juicio de la Comisión, la necesidad de adoptar una disposición nacional específica que prevea un conjunto concreto de circunstancias y objetivos.
- 41 A este respecto, debe recordarse que, conforme al artículo 249 CE, las directivas obligan a los Estados miembros destinatarios en cuanto al resultado que debe conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios. Al adaptar el Derecho interno a las disposiciones de una directiva, los Estados miembros están obligados a garantizar la plena eficacia de aquélla, a la vez que disponen de un amplio margen de apreciación respecto de la elección de los medios (véase, en particular, la sentencia de 9 de noviembre de 2006, Comisión/Irlanda, C-216/05, Rec. p. I-10787, apartado 26).
- 42 La adaptación del Derecho interno a una directiva no exige necesariamente una reproducción formal de sus prescripciones en una disposición legal expresa y específica. El Tribunal de Justicia ha considerado posible que la ejecución de una directiva, en función de su contenido, se concrete en un Estado miembro en principios generales o en un contexto jurídico general, siempre que éstos garanticen efectivamente la plena aplicación de la directiva y que, si una disposición de la directiva tiene como fin crear derechos en favor de los particulares, la situación jurídica derivada de tales principios generales o de dicho contexto jurídico general sea suficientemente precisa y clara, permitiendo a los beneficiarios conocer todos sus derechos y, en su caso, ejercitarlos ante los órganos jurisdiccionales nacionales (véanse, en este sentido, las sentencias de 23 de mayo de 1985, Comisión/Alemania, 29/84, Rec. p. 1661, apartado 23, y de 9 de abril de 1987, Comisión/Italia, 363/85, Rec. p. 1733, apartado 7). También puede aplicarse una directiva a través de una medida general que satisfaga los mismos requisitos.
- 43 Conforme a estos principios, no puede interpretarse el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 2000/78 en el sentido de que impone a los Estados miembros la obligación de prever, en las medidas para la adaptación de su Derecho interno, una lista específica de las diferencias de trato que pueden quedar justificadas por una finalidad legítima. Además, se desprende del tenor de dicha disposición que los objetivos legítimos y las diferencias de trato que menciona tienen valor meramente indicativo, como demuestra el hecho de que el legislador comunitario haya incluido la locución adverbial «en particular».
- 44 Por consiguiente, no puede deducirse del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 2000/78 que la falta de indicación en la normativa nacional de los objetivos que pueden considerarse legítimos conforme a dicha disposición tenga por efecto que se excluya automáticamente la posibilidad de que tal normativa esté justificada a la luz de aquélla (véase, en este sentido, la sentencia Palacios de la Villa, antes citada, apartado 56).
- 45 Cuando no existe indicación en este sentido, es necesario, no obstante, que otros elementos, propios del contexto general de la medida en cuestión, permitan la identificación del objetivo que subyace a esta medida, a fin de posibilitar el ejercicio del control jurisdiccional sobre su legitimidad y sobre la idoneidad y necesidad de los medios empleados para lograr dicho objetivo (sentencia Palacios de la Villa, antes citada, apartado 57).
- 46 Del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 2000/78 se desprende que los objetivos que pueden considerarse «legítimos» en el sentido de dicha disposición y que, por tanto, pueden justificar que se establezcan excepciones al principio de prohibición de la discriminación por razón de edad son objetivos de política social, como los vinculados a las políticas de empleo, del mercado de trabajo o de la formación profesional. Por su interés general, estos objetivos legítimos se distinguen de los motivos puramente individuales, propios de la situación del empleador, como la reducción de costes o la mejora de la competitividad, sin que, pese a ello, pueda excluirse que una norma nacional reconozca a los empleadores, para la consecución de dichos objetivos legítimos, un cierto grado de flexibilidad.

- 47 En último término, corresponde al juez nacional, que es el único competente para apreciar los hechos del litigio de que conoce y para interpretar la normativa nacional aplicable, determinar si una disposición que permite a los empleadores extinguir la relación laboral de los trabajadores que hayan alcanzado la edad de jubilación está justificada por objetivos «legítimos» en el sentido del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 2000/78 y, de ser así, en qué medida.
- 48 No obstante, el Tribunal de Justicia, al pronunciarse en el marco de una remisión prejudicial, puede aportar, en su caso, precisiones destinadas a orientar al órgano jurisdiccional nacional en su interpretación (véase, en particular, la sentencia de 23 de noviembre de 2006, *Asnef-Equifax y Administración del Estado*, C-238/05, Rec. p. I-11125, apartado 40 y jurisprudencia citada).
- 49 Incumbe al órgano jurisdiccional remitente verificar si las finalidades que subyacen al artículo 3 del Reglamento son legítimas, en el sentido del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 2000/78, por enmarcarse en un objetivo de política social, como los vinculados a las políticas de empleo, del mercado de trabajo o de la formación profesional.
- 50 Debe también verificar, habida cuenta de todos los elementos pertinentes y de la posibilidad de alcanzar por otros medios el eventual objetivo legítimo de política social, si el artículo 3 del Reglamento, en tanto que medio para conseguir este objetivo, es «adecuado y necesario», conforme a los propios términos del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 2000/78.
- 51 A este respecto, procede señalar que los Estados miembros disponen de un amplio margen de apreciación en la elección de los medios que les permitan lograr sus objetivos de política social (véase, en este sentido, la sentencia *Mangold*, antes citada, apartado 63). Sin embargo, este margen de apreciación no puede abocar a que la aplicación del principio de no discriminación por razón de edad se vea menoscabada. Las meras generalizaciones acerca de la idoneidad de una medida determinada para contribuir a las políticas de empleo, del mercado de trabajo o de la formación profesional no bastan para deducir que el objetivo de esta medida puede justificar el establecimiento de excepciones al mencionado principio ni constituyen elementos que permitan estimar razonablemente que los medios escogidos son adecuados para la consecución de dicho objetivo (véase, por analogía, la sentencia de 9 de febrero de 1999, *Seymour-Smith y Perez*, C-167/97, Rec. p. I-623, apartados 75 y 76).
- 52 Habida cuenta de lo anterior, procede responder a la cuarta cuestión planteada que debe interpretarse el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 2000/78 en el sentido de que no se opone a una medida nacional que, al igual que el artículo 3 del Reglamento, no contiene una enumeración precisa de los objetivos que justifican el establecimiento de excepciones al principio de prohibición de la discriminación por razón de edad. Sin embargo, el mencionado artículo 6, apartado 1, restringe la posibilidad de establecer tales excepciones a las medidas justificadas por objetivos legítimos de política social, como los vinculados a las políticas de empleo, del mercado de trabajo o de la formación profesional. Corresponde al juez nacional comprobar si la normativa controvertida en el litigio principal responde a un objetivo legítimo de este tipo y si la autoridad legislativa o reglamentaria nacional podía estimar legítimamente, habida cuenta del margen de apreciación de que disponen los Estados miembros en materia de política social, que los medios escogidos eran adecuados y necesarios para lograr tal objetivo.
- Sobre la quinta cuestión*
- 53 Con la quinta cuestión prejudicial se pretende determinar si los requisitos a los que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 2000/78 supedita las eventuales excepciones al principio de prohibición de la discriminación por razón de edad difieren significativamente de los previstos en el artículo 2, apartado 2, letra b), de la misma Directiva para las discriminaciones indirectas.
- 54 *Age Concern England* sostiene que los criterios de justificación recogidos en el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 2000/78 son más estrictos que los previstos en el artículo 2, apartado 2, de ésta. Afirma que el mencionado artículo 6, apartado 1, limita las excepciones admitidas a las medidas que estén justificadas por ser objetivas y razonables. Observa que la exigencia de este doble requisito, única en el Derecho comunitario derivado, se inspira directamente en la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos *Gaygusuz c. Austria* de 16 de septiembre de 1996 (*Recueil des arrêts et décisions* 1996-IV, p. 1141, § 42), en materia de discriminación por razón de sexo o raza. Dado que, conforme resulta del apartado 75 de la sentencia *Mangold*, antes citada, el principio de no discriminación por razón de edad es un principio general del Derecho comunitario, *Age Concern England* alega que cualquier justificación que se aduzca para legitimar una diferencia de trato por razón de edad que pueda constituir una discriminación directa debe someterse a un control del mayor nivel, equivalente al aplicado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de discriminación por razón de sexo o raza.
- 55 El Gobierno del Reino Unido considera que la alusión simultánea, en el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 2000/78, al carácter «razonable» y «objetivo» de la justificación no es significativa. Sería inconcebible que una diferencia de trato pudiera estar justificada por un objetivo legítimo, perseguido por medios adecuados y necesarios, sin que dicha justificación fuera razonable. Por otro lado, esta disposición se refiere a situaciones no sólo de discriminación directa, sino también de discriminación indirecta, como demuestra el ejemplo relativo al establecimiento de condiciones mínimas en lo

que se refiere a la antigüedad en el trabajo o a la experiencia profesional para acceder al empleo, mencionado en el párrafo segundo, letra b), del referido artículo 6, apartado 1. Por lo general, la existencia de discriminación puede descartarse, tanto en Derecho comunitario como con arreglo al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, mediante la presentación de una justificación objetiva y proporcionada. Establecer en materia de discriminación directa por razón de edad un criterio diferente al aplicable en materia de discriminación indirecta introduce un factor de inseguridad jurídica, siendo así que la prohibición de la discriminación por razón de edad es ampliamente susceptible de matizaciones y excepciones que no encuentran correlato en la discriminación racial o sexual.

- 56 El Gobierno italiano sostiene que los artículos 2, apartado 2, y 6, apartado 1, de la Directiva 2000/78 tienen diferente ámbito de aplicación. Esta última disposición, al referirse a los «objetivos legítimos de las políticas de empleo, del mercado de trabajo y de la formación profesional», implica que el alcance de las excepciones al principio de no discriminación por razón de edad es más amplio que el de las excepciones previstas en el artículo 2, apartado 2, letra b), de dicha Directiva.
- 57 La Comisión estima que no debe darse mayor importancia al hecho de que el artículo 2, apartado 2, de la Directiva 2000/78 no se refiera al carácter razonable de la justificación de una medida que pueda constituir una discriminación. Añade que la diferencia principal entre esta disposición y el artículo 6, apartado 1, de dicha Directiva radica en la persona a la que le corresponde presentar la justificación, en la naturaleza de ésta y en la manera en que debe demostrarse. Por lo que respecta a esta última disposición, la Comisión señala que del apartado 57 de la sentencia Palacios de la Villa, antes citada, se desprende que el objetivo legítimo perseguido por el Estado miembro de que se trate debe poder deducirse directamente del tenor de la medida en cuestión o de su contexto general, en particular mediante el recurso a documentos oficiales. En cambio, el artículo 2, apartado 2, de la Directiva 2000/78 se centra en la posibilidad de que disfruta el empleador para justificar sus prácticas en materia de empleo.
- 58 Debe observarse que los respectivos ámbitos de aplicación de los artículos 2, apartado 2, letra b), y 6, apartado 1, de la Directiva 2000/78 no coinciden exactamente.
- 59 El artículo 2 define el concepto de discriminación por motivos de religión o convicciones, de discapacidad, de edad o de orientación sexual en el ámbito del empleo y la ocupación. Distingue, en su apartado 2, entre, por una parte, las discriminaciones directamente basadas en estos motivos y, por otra, las discriminaciones «indirectas», que, pese a que se fundamentan en una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros, pueden ocasionar a determinadas personas, respecto de otras, una desventaja particular debido a su religión, convicción, discapacidad, edad u orientación sexual. Con arreglo al artículo 2, apartado 2, letra b), de la Directiva 2000/78, sólo las disposiciones, criterios o prácticas que pueden constituir discriminaciones indirectas pueden quedar excluidas de la calificación de discriminación, como sucede, a tenor del punto i), cuando se trata de una «disposición, criterio o práctica [que] pued[e] justificarse objetivamente con una finalidad legítima y [...] los medios para la consecución de esta finalidad [son] adecuados y necesarios». Para las diferencias de trato constitutivas de discriminación directa, el artículo 2, apartado 1, de dicha Directiva no contempla ninguna excepción.
- 60 Por su parte, el artículo 6 de la Directiva 2000/78 establece un régimen excepcional para las diferencias de trato por razón de edad, dada la especificidad que se reconoce a la edad entre los motivos de discriminación prohibidos por dicha Directiva. En el vigésimo quinto considerando de la Directiva 2000/78 se menciona, en efecto, que es «esencial distinguir [entre] las diferencias de trato justificadas, concretamente por objetivos legítimos de las políticas de empleo, del mercado laboral y de la formación profesional, y [las discriminaciones que] [deben] prohibirse [...]».
- 61 Como se ha recordado en el apartado 35 de la presente sentencia, el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 2000/78 autoriza a los Estados miembros a prever, no obstante lo dispuesto en el artículo 2, apartado 2, de ésta, que ciertas diferencias de trato por motivos de edad no constituyan discriminación cuando estén «justificadas objetiva y razonablemente, en el marco del Derecho nacional, por una finalidad legítima, incluidos los objetivos legítimos de las políticas de empleo, del mercado de trabajo y de la formación profesional, y si los medios para lograr este objetivo son adecuados y necesarios». El párrafo segundo de dicho artículo 6, apartado 1, enumera diversos ejemplos de diferencias de trato con características como las mencionadas en el párrafo primero de la misma disposición, que, en principio, pueden considerarse «justificadas objetiva y razonablemente» por una finalidad legítima.
- 62 El artículo 6, apartado 1, de la Directiva 2000/78 permite a los Estados miembros adoptar en su Derecho nacional disposiciones que establezcan diferencias de trato por razón de edad incluidas, en particular, en la categoría de las discriminaciones directas, tal como se define en el artículo 2, apartado 2, letra a), de dicha Directiva. Precisamente en esta medida, debe interpretarse el mencionado artículo 6, apartado 1, en el sentido de que se aplica, a tenor de su párrafo primero, «no obstante lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 2» de dicha Directiva. Sin embargo, esta facultad, en tanto que excepción al principio de prohibición de la discriminación, debe ajustarse estrictamente a los requisitos previstos en el mismo artículo 6, apartado 1.

- 63 De la resolución de remisión se desprende que en el litigio principal se discute acerca de la legalidad de las disposiciones nacionales que regulan las condiciones para la extinción de la relación laboral por alcanzarse la edad de jubilación. En la medida en que establecen condiciones de despido menos favorables para los trabajadores que hayan alcanzado la edad de jubilación, tales disposiciones prevén una forma de discriminación directa en el sentido del artículo 2, apartado 2, letra a), de la Directiva 2000/78.
- 64 La interpretación del artículo 2, apartado 2, letra b), de la Directiva 2000/78, que se refiere exclusivamente a las discriminaciones indirectas, no resulta necesaria para la resolución del litigio principal.
- 65 Sin embargo, dado que el órgano jurisdiccional remitente se pregunta sobre si los criterios mencionados en el artículo 2, apartado 2, letra b), de la Directiva 2000/78 difieren, en su aplicación, de los contemplados en el artículo 6, apartado 1, de la misma Directiva, debe señalarse que esta última disposición reconoce a los Estados miembros la posibilidad de prever, en el marco del Derecho nacional, que ciertas formas de diferencias de trato por motivos de edad no constituyan discriminación a efectos de dicha Directiva cuando estén «objetiva y razonablemente» justificadas. Si bien es cierto que el término «razonablemente» no figura en el artículo 2, apartado 2, letra b), de la Directiva 2000/78, debe señalarse que no es posible concebir que una diferencia de trato pueda estar justificada por una finalidad legítima, perseguida por medios adecuados y necesarios, sin que dicha justificación sea razonable. Por lo tanto, no debe reconocerse especial significación a la circunstancia de que el término referido sólo figure en el artículo 6, apartado 1, de dicha Directiva. No obstante, procede subrayar que esta última disposición se dirige a los Estados miembros y les impone, pese al amplio margen de apreciación de que disponen en materia de política social, la carga de demostrar la legitimidad del objetivo perseguido a un nivel elevado de exigencia probatoria.
- 66 Sin que sea necesario pronunciarse en el presente caso sobre si ese nivel de exigencia probatoria es más elevado que el aplicable en el marco del artículo 2, apartado 2, letra b), de la Directiva 2000/78, debe señalarse que si una disposición, un criterio o una práctica no constituye una discriminación a los efectos de la Directiva 2000/78, por concurrir una justificación objetiva en el sentido del artículo 2, apartado 2, letra b), de ésta, no es preciso recurrir al artículo 6, apartado 1, de la mencionada Directiva, que, como se deduce del apartado 62 de la presente sentencia, tiene por fin, en particular, permitir la justificación de ciertas diferencias de trato que, sin esta última disposición, constituirían discriminaciones de este tipo.
- 67 Habida cuenta de lo anterior, procede responder a la quinta cuestión planteada que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 2000/78 reconoce a los Estados miembros la posibilidad de prever, en el marco del Derecho nacional, ciertas formas de diferencias de trato por razón de edad cuando estén «objetiva y razonablemente» justificadas por una finalidad legítima, como las políticas de empleo, del mercado de trabajo o de la formación profesional, y si los medios para lograr este objetivo son adecuados y necesarios. Impone a los Estados miembros la carga de demostrar la legitimidad del objetivo invocado como justificación a un nivel elevado de exigencia probatoria. No debe reconocerse especial significación a la circunstancia de que el término «razonablemente», empleado en el artículo 6, apartado 1, de dicha Directiva, no figure en el artículo 2, apartado 2, letra b), de ésta.

#### Costas

- 68 Dado que el procedimiento tiene, para las partes del litigio principal, el carácter de un incidente promovido ante el órgano jurisdiccional nacional, corresponde a éste resolver sobre las costas. Los gastos efectuados por quienes, no siendo partes del litigio principal, han presentado observaciones ante el Tribunal de Justicia no pueden ser objeto de reembolso.

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

- 1) Una normativa nacional como la recogida en los artículos 3, 7, apartados 4 y 5, y 30 del Reglamento de 2006 relativo a la igualdad en materia de empleo (edad) [Employment Equality (Age) Regulations 2006] está comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.
- 2) El artículo 6, apartado 1, de la Directiva 2000/78 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una medida nacional que, al igual que el artículo 3 del Reglamento controvertido en el litigio principal, no contiene una enumeración precisa de los objetivos que justifican el establecimiento de excepciones al principio de prohibición de la discriminación por razón de edad. Sin embargo, el mencionado artículo 6, apartado 1, restringe la posibilidad de establecer tales excepciones a las medidas justificadas por objetivos legítimos de política social, como los vinculados a las políticas de empleo, del mercado de trabajo o de la formación profesional. Corresponde al juez nacional comprobar si la normativa controvertida en el litigio principal responde a un objetivo legítimo de este tipo y si la autoridad legislativa o reglamentaria nacional podía estimar legítimamente, habida cuenta del margen de

apreciación de que disponen los Estados miembros en materia de política social, que los medios escogidos eran adecuados y necesarios para lograr tal objetivo.

- 3) El artículo 6, apartado 1, de la Directiva 2000/78 reconoce a los Estados miembros la posibilidad de prever, en el marco del Derecho nacional, ciertas formas de diferencias de trato por razón de edad cuando estén «objetiva y razonablemente» justificadas por una finalidad legítima, como las políticas de empleo, del mercado de trabajo o de la formación profesional, y si los medios para lograr este objetivo son adecuados y necesarios. Impone a los Estados miembros la carga de demostrar la legitimidad del objetivo invocado como justificación a un nivel elevado de exigencia probatoria. No debe reconocerse especial significación a la circunstancia de que el término «razonablemente», empleado en el artículo 6, apartado 1, de dicha Directiva, no figure en el artículo 2, apartado 2, letra b), de ésta.



**RELACIÓN DE SENTENCIAS SELECCIONADAS****TRIBUNAL SUPREMO –SALA CUARTA-**

22/12/2008	(RCUD. 0508/08)	-Ref. 01-
22/12/2008	(RCUD. 0294/08)	-Ref. 02-
15/01/2009	(RCUD. 2302/07)	-Ref. 03-
16/01/2009	(RCUD. 0088/08)	-Ref. 04-
16/01/2009	(RCUD. 4165/07)	-Ref. 05-
16/01/2009	(RCUD. 1758/08)	-Ref. 06-
19/01/2009	(RCUD. 1764/08)	-Ref. 07-
27/01/2009	(RCUD. 0616/08)	-Ref. 08-
27/01/2009	(RCUD. 0229/08)	-Ref. 09-
03/02/2009	(RCUD. 2226/08)	-Ref. 10-
03/02/2009	(RCUD. 0560/07)	-Ref. 11-
03/02/2009	(RC. 0101/06)	-Ref. 12-
04/02/2009	(RCUD. 1536/08)	-Ref. 13-
09/02/2009	(RCUD. 1681/08)	-Ref. 14-
09/02/2009	(RCUD. 1264/08)	-Ref. 15-
10/02/2009	(RCUD. 0771/08)	-Ref. 16-
10/02/2009	(RCUD. 0446/06)	-Ref. 17-
11/02/2009	(RCUD. 4112/07)	-Ref. 18-
11/02/2009	(RCUD. 0450/08)	-Ref. 19-
16/02/2009	(RCUD. 0864/08)	-Ref. 20-
18/02/2009	(RCUD. 1657/08)	-Ref. 21-
18/02/2009	(RCUD. 1616/08)	-Ref. 22-
19/02/2009	(RCUD. 0249/08)	-Ref. 23-
19/02/2009	(RCUD. 2748/07)	-Ref. 24-
19/02/2009	(RC. 0006/08)	-Ref. 25-

**TRIBUNAL SUPREMO –SALA TERCERA-**

12/03/2009	(RC. 4549/04)	-Ref. 26-
12/03/2009	(RC. 4083/05)	-Ref. 27-
16/03/2009	(RC. 0908/06)	-Ref. 28-
18/02/2009	(RC. 9432/03)	-Ref. 29-
18/03/2009	(RC. 0489/07)	-Ref. 30-
20/03/2009	(RC. 1318/06)	-Ref. 31-
24/03/2009	(RC. 9113/04)	-Ref. 32-

**TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

12/01/2009	(STC. 002/2009)	-Ref. 33-
23/02/2009	(STC. 048/2009)	-Ref. 34-

**TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS**

20/01/2009	(Asunto C-350/06 y C-520/06)	-Ref. 35-
05/03/2009	(Asunto C-388/07)	-Ref. 36-



