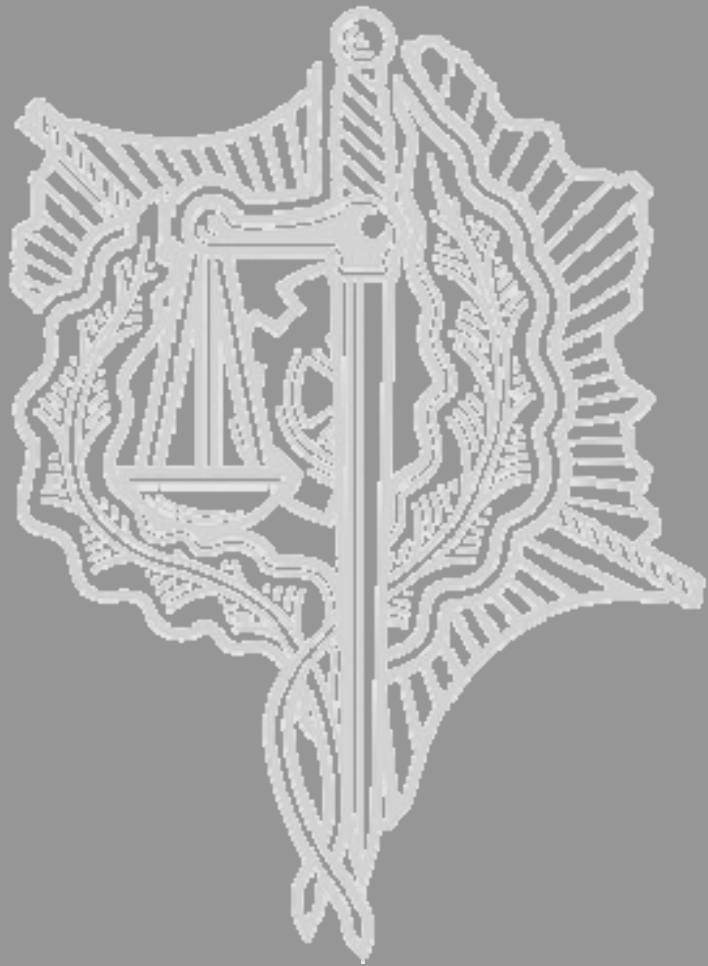




**Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.
Sentencia de 18 de junio de 2009**

Igualdad de trato en el empleo y la ocupación –
Discriminación por razón de edad – Determinación de la
remuneración de los agentes contractuales del Estado –
Exclusión de la experiencia profesional adquirida antes de
los 18 años de edad.





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-sociales-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 28/04/2009

Ponente: Excmo. Sr. D. Fernando Salinas Molina

Síntesis

Delimitación entre la subcontratación lícita y la cesión ilegal de trabajadores: Falta de contradicción.- Calificación del contrato de trabajo (fijo o indefinido) en la aplicación jurisdiccional del art. 43.4 ET: falta de contenido casacional.- Condena de futuro: falta de contradicción (con cita de jurisprudencia constitucional).- Reitera doctrina STS. 23-abril-2009 (recurso 70/2008) entre otras.

Fundamentos de Derecho:

PRIMERO.- 1.- La sentencia de suplicación recurrida, dictada por el TSJ/Galicia en fecha 26-noviembre-2007 (rollo 3355/2007), en asunto sobre cesión ilegal de los trabajadores demandantes, ha desestimado los recursos de "TELEVISIÓN DE GALICIA, S.A." y de "PRODUCTORA EL PROGRESO S.L.", y ha estimado en parte el recurso de los demandantes en el sentido de declarar que procede el devengo del plus de disponibilidad, concretando las cantidades a ellos adecuadas hasta el mes de diciembre de 2006 inclusive y manteniendo en lo demás la parte dispositiva de la sentencia de instancia.

2.- Por su parte, la sentencia del Juzgado de lo Social (de fecha 9-febrero-2007, dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Lugo - autos 710/2006), confirmada, con la salvedad anterior, en todos sus pronunciamientos, estimó parcialmente la demanda de los actores, declarando "*su derecho a ser considerados personal laboral indefinido de la demandada Televisión de Galicia S.A., al existir una cesión ilegal de mano de obra por parte de la demandada Productora el Progreso S.L. en beneficio de Televisión de Galicia S.A., condenando a los demandadas a estar y pasar por tal declaración*" y condenándolas también a que de "*forma solidaria*" abonaran a los actores determinadas diferencias salariales correspondientes al período 1-julio-2005 a 30-junio-2006. En todo caso, en dicho escrito de demanda se pedía además una condena a las entidades codemandadas a las cantidades que se devengarán en el futuro por el mismo concepto, que no fue estimado en instancia ni en suplicación, lo que reiteran en su recurso de casación los demandantes.

SEGUNDO.- 1.- Son tres los recursos que integran el presente asunto de casación para unificación de doctrina, y en ellos se plantean, como explica el informe del Ministerio Fiscal, cuatro cuestiones litigiosas distintas: 1ª) si la negativa a revisar los hechos probados efectuada en el proceso de suplicación es o no ajustada a derecho; 2ª) la existencia o no en el caso de cesión ilegal de trabajadores; 3ª) la repercusión del régimen de contratación de trabajo de la empresa pública TVE Galicia en la declaración judicial relativa a la condición de "fijo" o "indefinido" (art. 43.4 del Estatuto de los Trabajadores) del trabajador cedido ilegalmente a la misma; y 4ª) la procedencia o no en el caso concreto enjuiciado de una condena de futuro a las entidades codemandadas.

2.- Las dos primeras cuestiones han sido suscitadas en los recursos de "TELEVISIÓN DE GALICIA, S.A." y de "PRODUCTORA EL PROGRESO, S.A.", que vienen esencialmente a coincidir en los temas planteados y en los argumentos de apoyo a las posiciones respectivas, aunque no, como se verá, en el orden de exposición de los motivos de impugnación. Se sostiene en estos recursos, con la preceptiva aportación de sentencias a efectos del juicio de contradicción, que la resolución recurrida infringe la normativa procesal laboral sobre la revisión fáctica en el recurso de suplicación (motivo contenido en el recurso de "TELEVISIÓN DE GALICIA, S.A."); y contraviene lo dispuesto en el Estatuto de los Trabajadores (ET), tal como ha sido interpretado por la jurisprudencia de esta Sala, sobre la delimitación de la cesión ilegal de trabajadores respecto de la subcontratación de obras y servicios (motivos contenidos en los recursos de ambas demandadas).

3.- El recurso de los demandantes se centra en los dos temas finales de la enumeración anterior, a los que dedica otros tantos motivos, con aportación también de las correspondientes sentencias "*contrarias*". Por una parte, alega que la declaración judicial por la que se establece su vinculación laboral con TVE Galicia debe serlo en calidad de trabajadores fijos. Y, por otra parte, reclama la procedencia en el caso de una condena de futuro a esa entidad demandada.

TERCERO.- 1.- Los recursos de "TELEVISIÓN DE GALICIA, S.A." y de "PRODUCTORA EL PROGRESO, S.A." deben ser desestimados, como informa el Ministerio Fiscal, y, además, siguiendo, por razones de seguridad jurídica acordes con la finalidad unificadora de este recurso (arts. 9.3 CE y 217 LPL), la doctrina ya marcada por esta Sala IV resolviendo recursos de otros trabajadores que prestaban servicios en análogas condiciones con relación a alguna de las partes ahora demandadas como empleadoras, en concreto en sus SSTS/IV 8-abril-2009 (recurso 61/2008), 7-abril-2009 (recurso 3228/2008) y 23-abril-2009

(recurso 70/2008). Daremos a continuación respuesta conjunta a estos recursos, que son sustancialmente coincidentes en sus alegaciones y argumentos.

2.- El primer motivo del recurso de “TELEVISIÓN DE GALICIA, S.A.”, relativo al rechazo en la sentencia de suplicación de la solicitud de modificación de hechos probados solicitada por a ahora recurrente, además de carecer de una relación precisa y circunstanciada en los términos exigidos por nuestra jurisprudencia (por todas, STS/IV 1-marzo-2007, recurso 4514/05), no cumple tampoco el requisito de la contradicción. Se trata de un tema procesal, y para su sustanciación se aporta una sentencia de esta Sala IV del Tribunal Supremo: la dictada en fecha 26-diciembre-1995 (recurso 1854/1995). La inviabilidad del motivo radica, además de por la falta de contenido casacional del tema propuesto, por no haberse realizado relación precisa y circunstanciada en los escritos de formalización del recurso, que se limitan a comentar el contenido de la sentencia de contraste, sin efectuar el legalmente exigido análisis comparativo pormenorizado de sus hechos y fundamentos con los de la sentencia recurrida. En lo sustantivo, los hechos, fundamentos y pretensiones de las sentencias comparadas no tienen nada que ver, por lo que deviene imposible el juicio de contradicción que abriría la puerta al tratamiento del tema propuesto, de acuerdo con jurisprudencia constante (por todas STS, sala general, 21-noviembre-2000 – recurso 234/2000, con voto particular --, que cita precedentes, y ha sido seguida luego por otras muchas resoluciones); y tampoco tales hechos y fundamentos, relativos a un proceso de despido disciplinario, son sustancialmente idénticos a los de la resolución impugnada. Y, en fin, la propuesta impugnatoria de estos motivos carece de contenido casacional, en cuanto que pretende una nueva valoración de la prueba, que no tiene cabida en la casación para unificación de doctrina.

3.- Los restantes motivos del recurso de “TELEVISIÓN DE GALICIA, S.A.” coinciden con los articulados a través de tres motivos distintos por “PRODUCTORA EL PROGRESO, S.A.”, que, como indica el Ministerio Fiscal, efectúan “*una descomposición artificial del sentido unitario de la controversia*”, por ello de las tres sentencias invocadas por esta última como de contraste solo se debe analizar la más moderna, la dictada por el TSJ/Canarias, que coincide con una de las dos también en exceso invocadas por la otra parte recurrente. En todos ellos se trata la cuestión de fondo de la calificación como cesión ilegal o como trabajo en subcontratación lícita de la prestación de servicios de la actora formalmente imputada a “PRODUCTORA EL PROGRESO, S.A.”. Las sentencias de contraste invocadas para sustanciar este tema de casación son una de la Sala de lo Social del TSJ/Galicia de 15-junio-2007(rollo 1753/2006), y otra de la Sala de lo Social del TSJ/Canarias (Las Palmas) de 29-junio-2005 (rollo 814/2004). Ambas se refieren también a la delimitación de los supuestos de hecho de los artículos 42 y 43 ET, pero las circunstancias de los litigios enjuiciados difieren en aspectos sustanciales de las apreciadas en el presente caso. En la sentencia de contraste de la Sala de Galicia, a diferencia de lo que ocurre en la impugnada, la obra subcontratada tiene relación con el montaje y la reparación de turbinas y generadores por parte de una empresa auxiliar, la cual realiza los encargos “*por pedidos*”, y es la que dirige efectivamente los trabajos coordinándolos a través de un jefe de equipo, asumiendo además la protección personal y la dotación de “*propio uniforme de trabajo*” a sus empleados. También son claramente distintos los hechos, fundamentos y pretensiones de la sentencia de la Sala de Canarias, a pesar de que el litigio resuelto se refiere a actividades coordinadas en el marco de la Televisión Pública de esta Comunidad Autónoma; se trata en este caso de un pleito de despido, y las circunstancias de la prestación de servicios difieren también en aspectos sustanciales: es la empresa a la que se ha imputado la relación de trabajo la que ejercita efectivamente el poder de dirección, emitiendo órdenes de trabajo (aun cuando “*a veces*” el personal directivo de la Televisión Pública regional también lo hacía), es también esta empresa la que elabora por sí misma “*la propuesta de parrilla de programación*” que constituye la principal función laboral del demandante despedido, y corresponde a la propia Sociedad Canaria de Televisión Regional (Socater) y no al Ente Público Radiotelevisión Canaria el pago de la retribución y la concesión de “*vacaciones, permisos, etc.*”. Por lo demás, los escritos de formalización de los recursos adolecen en la construcción de estos motivos de la misma deficiencia ya apreciada en los anteriores: falta en ellos el análisis comparativo pormenorizado de hechos, fundamentos y pretensiones en que consiste el requisito legal de “*relación precisa y circunstanciada de la contradicción alegada*” exigido en el art. 222 LPL.

CUARTO.- 1.- En lo que concierne al recurso de los trabajadores, el mismo debe ser desestimado, siguiendo, como se ha indicado, por razones de seguridad jurídica acordes con la finalidad unificadora de este recurso (arts. 9.3 CE y 217 LPL), la doctrina ya marcada por esta Sala IV resolviendo recursos de otros trabajadores que prestaban servicios en análogas condiciones con relación a alguna de las partes ahora demandadas como empleadoras, en concreto en sus SSTs/IV 8-abril-2009 (recurso 61/2008), 7-abril-2009 (recurso 3228/2008) y 23-abril-2009 (recurso 70/2008).

2.- El segundo de los motivos del recurso de los trabajadores propone la aplicación en el caso de la condena de futuro prevista en el art. 220 de la supletoria Ley de Enjuiciamiento Civil (“*Cuando se reclame el pago de intereses o de prestaciones periódicas, la sentencia podrá incluir la condena a satisfacer los intereses o prestaciones que se devenguen con posterioridad al momento en que se dicten*”). Es ésta de la condena de futuro una potestad del juez, cuyo ejercicio depende, según doctrina jurisprudencial reiterada (por todas, STC 194/1993, relativa a un litigio laboral), de que concurran en el caso motivos suficientes que justifiquen la puesta en práctica de esta medida de economía procesal que el ordenamiento dispone en beneficio de la parte acreedora (y también, secundariamente, del propio órgano jurisdiccional). Siguiendo la jurisprudencia constitucional citada, la apreciación de estos motivos puede variar de un caso a otro, según las circunstancias y actitudes de los litigantes.

3.- Partiendo de la anterior premisa, debemos llegar a la conclusión de que no hay contradicción entre la sentencia recurrida y la aportada para comparación, dictada por la Sala de lo Social del TSJ/La Rioja en fecha 17-julio-2003(rollo 214/2033). Las acciones ejercitadas en una y otra son distintas (en la sentencia de contraste, el objeto del proceso es una reclamación de cantidad por desempeño de labores de superior categoría); y también lo es, a la vista de sus respectivos comportamientos procesales, la actitud de las partes litigantes, constando en el presente pleito la regularización de la cesión ilegal decretada en la instancia, mientras que en la sentencia de contraste, como dice el informe del Ministerio Fiscal, se trata "*de evitar un reiterado incumplimiento por parte de la demandada*", acreditándose así "*un interés legítimo de los trabajadores*" en la condena de futuro, que les evita reiterar una probable discusión jurisdiccional de sus diferencias en otros litigios posteriores.

QUINTO.- 1.- Una última cuestión jurídica a dilucidar en esta sentencia es la propuesta en el primer motivo del recurso de los trabajadores demandantes. En este motivo se reitera la petición desestimada en grados jurisdiccionales anteriores, de que sus contratos de trabajo con "TELEVISIÓN DE GALICIA, S.A." sean calificados como relación laboral de carácter fijo y no indefinido. Se entienden infringidos aquí, según esta parte recurrente, los artículos 15 y 43 ET, aportándose como sentencia de contraste una de la Sala de lo Social del TSJ/Galicia de fecha 15-octubre-2003 (rollo 4623/2003), existiendo la referida contradicción.

2.- El motivo debe ser desestimado por falta de contenido casacional, al coincidir la doctrina en que se apoya la sentencia recurrida con la jurisprudencia de esta Sala sobre la cuestión controvertida. De acuerdo con la referida doctrina jurisprudencial, en los casos de cesión ilegal donde aparece implicada una Administración Pública (o una empresa pública sujeta al régimen de contratación laboral propio de las Administraciones Públicas) la declaración judicial que corresponde en aplicación del art. 43.4 ET es que el trabajador está vinculado a la entidad empleadora por contrato indefinido y no la de trabajador fijo (SSTS/IV 17-septiembre-2002 -recurso 3047/2001; 19-noviembre-2002 -recurso 909/2002; y otras varias posteriores). En el supuesto enjuiciado, "TELEVISIÓN DE GALICIA, S.A." es, como es notorio, una empresa propiedad de una Administración Pública, en la que la contratación del personal ha de estar sometida a los principios de igualdad, publicidad y mérito. De ahí que la atribución de fijeza a sus empleados, incluidos los que adquieren tal condición por la vía del art. 43.4 ET, requiera la superación de un concurso de méritos. En particular, la aplicación a las empresas públicas de la selección del personal laboral por concurso de méritos se contiene entre otras muchas en SSTS/IV 21-mayo-2008 (recurso 4607/2006), para Correos y Telégrafos, y 12-mayo-2008 (recurso 1956/2007), para el Ente Público RTVE.

SEXTO.- La conclusión de los razonamientos anteriores es que los tres recursos interpuestos deben ser desestimados; lo que acarrea la pérdida de los depósitos para recurrir y el mantenimiento de las consignaciones o aseguramientos que se hubieren prestado para cumplir con su fin (art. 226.3 LPL); con imposición de las costas a la parte vencida en el recurso, excepto a la que goce del beneficio de justicia gratuita (art. 233 LPL).

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

Desestimamos los recursos de casación para la unificación de doctrina interpuestos por los trabajadores Don PEDRO, Don ALFONSO, Don JORGE JOSÉ, Don JOSÉ LUIS, Don JUAN CARLOS y Don PEDRO MANUEL, por la entidad "TELEVISIÓN DE GALICIA, S.A." y por la entidad "PRODUCTORA EL PROGRESO, S.L.", contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, de fecha 26-noviembre-2007 (rollo 3355/2007), en el recurso de suplicación interpuesto, por la parte demandante y las antes citadas entidades como codemandadas, contra la sentencia dictada en fecha 9-febrero-2007 por el Juzgado de lo Social nº 1 de Lugo (autos 710/2006), en autos seguidos a instancia de dichos trabajadores recurrentes, contra "COMPAÑÍA DE RADIOTELEVISIÓN DE GALICIA" y sus sociedades "RADIOTELEVISIÓN DE GALICIA, S.A." y "TELEVISIÓN DE GALICIA" y como codemandada "PRODUCTORA EL PROGRESO, S.A." sobre cesión ilegal de trabajadores y salarios. Decretamos la pérdida de los depósitos para recurrir y el mantenimiento de las consignaciones o aseguramientos que se hubieren prestado para cumplir con su fin; con imposición de las costas a la parte vencida en el recurso, excepto a la que goce del beneficio de justicia gratuita.

Devuélvanse las actuaciones a la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social (Unificación de Doctrina): Sentencia de 29/04/2009

Ponente: Excmo. Sr. D. Víctor Fuentes López

Síntesis

PENSION DE VIUEDAD SOLICITADA POR QUIEN CONVIVIO "MORE UXORIO" CON OTRA PERSONA DEL MISMO SEXO, fallecida antes de la entrada en vigor de la Ley 13/2005, que reguló el matrimonio entre homosexuales. Se deniega la prestación. El Tribunal Supremo estima que no procede aplicar la Disposición Adicional 10ª de la Ley 30/81 ni directamente ni por analogía. No se aprecia discriminación. Se formulan Votos particulares.

Fundamentos de Derecho:

PRIMERO.- La cuestión debatida en el presente recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el INSS contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social, de Asturias en 16-11-2007 es la de si procede el reconocimiento de pensión de viudedad al actor por el fallecimiento de su pareja del mismo sexo con la que convivía "more uxorio", acaecida antes de la entrada en vigor de la Ley 13/2005 de 1 de julio que reconoció el derecho a contraer matrimonio a las personas del mismo sexo.

SEGUNDO.- En el caso de la recurrida, el demandante y su pareja de hecho convivieron durante quince años hasta el fallecimiento de este último producida el 3-07-2003, figurando inscritos como pareja de hecho en el Registro Municipal de Uniones desde el 5-09-1996; el demandante con ocasión de la entrada en vigor de la Ley 13/2005 por la que se modificó el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio solicitó el INSS en 13-06-2006, pensión de viudedad por el fallecimiento de su pareja lo que fue denegado por Resolución de 14-06-2006; desestimándose la reclamación previa en 3-08-2006.

Planteada demanda, la sentencia del Juzgado de lo Social de Gijón nº 4, desestimó la demanda, lo que fue revocado en suplicación por sentencia de la Sala de lo Social de Asturias de 16-11-2007, ahora impugnada, que estimando la demanda reconoció al actor el derecho a la pensión de viudedad con efectos de 13-03-2006, con una base reguladora de 845,91 euros con las mejoras y revalorizaciones precedentes. La Sala interpretando el art. 174-1 de la Ley General de la Seguridad Social, en relación con la Disposición Adicional 10ª de la Ley 30/1981 de 7 de julio, y con la Disposición Adicional Primera de la Ley 13/2005 de 1 de julio consideró que la D.A. 10ª esta última, seguía vigente en casos como el de autos, y era de aplicación al supuesto concreto aquí planteado en el que concurre una convivencia "more uxorio", hasta el fallecimiento de uno de ellos acaecido con anterioridad a la Ley de 2005 y una imposibilidad de contraer matrimonio que tenían los integrantes de esa unión por impedirlo la legislación vigente, por la que se reconoció la pensión de viudedad reclamada.

TERCERO.- Contra dicha sentencia se interpuso el presente recurso invocando como sentencia contraria la de la Sala de lo Social de Madrid de 15-03-2007 (R-6432/06) en donde también se contemplaba un supuesto en el que el demandante había convivido "more uxorio" con otra persona del mismo sexo, desde hacía mas de 25 años, estando inscritos en el Registro de parejas de hecho de la CAM desde el 13-11-2002, muriendo el causante el 23-08-2004, es decir antes de la entrada en vigor de la Ley 13/2005, solicitando pensión de viudedad el 30-01-2006, que le fue denegada administrativamente por no haber acreditado matrimonio con el fallecido, y también en la sentencia recurrida que negó, a través de un amplio razonamiento que fuera de aplicación la D.A. Décima de la Ley 30/1981, no conteniéndose en la Ley 13/2005, ninguna norma que permita dar efecto retroactivo a esta Ley, ni que con su decisión se vulnerara el art. 14 C.E. por discriminación.

Existe, como se deduce de lo antes expuesto la contradicción invocada al tratarse de supuestos similares, siendo los fallos distintos, ya que mientras la recurrida reconoce la prestación, la de contraste lo deniega tras interpretar la misma normativa.

CUARTO.- En el recurso se denuncia infracción por la sentencia recurrida, de la Disposición Adicional 1ª de la Ley 13/2005 de 1 de julio, Disposición Adicional 10ª de la Ley 30/1981 de 7 de julio, en relación con el art. 174 del R. Decreto Legislativo 1/1994 de 20 de junio (TRLGSS), Art. 2-3 Código Civil y Disposición Final de la Ley 13/2005 de 7 de julio.

La tesis correcta es la de la sentencia de contraste por lo siguiente:

a) La Ley 13/2005 de 7 julio, que modificó el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio añadió un segundo párrafo al art. 44 con la siguiente redacción: "el matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo ó de diferente sexo", por tanto es solo a partir de la entrada en vigor de dicha Ley, al día siguiente de su publicación, cuando podían contraer matrimonio personas del mismo sexo, no contemplando la misma ninguna norma

transitoria, que permita sostener la aplicación de los efectos de dicho matrimonio al supuesto de autos, pareja de hecho desde el año 1996, inscrita como tal en el Registro de parejas de hecho, y en donde el fallecimiento del causante se produjo antes de la entrada en vigor de la Ley referida, sin que tampoco del contenido de su Disposición Adicional primera, sobre aplicación del ordenamiento, cuando dispone que las disposiciones legales y reglamentos que contengan alguna referencia al matrimonio se entenderán aplicables con independencia del sexo de sus integrantes, pueda derivarse la retroactividad a supuestos como el de autos, pues como acertadamente dice la sentencia referencial con dicha expresión, el legislador lo que pretende es trasladar el supuesto nuevo de matrimonio, a todos los textos legales que lo contemplan, como se afirma en su Exposición de Motivos, sin otro alcance, máxime si la LGSS en su art. 174, ya regulaba la pensión de viudedad, norma a la que si se refiere la Ley 13/2005, en iguales términos a los actuales.

Pretender aplicar la Ley 13/2005, a situaciones anteriores producidas antes de su entrada en vigor, también sería contrario al artículo 3-2 del Código Civil, que dispone la irretroactividad de la Ley, salvo que se dispusiere lo contrario, que ya hemos dicho, no es el caso de autos; es más si el Legislador de 2005, lo hubiera querido, al tiempo de promulgar dicha Ley, o lo quisiera en un futuro, siempre puede hacerlo, a través de una reforma legislativa, lo que no es posible, que esa omisión se supla por los Organos Jurisdiccionales, asumiendo funciones Legislativas, que no le corresponden, y que van en contra de lo dispuesto en el art. 3-2 del Código Civil.

El único efecto retroactivo previsto en relación con la indicada Ley, directamente relacionado con el derecho a obtener la pensión de viudedad, se halla en la Disposición adicional tercera de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social, pero para poder acceder a tal derecho habría de cubrir el demandante las exigencias específicas allí previstas para tener derecho a tal prestación y sobre esta concreta cuestión nada se ha discutido ni alegado en el presente procedimiento, razón por la cual el reconocimiento o no de la misma sobre el concurso o no de aquellas exigencias deviene cuestión ajena al presente proceso.

b) Como razonó la sentencia de contraste tampoco es de aplicación al caso de autos, ni directamente ni por analogía la Disposición Adicional Décima 2ª de la Ley 30/1981 de 1 de julio, que modificó la regulación del matrimonio en el Código Civil y determinó el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio, y que estableció con carácter provisional que en tanto se diera una regulación definitiva en la correspondiente legislación, en materia de Pensiones y Seguridad Social, a quienes no hubieran podido contraer matrimonio, por impedírsele la legislación vigente hasta la fecha, pero hubieran vivido como tal, acaecido el fallecimiento de uno de ellos con anterioridad a la vigencia de esta Ley, el otro tendría derecho a los beneficios a que se hace referencia en el apartado primero de esta disposición y a la pensión correspondiente conforme a lo que establecía el apartado siguiente; como dice el Ministerio Fiscal en su informe favorable a la procedencia del recurso, a falta de una disposición expresa, es decir un mandamiento positivo y directo, como el que figuraba en la Ley 30/1981, en su disposición Adicional 2ª, que equiparara las anteriores uniones de hecho del mismo sexo con el vínculo conyugal, a efectos de percibir la prestación de viudedad al conviviente, que falleció antes de la reforma, no cabe la aplicación de dicha normativa por no existir identidad; tampoco cabe la aplicación analógica de la Adicional 10ª-2 de la Ley de 1981, con base al art. 4-1 del Código Civil, que dispone la aplicación analógica de la normas cuando éstas no contemplan un supuesto específico, pero regulan otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón; no se trata aquí como en el caso de la Adicional 10-2 de la Ley de 1981, de personas que se encontraban conviviendo de hecho antes de la Ley de Divorcio y que no podían acceder a un nuevo matrimonio por una circunstancia diferente, como era estar ya casados, existiendo un obstáculo legal para poder casarse de nuevo, como era la inexistencia del divorcio, sino de una situación distinta derivada de que el matrimonio entre personas del mismo sexo no era una institución jurídicamente regulada ni existía un derecho constitucional a su establecimiento, como también decía la sentencia de contraste, citando la ST del Tribunal Constitucional 140/2005 de 6 de junio; la razón de ser de la citada disposición adicional era la imposibilidad legal de disolver el primer vínculo y contraer un nuevo matrimonio no siendo esta la razón de ser que motivó la regulación introducida por la Ley 13/2005. En la fecha del hecho causante de la prestación, que es la del fallecimiento de la pareja del solicitante de la pensión, de acuerdo con el art. 174 LGSS, precepto no modificado, no existía matrimonio entre parejas homosexuales, careciendo por tanto de derecho a la prestación solicitada, por las razones antes dichas; no hay una laguna en la Ley que haga necesario interpretarla en este punto.

c) Por último tampoco puede sostenerse que la prohibición del matrimonio entre personas del mismo sexo y la consiguiente imposibilidad de acceder a la pensión de viudedad por parejas homosexuales convivientes “more uxorio” existente con anterioridad a la promulgación de la Ley 13/2005 constituyera una desigualdad de trato contraria al art. 14 de la Constitución. En efecto, como ya dijo el Tribunal Constitucional en su Auto 222/1994, de 11 de julio, recordando otras sentencias anteriores en el mismo sentido “la exigencia de vínculo matrimonial para acceder a la pensión de viudedad establecida dentro del sistema de la Seguridad Social no pugna con el art. 14 de la CE, ni tampoco las medidas de los poderes públicos que otorguen un trato distinto y más favorable a la unidad familiar basada en el matrimonio”, añadiendo – y esto tiene especial interés para el caso -que “la unión entre personas del mismo sexo biológico no es una institución jurídicamente regulada, ni existe un derecho constitucional a su establecimiento: todo lo contrario al matrimonio entre hombre y mujer que es un derecho constitucional (art. 32.1),

argumento avalado entonces por sendas sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que citaba (caso Rees, de 17 de octubre de 1986 y caso Coasey, 27 de septiembre de 1990)".

Al lado de esta situación es cierto que existen reiteradas previsiones de derecho internacional alertando sobre una posible discriminación en el tratamiento de las personas por razón de su orientación sexual, cual puede apreciarse en el art. 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en el art. 13 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, en el art. 21.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y en la Directivas que se citan en el recurso, entre ellas la Directiva 2000/78/CE del Consejo sobre la exigencia de igualdad de trato en el empleo y la ocupación e incluso en la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Gran Sala) de 1 de abril, Maruko (Asunto C- 267/2006) argumentó sobre la necesidad de un tratamiento igualitario a favor del supérstite de una pareja homosexual y le reconoció una indemnización prevista en un acuerdo colectivo para los casos de viudedad, contemplando un supuesto en el que el fallecimiento del causante de la prestación se había producido después de haberse promulgado la legislación reguladora de los derechos de las parejas homosexuales. De todo ello se desprende que en los últimos años se ha producido en muy diversos ámbitos una justificada sensibilidad social a favor de dar un trato igualitario de las uniones homosexuales. Esta nueva sensibilidad derivada de una nueva realidad social es la que ha recogido el legislador español en la Ley 13/2005: ha calibrado lo acertado de aquellas previsiones y, sobre la percepción de lo que constituía la nueva apreciación de la sociedad española en relación con esta cuestión, lo que ha hecho es ampliar el campo de derechos de las parejas homosexuales para equipararlas a las heterosexuales, con un acto legislativo nuevo y radicalmente innovador; tal situación viene recogida de forma expresa en la exposición de motivos de dicha Ley, pues, aun cuando en la norma nueva se habla en alguna ocasión de "discriminación" contemplando la situación anterior desde la nueva perspectiva, lo que realmente está diciendo y dice textualmente el texto de dicha exposición es que, partiendo de la base de que el derecho a contraer matrimonio es un derecho de la persona, "será la ley que desarrolle este derecho dentro del margen de opciones abierto por la Constitución la que en cada momento histórico y de acuerdo con sus valores dominantes, determinará la capacidad exigida para contraer matrimonio, así como su contenido y régimen jurídico", añadiendo que es la evolución de la sociedad y la aceptación y reconocimiento social de la convivencia entre parejas de hecho la que le ha llevado a la "instauración" de este nuevo marco de convivencia.

En definitiva, lo que ha hecho la nueva Ley no es eliminar una discriminación preexistente sino instaurar algo nuevo, eliminando una concepción que estimó anticuada acerca de la naturaleza de las relaciones de convivencia entre parejas de un mismo sexo, y construyendo con ello un nuevo marco de derechos y deberes que antes no tenían las parejas homosexuales, todo ello con un carácter constitutivo y novedoso que por su propia naturaleza sólo tiene efectos "ex nunc" o sea, carácter prospectivo y no retroactivo. Si el legislador hubiera querido darle aplicación retroactiva lo hubiera dicho, y si el derecho ahora regulado fuera inconstitucional por discriminatorio ya hubiera sido reconocido por el Tribunal Constitucional así como el derecho consiguiente a la pensión de viudedad; y si ni una cosa ni otra se ha producido es porque estamos ante un marco nuevo de derechos que el legislador ha querido que tenga aplicación a partir de su vigencia, pues es en dicho momento en que el legislador, que es a quien únicamente le corresponde hacerlo, ha considerado que la sociedad estaba preparada para introducir tal innovación. No obstante, en relación concreta con el derecho a obtener pensiones de viudedad sí que introdujo el legislador de 2007 (Ley 40/2007) unos efectos retroactivos que no vienen condicionados sólo por el hecho del matrimonio sino por el cumplimiento de otros requisitos que, como se dijo ya en otro momento anterior, no han sido objeto de discusión en el presente asunto.

QUINTO.- En consecuencia el recurso debe estimarse casando y anulando la sentencia recurrida y resolviendo el debate en suplicación, procede desestimar el recurso del actor contra la sentencia de instancia que desestimo la demanda, que confirmamos; sin costas.

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

Estimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la representación del INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL contra la sentencia dictada el 16 de noviembre de 2007 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, en recurso de suplicación nº 964/07, La casamos y anulamos y resolviendo el debate de suplicación, desestimamos el recurso de D. ALEJANDRO, contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 4 de los de Gijón autos núm. 739/06, que desestimo la demanda, Sin costas.

Devuélvase las actuaciones al Organismo Jurisdiccional de procedencia, con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL EXCMO. SR. MAGISTRADO Don FERNANDO SALINAS MOLINA A LA SENTENCIA DE SALA GENERAL DE FECHA 29-ABRIL-2009 (RECURSO 577/2008), AL QUE SE ADHIEREN, FORMULÁNDOLO CONJUNTAMENTE, LOS/AS EXCMOS/AS SRS/SRAS MAGISTRADOS/AS Don LUIS FERNANDO DE CASTRO FERNÁNDEZ, Don JORDI AGUSTÍ JULÍA, Doña MARÍA LUISA SEGOVIANO ASTABURUABA y Doña ROSA MARÍA VIROLÈS PIÑOL.

De conformidad con lo establecido en el artículo 260.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, formulamos voto particular a la sentencia dictada en Sala General en fecha 29-abril-2009 (recurso 577/2008), para sostener la posición que mantuvimos en la deliberación, favorable a la desestimación del recurso de la Entidad Gestora y a confirmar la sentencia de suplicación impugnada, en la que se reconocía la pensión de viudedad a quien había convivido largo tiempo “*more uxorio*” con su pareja del mismo sexo y que no había podido contraer matrimonio por haber fallecido con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 13/2005 de 1-julio (que modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio).

El voto particular se funda en las siguientes consideraciones jurídicas:

I.- El principio de igualdad de efectos del matrimonio con independencia del sexo de los contrayentes.- Extensión normativa expresa a los efectos relativos a los “derechos y prestaciones sociales, interpretación ex Exposición de Motivos.- El principio de igualdad y el alcance de la Disposición Adicional 1ª de la Ley 13/2005.

El nuevo art. 44 del Código Civil (CC), sobre el “derecho a contraer matrimonio”, dispone que “*El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio conforme a las disposiciones de este Código*”, habiéndose adicionado, por imperativo de lo dispuesto en artículo único.1 de Ley 13/2005 de 1-julio (que modifica el CC en materia de derecho a contraer matrimonio), que “*El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo*”.

El legislador, por consiguiente, pretende y proclama la igualdad real, efectiva y plena de requisitos y efectos del matrimonio con independencia del sexo de los contrayentes.

La citada Ley 13/2005 (BOE 2-julio-2005), -- que entró en vigor el día 3-julio-2005 (disposición final 2ª)--, destaca en su Exposición de Motivos el anclaje constitucional y en la normativa comunitaria de la regulación que establece, mediante la que se afirma poner fin a la prohibición de contraer matrimonio a las parejas del mismo sexo y garantizándoles los plenos derechos y beneficios del matrimonio.

En el primer aspecto (referente al anclaje constitucional), destaca el legislador que quiere fundamentarse en los principios de igualdad y de no discriminación aun no plasmados legislativamente en esta materia hasta entonces; lo que, entendemos, debe considerarse que no es óbice a su previa existencia aun no reflejada en esta materia con el rigor necesario hasta fechas muy recientes en la jurisprudencia interpretativa del texto constitucional y de la normativa sobre derechos humanos. Así, afirma la Exposición de Motivos que “*la opción reflejada en esta Ley tiene unos fundamentos constitucionales que deben ser tenidos en cuenta por el legislador. Así, la promoción de la igualdad efectiva de los ciudadanos en el libre desarrollo de su personalidad (arts. 9.2 y 10.1 CE), la preservación de la libertad en lo que a las formas de convivencia se refiere (art. 1.1 CE) y la instauración de un marco de igualdad real en el disfrute de los derechos sin discriminación alguna por razón de sexo, opinión o cualquier otra condición personal o social (art. 14 CE) son valores consagrados constitucionalmente cuya plasmación debe reflejarse en la regulación de las normas que delimitan el estatus del ciudadano, en una sociedad libre, pluralista y abierta*”.

En la misma línea de igualdad y de equiparación plena del matrimonio homosexual al matrimonio entre personas de distinto sexo – que abarca incluso expresamente los efectos referidos a los “derechos y prestaciones sociales” --, continúa la Exposición de Motivos señalando que “*la Ley permite que el matrimonio sea celebrado entre personas del mismo o distinto sexo, con plenitud e igualdad de derechos y obligaciones cualquiera que sea su composición*” y que “*En consecuencia, los efectos del matrimonio, que se mantienen en su integridad respetando la configuración objetiva de la institución, serán únicos en todos los ámbitos con independencia del sexo de los contrayentes; entre otros, tanto los referidos a derechos y prestaciones sociales como la posibilidad de ser parte en procedimientos de adopción*”. Se pretende legislativamente, en definitiva y expresamente, que, con independencia del sexo de los contrayentes, los efectos del matrimonio sean idénticos o únicos en materia de derechos y de prestaciones sociales.

Para lograr la referida equiparación plena, la Ley 13/2005 no procede a modificar todos y cada uno de los preceptos contenidos en las múltiples leyes de diversos ámbitos que contienen referencia al matrimonio, habiéndose limitado a modificar, -- lo que constituye su objeto (“*modifica el CC en materia de derecho a contraer matrimonio*”) --, los concretos preceptos del Código Civil (arts. 44, 66, 67, 154, 160, 164, 175, 178, 637, 1323, 1344, 1348, 1351, 1361, 1365, 1404 y 1458 CC) y los necesarios para su aplicación en el derivado ámbito del Registro Civil (arts. 46, 48 y 53 Ley 8-junio-1957 sobre el Registro Civil.), pero estableciendo expresamente, para extender a todas y cada una de las normas legales y reglamentarias su proclamado principio de igualdad y de

equiparación plena de efectos, como se sigue razonando en su Exposición de Motivos, que “*como resultado de la disposición adicional primera de la presente Ley, todas las referencias al matrimonio que se contienen en nuestro ordenamiento jurídico han de entenderse aplicables tanto al matrimonio de dos personas del mismo sexo como al integrado por dos personas de distinto sexo*”. En efecto, en la referida Disposición adicional primera, relativa a la “*aplicación en el ordenamiento*”, se establece expresamente que “*las disposiciones legales y reglamentarias que contengan alguna referencia al matrimonio se entenderán aplicables con independencia del sexo de sus integrantes*”.

En el segundo aspecto, el amparo o anclaje del nuevo texto legal sobre el matrimonio de personas del mismo sexo en la normativa comunitaria, la Exposición de Motivos resalta “*la Resolución del Parlamento Europeo, de 8-febrero-1994, en la que expresamente se pide a la Comisión Europea que presente una propuesta de recomendación a los efectos de poner fin a la prohibición de contraer matrimonio a las parejas del mismo sexo, y garantizarles los plenos derechos y beneficios del matrimonio*”.

A la luz de la actual normativa no podemos compartir, por lo expuesto, algunas de las afirmaciones reiteradamente contenidas en la sentencia aprobada mayoritariamente sobre que no existe un derecho constitucional a la unión de personas del mismo sexo a diferencia del matrimonio entre hombre o mujer que es un derecho constitucional o sobre que lo que ha hecho la nueva ley no es eliminar una discriminación preexistente sino instaurar algo nuevo, para con tal fundamento seguir manteniendo actualmente posibles desigualdades entre los efectos de uno u otro matrimonio, para negar la aplicación analógica de las normas o para justificar que al matrimonio de personas de distintos sexo se aplicaran unos efectos retroactivos que ahora se niegan al de personas del mismo sexo bajo el pretexto de la creación “*ex nunc*” de un nuevo derecho (lo que, por cierto, no cuestionan para la pensión de viudedad que denominan “*retroactiva*” cuando se trata de meras parejas de hecho).

II.- Matrimonio de personas del mismo sexo y prestaciones de seguridad social por muerte y supervivencia: la igualdad de efectos, la pensión de viudedad y la problemática de la transitoriedad

Como se ha indicado, la Ley 13/2005 no modificó de forma material ningún precepto de la LGSS, ni siquiera en el ámbito más sensible de las prestaciones por muerte o supervivencia o de las prestaciones familiares, para equiparar como causantes o como beneficiarios a los integrantes de los matrimonios homosexuales en las mismas condiciones que con respecto a los contrayentes heterosexuales.

Lo que tampoco efectúa la posterior Ley 40/2007 de 4-diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social, -- la que no conlleva modificaciones de normas civiles sustantivas y se limita al estricto ámbito de la Seguridad Social --, y la que, con rigurosas limitaciones, estableció el derecho a determinadas prestaciones, entre ellas la pensión de viudedad, para los integrantes de “*parejas de hecho*”, con independencia del sexo u orientación sexual de sus integrantes (art. 174.3 LGSS y disposición adicional 3ª Ley 40/2007), si bien se aprovechó la reforma en los preceptos normativos que ahora nos afectan, relativos a las prestaciones por muerte y supervivencia (arts. 171 a 179 LGSS), para efectuar la imprescindible adaptación terminológica de los distintos artículos que contenían referencias explícitas al sexo de los integrantes del matrimonio.

No cabe duda, por tanto, que la referida técnica legislativa ex Disposición Adicional 1ª de la Ley 13/2005, y sin necesidad de haberse efectuado modificación expresa de la normativa de Seguridad Social, nos lleva a la conclusión de que a los efectos de la pensión de viudedad y con independencia del sexo de los integrantes del matrimonio, son idénticos los requisitos (con relación al causante y al beneficiario), contenido (base reguladora y porcentaje) y alcance o efectos (nacimiento, duración, extinción, pérdida y rehabilitación, compatibilidad) de la referida prestación.

Hasta aquí no hay problemas jurídicos con la plena equiparación y efectos.

La duda jurídica podría surgir, -- como acontece en el recurso de casación unificadora objeto de análisis y que ha dado lugar a la sentencia aprobada mayoritariamente de la que se discrepa --, en orden a las normas transitorias, es decir, con respecto al supuesto de personas del mismo sexo convivientes “*more uxorio*” que no hubieran podido contraer matrimonio, por impedírsele la legislación vigente hasta la entrada en vigor de la Ley 13/2005 (lo que aconteció el día 3-julio-2005), pero hubieran vivido como tal, de acaecer el fallecimiento de uno de ellos con anterioridad a la vigencia de dicha Ley.

La solución expresa o la analógica a esta cuestión no la debemos ni la podemos encontrar en la disposición adicional 3ª de la posterior Ley 40/2007, la que aun relativa al supuesto de “*parejas de hecho*” en su estricto concepto o consideración delimitado a los fines de la Seguridad Social (en defecto de posible normativa civil autonómica sobre su consideración y/o acreditación), y configurándola no como una disposición transitoria sino como una “*pensión de viudedad en supuestos especiales*”, contempla una estricta y limitada en el tiempo posibilidad de acceso a la prestación de viudedad y con requisitos estrictos (algunos de muy dudosa constitucionalidad) en los supuestos de que “*habiéndose producido el hecho causante con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley*”, concurran, entre otras circunstancias (convivencia ininterrumpida como pareja de hecho con el

causante, durante, al menos, los seis años anteriores al fallecimiento de éste; existencia de hijos comunes; el beneficiario no tenga reconocido derecho a pensión contributiva de la Seguridad Social; solicitud deberá ser presentada en el plazo improrrogable de los 12 meses siguientes a la entrada en vigor de esta Ley), que “a la muerte del causante, reuniendo éste los requisitos de alta y cotización a que se refiere el apartado 1 del art. 174 LGSS, no se hubiera podido causar derecho a pensión de viudedad”.

Aunque exista la previsión de “transitoriedad”, -- lo que no deja de ser importante interpretativamente y trascendente a los fines ahora analizados --, el supuesto de “parejas de hecho” y el de “matrimonio de personas del mismo sexo”, uno de cuyos integrantes hubiere fallecido con anterioridad a la entrada en vigor de la respectiva legislación permisiva, no es equiparable. Pues, por una parte, los matrimonios del mismo sexo están plena y expresamente equiparados a los “matrimonios heterosexuales”, y, por otra parte, en cuanto a las parejas de hecho, en la propia Exposición de Motivos de la Ley 40/2007 se argumenta que “La ausencia de una regulación jurídica de carácter general con respecto a las parejas de hecho hace imprescindible delimitar, si bien exclusivamente a efectos de la acción protectora de la Seguridad Social, los perfiles identificativos de dicha situación, intentando con ello una aproximación, en la medida de lo posible, a la institución matrimonial”, -- es decir, intento de aproximación en la determinación del concepto --, pero, -- y esta afirmación es trascendente a nuestros fines interpretativos --, que “no obstante, habida cuenta de la imposibilidad de conseguir la plena equiparación entre las parejas matrimoniales y las de hecho, se hace inviable la plena igualdad en el régimen jurídico de las prestaciones de viudedad”; es decir, se considera inviable la equiparación de parejas de hecho y matrimonio en cuantos a los referidos efectos.

Incluso con anterioridad a la Ley 40/2007, el Tribunal Constitucional afirmó reiteradamente la diferencia entre matrimonio y unión de hecho; así, en el ATC Pleno 393/2004 de 19-octubre se señala que “la unión de hecho no es una realidad equivalente al matrimonio y de realidades distintas puede el legislador extraer consecuencias distintas reconociendo una superior protección a las uniones bajo vínculo matrimonial legítimo, dentro de su amplia libertad de decisión”.

Más importantes elementos interpretativos nos suministra la denominada Ley de Divorcio (Ley 30/1981 de 7-julio, que modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio –BOE 20-julio-1981), que establece que la sentencia firme de divorcio disuelve el matrimonio y suprime el impedimento correspondiente para contraer nuevo matrimonio, y, aunque la esencial normativa modificada estaba ubicada en el Código Civil y derivadamente en la Ley de Enjuiciamiento Civil, en su Disposición Adicional Décima, -- para regular los efectos que respecto a los hijos, ascendientes u otros descendientes, cónyuges o excónyuges pudiera comportar la separación o el divorcio en materia de prestaciones de Seguridad Social o de clases pasivas --, se establecían con carácter provisional unas normas transitorias a la espera de su regulación definitiva en la correspondiente legislación como la de seguridad social. Entre las que se encontraba la norma que establecía que “Quienes no hubieran podido contraer matrimonio, por impedírsele la legislación vigente hasta la fecha, pero hubieran vivido como tal, acaecido el fallecimiento de uno de ellos con anterioridad a la vigencia de esta Ley, el otro tendrá derecho a los beneficios a que se hace referencia en el apartado primero de esta disposición – prestaciones de Seguridad Social -- y a la pensión correspondiente conforme a lo que establece en el apartado siguiente” (regla 2ª) y que “El derecho a la pensión de viudedad y demás ... prestaciones por razón de fallecimiento corresponderá a quien sea o haya sido cónyuge legítimo y en cuantía proporcional al tiempo vivido con el cónyuge fallecido, con independencia de las causas que hubieran determinado la separación o el divorcio” (regla 3ª).

Ante esta situación de pretendida y proclamada igualdad en el ámbito y efectos del matrimonio con independencia del sexo de sus integrantes, la cuestionada exigencia de regulación expresa de las situaciones de transitoriedad que analizamos, no fue objeto del debate parlamentario, lo que no puede suministrar argumentos a favor de su negativa a la equiparación analógica con la normativa prevista en la precedente Ley del Divorcio. En efecto, en el debate parlamentario de la Ley 13/2005, que tuvo lugar a partir del día 21-enero-2005 en el Congreso de los Diputados y en el Senado, no consta referencia alguna de que se propusiera (en el texto del proyecto de ley, en el informe de la ponencia o en alguna de las enmiendas o en las correspondientes sesiones) la inclusión de previsión alguna respecto a las posibles situaciones transitorias, como la ahora analizada, a pesar de que igualmente (como se efectuaba en la Ley de Divorcio respecto a la clásica y consolidada hasta entonces “indisolubilidad del matrimonio”) en el texto debatido se suprimía igualmente un clásico impedimento para contraer matrimonio, el consistente en la “identidad de sexo de los contrayentes”.

En base a los argumentos suministrados, además de lo hasta ahora expuesto, entre otros, por: a) el principio de plenitud e igualdad de derechos y obligaciones del matrimonio cualquiera que sea su composición; b) el que la referida equiparación plena abarque incluso expresamente los efectos referidos a “derechos y prestaciones sociales”, como interpreta auténticamente su Exposición de Motivos; y c) el contenido de la Disposición adicional primera, en la que se establece expresamente que “las disposiciones legales y reglamentarias que contengan alguna referencia al matrimonio se entenderán aplicables con independencia del sexo de sus integrantes”; permite interpretar que si efectivamente el legislador pretende la equiparación plena de efectos del matrimonio con independencia del sexo de los contrayentes y este es el principio que debe guiar a los intérpretes de la norma debe llegarse a una solución similar a la contenida en la Disposición Adicional 10ª de la Ley de Divorcio (Ley 30/1981 de 7-julio) al supuesto de las personas del mismo sexo que no hubieran podido contraer matrimonio, por impedírsele la legislación vigente

hasta la entrada en vigor de la Ley 13/2005, pero hubieran vivido como tal, de acaecer el fallecimiento de uno de ellos con anterioridad a la vigencia de dicha Ley .

Para llegar a tal conclusión, -- con apoyo esencial además en la antes citada Disposición Adicional 1ª de la Ley 13/2005--, es dable efectuar la aplicación analógica de la referida Disposición Adicional 10ª de la Ley 30/1981, pues procede “*la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón*” (art. 4.1 CC), dada la semejanza de supuestos (impedimento preexistente para contraer matrimonio que es suprimido en la nueva normativa e imposibilidad de celebrarlo por fallecimiento de uno de los convivientes como tal antes de la entrada en vigor la nueva normativa) y la identidad de razón (subvenir a la citación de necesidad derivada del referido fallecimiento); así como, con fundamento, también, en la referida equiparación e igualdad legal, con amparo constitucional y comunitario, establecida en la Ley 13/2005 de los efectos del matrimonio en todos los ámbitos (incluso los referidos a “*derechos y prestaciones sociales*”) con independencia del sexo de los contrayentes, lo que obliga a llegar a tal conclusión para evitar, en otro caso, una diferenciación o desigualdad carente de fundamento objetivo y razonable o en último extremo una posible discriminación por razón de la orientación sexual, es especial una vez que ya ha optado el legislador por regular el matrimonio de personas del mismo sexo declarando querer darle un trato plenamente igual al de los matrimonios del mismo sexo.

Rechazamos, por tanto, la afirmación contenida en la sentencia aprobada mayoritariamente que niega la identidad ex art. 4.1 CC amparándose en que se trata de “*una situación distinta derivada de que el matrimonio entre personas del mismo sexo no era una institución jurídicamente regulada ni existía un derecho constitucional a su establecimiento*”; así como la afirmación relativa a que el art. 3.2 CC impide que los órganos jurisdiccionales, salvo que asumen funciones legislativas de las que carecen, apliquen retroactivamente las leyes salvo que éstas dispusieren lo contrario, olvidando que la analogía ex art. 4.1 CC no está excluida para las normas de carácter transitorio y que el interprete debe buscar las soluciones más adecuadas para que no se produzcan vulneraciones de derechos fundamentales.

III.- Los derechos fundamentales a la igualdad y a la no discriminación: un paso adelante en su interpretación por la jurisprudencia española constitucional y ordinaria, por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y por la normativa comunitaria.

Partamos, en suma, de que el Legislador en la Ley 13/2005 ha establecido la igualdad plena de los matrimonios cualquiera que sea su composición y que de interpretarse que no lo ha hecho así en lo relativo al supuesto de transitoriedad analizado, cabe entender que el Legislador está incumpliendo sus principios, y debe buscarse una interpretación de la norma que evite esa desigualdad y resulte acorde con la finalidad legal pretendida, evitando vulneración de derechos fundamentales.

Señalemos, en el primer aspecto (derecho a la igualdad en su vertiente de igualdad en la aplicación de la ley), que ya en una antigua STC 155/1998 de 13-julio, aun referida a la normativa arrendaticia pero con cita luego de sentencias del propio Tribunal Constitucional afectante a pensiones de viudedad de convivientes “*more uxorio*” (SSTC 260/1988 de 22-diciembre y 29/1992 de 9-marzo), afirmó muy claramente que “*al no darse las condiciones de libertad para contraer matrimonio o no hacerlo debido a causas constitucionalmente proscritas, debe presumirse que quienes convivieron ‘more uxorio’ lo hicieron así porque no gozaron de la libertad efectiva para contraer matrimonio y, en consecuencia, deben reconocérseles los mismos derechos que hubieran tenido de haber formado una convivencia matrimonial*” y que “*En efecto, así como el Tribunal Constitucional ha venido presuponiendo que, salvo prueba en contrario (STC 260/1988) tras la entrada en vigor de la Ley 30/1981, quienes no contraen matrimonio es porque libremente no quieren hacerlo (STC 29/1992)*”, afirma con rotundidad que “*antes de esa fecha debe presumirse, salvo prueba en contrario -que en el proceso aquí enjuiciado no se aporta-, que los convivientes ‘more uxorio’ se vieron jurídicamente impedidos de formalizar ese vínculo matrimonial, por lo que merecen igual trato que los que mantuvieron este tipo de convivencia*”.

Destacar también la doctrina constitucional, aplicable incluso a supuestos de vulneración de derechos fundamentales acaecidos antes de la entrada en vigor de la CE, declarativa de que “*las parejas matrimoniales y las no matrimoniales han de equipararse por no haber podido las últimas contraer matrimonio en virtud de una causa no admisible constitucionalmente*” (STC 180/2001 de 17-septiembre).

Recordemos, por otra parte (no discriminación por orientación sexual), que el Tribunal Constitucional (en especial en su STC 41/2006 de 13-febrero), en interpretación conjunta del esencial art. 10 CE (relativo a la dignidad humana) en relación con el art. 14 CE (igualdad), llega a la conclusión de que la “*orientación homosexual*”, si bien no aparece expresamente mencionada en el art. 14 CE como uno de los concretos supuestos en que queda prohibido un trato discriminatorio, “*es indudablemente una circunstancia incluida en la cláusula ‘cualquier otra condición o circunstancia personal o social’ a la que debe ser referida la interdicción de la discriminación*”. Afirma que a tal conclusión “*se llega a partir, por un lado, de la constatación de que la orientación homosexual comparte con el resto de los supuestos mencionados en el art. 14 CE el hecho de ser una diferencia históricamente muy arraigada y que ha situado a los homosexuales, tanto por la acción de los poderes públicos como por la*

práctica social, en posiciones desventajosas y contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el art. 10.1 CE, por los profundos prejuicios arraigados normativa y socialmente contra esta minoría; y, por otro, del examen de la normativa que, ex art. 10.2 CE, debe servir de fuente interpretativa del art. 14 CE.

En este segundo e importante aspecto, la citada STC 41/2006, argumenta en apoyo de su tesis que “*puede citarse a modo de ejemplo que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, al analizar el alcance del art. 14 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (CEDH), ha destacado que la orientación sexual es una noción que se contempla, sin duda, en dicho artículo, señalando que la lista que encierra el precepto tiene un carácter indicativo y no limitativo (STEDH de 21-diciembre-1999 ...); insistiéndose expresamente en que en la medida en que la orientación sexual es un concepto amparado por el art. 14 CEDH, como las diferencias basadas en el sexo, las diferencias basadas en la orientación sexual exigen razones especialmente importantes para ser justificadas*”, invocando, además, las SSTEDH de 9-enero-2003, 24-julio-2003, 10-febrero-2004, 21-octubre-2004, 3-febrero-2005, 26-mayo-2005 o 2-junio-2005.

Igualmente señala que “*en relación con el art. 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en que se establece también la cláusula de igualdad de trato e interdicción de la discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas ha destacado que la prohibición contra la discriminación por motivos de sexo (art. 26) comprende la discriminación basada en la orientación sexual (señaladamente, Dictamen de 4-abril-1994, comunicación núm. 488/1992, ... y Dictamen de 18-septiembre-2003, comunicación núm. 941/2000 ...)*”, así como que “*es imprescindible la cita del art. 13 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, que contiene la orientación sexual como una de las causas de discriminación cuando señala que «Sin perjuicio de las demás disposiciones del presente Tratado y dentro de los límites de las competencias atribuidas a la Comunidad por el mismo, el Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, podrá adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual»*” y haciendo referencia, en este sentido, entre otras a las Directivas 2005/71/CE del Consejo de 12-octubre-2005, 2004/114/CE de 13-diciembre-2004, Directiva 2004/83/CE de 29-abril-2004, 2004/81/CE de 29-abril-2004, 2003/109/CE de 25-noviembre-2003, 2003/86/CE de 22-septiembre-2003 y 2000/78/CE de 27-noviembre-2000.

Añadiendo, finalmente, que “*el art. 21.1 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, aprobada en Niza el 7-diciembre-2000, contempla de manera explícita la «orientación sexual» como una de las razones en que queda prohibido ejercer cualquier tipo de discriminación*”.

Argumentos todos ellos que conducen a la estimación del recurso, tanto más cuanto esta misma Sala, en su ST5/IV de Sala General de 22-diciembre-2008 (recurso 3460/2006), destacaba, rotundamente, asumiendo la doctrina constitucional sobre el principio de igualdad que:

a) Ese principio “*prohíbe «configurar los supuestos de hecho de la norma de modo tal que se dé trato distinto a personas que, desde todos los puntos de vista legítimamente adoptables, se encuentran en la misma situación o, dicho de otro modo, impidiendo que se otorgue relevancia jurídica a circunstancias que, o bien no pueden ser jamás tomadas en consideración por prohibirlo así expresamente la propia Constitución, o bien no guardan relación alguna con el sentido de la regulación que, al incluirlas, incurre en arbitrariedad y es por eso discriminatoria» (SSTC 144/1988, de 12/Julio; 190/2001, de 1/Octubre; 53/2004, de 15/Abril; 125/2003, de 19/Junio, FJ 4; y 110/2004, de 30/Junio, FJ 4)*”; y

b) “*–muy decisivamente– que «los órganos judiciales pueden vulnerar el mencionado derecho [a la igualdad] cuando aplican las normas jurídicas con un criterio interpretativo que produzca, o no corrija, el trato discriminatorio en relación con otras situaciones válidamente comparables, y además la norma a aplicar sea susceptible de distinta interpretación que, siendo admitida en Derecho, conduzca a eliminar la desigualdad injustificada que en aquel caso se produce, lo cual supone que si existe esa alternativa de interpretación más conforme con la igualdad [éste es precisamente el caso de que tratamos y la solución que en él adoptamos], su no utilización equivale a una aplicación de la norma que el art. 14 de la Constitución no consiente [SSTC 103/1990, de 9/Marzo, FJ 2; 39/1992, de 30/Marzo, FJ 3; y 20/1994, de 27/Enero, FJ 2]» (STC 103/2002, de 06/Mayo, FJ 4)*”.

Madrid a veintinueve de abril de dos mil nueve

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social (Unificación de Doctrina): Sentencia de 30/04/2009

Ponente: Excm. Sra. Dña. María Milagros Calvo Ibarlucea

Síntesis

PERMISO RETRIBUIDO por razones familiares. **HOSPITALIZACIÓN** de parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad [art. 37.3.b) ET]. Parto en centro hospitalario, desarrollado sin complicaciones.- No se aprecia afectación generalizada (art. 189.1.b LPL) para acceder al recurso de suplicación. Reitera doctrina.

Fundamentos de Derecho:

PRIMERO.- El actor se ausentó del trabajo los días 31 de marzo de 2005 y 1 de abril de 2005 alegando como causa el parto con cesárea de su hermana, que tuvo lugar el 31 de marzo de 2005, recibiendo el alta hospitalaria el 5 de abril de 2005. Reclamada la compensación como permiso retribuido, la sentencia recurrida estimó el recurso de suplicación interpuesto por el trabajador reconociéndole el derecho a que se le compute los días 31 de marzo y 1 de abril de 2005 como permiso retribuido por hospitalización acreditada de pariente hasta el segundo grado, sin obligación de recuperar las horas no trabajadas. Dicho permiso fue también solicitado por dos miembros de misma familia.

Recurre en casación para la unificación de doctrina la empresa demandada y ofrece como sentencia de contraste la dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña el 16 de octubre de 1997.

La sentencia de comparación resuelve acerca de la pretensión deducida a través de conflicto colectivo de que las patologías que determinan la necesidad del parto con cesárea, constituyen el supuesto de hecho recogido en el artículo 13 del Convenio Colectivo de empresa para habilitar el disfrute de la licencia retributiva allí prevista.

La sentencia de contraste desestimó la pretensión al considerar que de los apartados b) y c) del artículo 13 no cabe deducir la inclusión de la licencia solicitada pues la licencia por nacimiento se refiere al hijo, apartado b) y en cuanto a la licencia del apartado c) requiere que se trate de enfermedad grave supuesto en el que no cabe incluir el parto con cesárea dentro de lo estadísticamente normal.

Entre los supuestos sometidos a consideración en ambas sentencias existen algunas diferencias en cuanto a la redacción de las normas aplicables. Así, en la recurrida, el Convenio Colectivo Estatal de Pastas, Papel y Cartón contempla en su artículo 10.1.b) la posibilidad de licencia de dos días, en los casos de nacimiento de un hijo, enfermedad grave, hospitalización, intervención quirúrgica grave o fallecimiento, entre otros parientes de hermanos de uno u otro cónyuge.

En la sentencia de contraste, el artículo 13 del Convenio Colectivo de empresa, regula la licencia de dos días en el apartado b) en el caso de nacimiento de un hijo y en el apartado c) por enfermedad grave o fallecimiento de parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad. Es decir, no alude a la hospitalización que sí figura en el Convenio Colectivo de la sentencia recurrida.

No obstante el hecho de que en el artículo 37.3.b) del Estatuto de los Trabajadores figure el supuesto de hospitalización, impide apreciar trascendencia alguna en las diferencias analizadas.

En todo caso, y dada la entidad económica de lo reclamado, días de retribución en un salario mensual de 2.078,14 euros con inclusión de la prorrata de pagas extras, insuficiente para alcanzar el mínimo objetivo que el artículo 189.1º de la Ley de Procedimiento Laboral establece para el acceso a la suplicación, criterio mantenido por la Sala en relación a similares reclamaciones según doctrina reiterada desde la sentencia del Pleno de 21 de septiembre de 2009 (R.C.U.D. 4446/2007).

SEGUNDO.- Procede en consecuencia analizar la competencia funcional en punto a la admisibilidad del recurso de suplicación con arreglo a las pautas que la consolidada doctrina de esta Sala ha venido aplicando desde las SSTs de 3 de octubre de 2003, R.C.U.D. núm. 1011/2003 y 1422/2003 en los siguientes términos: *"SEGUNDO.- El art. 189-1-b de la LPL admite la posibilidad de interponer recurso de suplicación contra la sentencia de instancia, aunque la cuantía del proceso no llegue a 1803'04 euros, en los casos, "seguidos por reclamaciones, acumuladas o no, en los que la cuestión debatida afecte a todos o a un gran número de trabajadores o de beneficiarios de la Seguridad Social, siempre que tal circunstancia de afectación general fuera notoria o haya sido alegada y probada en juicio o posea claramente un contenido de generalidad no puesto en duda por ninguna de las partes."*

La cuestión clave es, por consiguiente, delimitar y determinar el concepto de "afectación general" que este precepto maneja.

A este respecto, debe comenzarse indicando que la "afectación general" es un concepto jurídico indeterminado que, aunque tiene en efecto una base fáctica, no se agota con ella sino que la trasciende. No debe olvidarse que el Tribunal Constitucional en su sentencia 142/1992 de 13 de Octubre declaró que la exigencia de que "la cuestión debatida afecte a todos o un gran número de beneficiarios", "contiene un concepto jurídico indeterminado, que sobre un sustrato fáctico sometido a las reglas generales de la prueba, requiere una valoración jurídica acerca de su concurrencia en cada caso concreto"; criterio que se reitera en las sentencias de dicho Tribunal 144/1992 de 13 de Octubre, 162/1992 de 26 de Octubre y 58/1993 de 15 de Febrero.

Conforme a lo que se declara en el art. 189-1-b), para que exista afectación general es necesario que "la cuestión debatida afecte a todos o a un gran número de trabajadores o de beneficiarios de la Seguridad Social"; lo que supone la existencia de una situación de conflicto generalizada en la que se ponen en discusión los derechos de los trabajadores frente a su empresa (siempre que ésta tenga una plantilla suficientemente extensa y tales derechos alcancen "a todos o a un gran número" de sus trabajadores) o los derechos de los beneficiarios de la Seguridad Social frente a ésta. Para apreciar la afectación general o múltiple no es necesario que se hayan incoado muchos procesos judiciales a consecuencia de la cuestión que la produce, pues basta con la existencia de la situación de conflicto generalizado, y el conflicto existe aunque el pleito no se haya iniciado. Hay conflicto cuando un empresario desconoce los derechos de sus trabajadores, o les priva de tales derechos, o la interpretación que aquél y éstos hacen de una norma legal o convencional es manifiestamente contraria; aún cuando tales situaciones no hayan dado lugar, en un momento determinado, a la presentación de numerosas demandas ante los Tribunales. Lo cual es también esencialmente predicable de las reclamaciones frente a la Seguridad Social de sus beneficiarios, sobre todo en los supuestos en que las entidades gestoras utilizan uniformes criterios interpretativos para resolver los actos masa objeto de su competencia.

La conclusión expuesta en el párrafo inmediato anterior no supone, en modo alguno, que se equipare la afectación general a todo supuesto de interpretación de una norma de carácter general; decir que la afectación general exige una situación de conflicto generalizado no significa que la misma se confunda con el ámbito personal de las normas jurídicas. No se trata de tomar en consideración el alcance o trascendencia de la interpretación de una disposición legal, sino de averiguar "si la concreta cuestión debatida afecta a todos o a un gran número de trabajadores" (como explicó la sentencia del Tribunal Constitucional 108/1992, de 14 de Septiembre); es decir si el conflicto de que se trate, surgido a consecuencia de la negativa o desconocimiento de un derecho o derechos determinados y específicos, alcanza a un gran número de trabajadores o beneficiarios de la Seguridad Social.

Es necesario tener en cuenta, además, que la vía especial de recurso que admite el art. 189-1-b) de la LPL no está concebida exclusivamente como un derecho de las partes, pues se configura también como un instrumento que tiene por objeto conseguir la unificación de doctrina en supuestos que son trascendentes en su conjunto y en los que la unidad de criterios aplicativos y hermenéuticos participa en buena medida de la condición de orden público. Así la sentencia del Tribunal Constitucional 79/1985, de 3 de julio, precisó que uno de los objetivos que se persiguen por el legislador al establecer esta vía especial de acceso al recurso, es "evitar que queden sin recurso reclamaciones de escasa entidad económica desde una consideración meramente individual, pero que pueden trascender esta dimensión al multiplicarse o extenderse a numerosos supuestos de hecho idénticos y requerir, por ello, una actividad uniformadora de los Tribunales de rango superior"; y de la sentencia del mismo Tribunal 108/1992, de 14 de septiembre, se desprende que este supuesto excepcional de interposición del recurso de suplicación que permite el art. 189-1-b) de la LPL, responde a "un interés abstracto: la defensa del 'ius constitutionis' y la garantía de la uniformidad de la doctrina legal en todo el territorio nacional como principal expresión del principio constitucional de igualdad en la aplicación de la Ley".

TERCERO.- *Sentadas las precisiones expuestas en el precedente razonamiento jurídico en orden a la noción de afectación general, se hace necesario explicar los modos o sistemas que tienen que seguir los Tribunales de Justicia para poder apreciar la concurrencia de la misma en cada proceso concreto. Y a este respecto, se destaca que el texto literal del art. 189-1-b) de la LPL, se refiere a tres posibilidades o modalidades diferentes, a saber: a).- que esta afectación general sea notoria; b).- que tal afectación "haya sido alegada y probada en juicio" por alguna de las partes intervinientes en el mismo; y c).- que el asunto "posea claramente un contenido de generalidad no puesto en duda por ninguna de las partes". De esta triple diferenciación, tal como queda expresada en el precepto de que tratamos, se pone en evidencia que, conforme a los mandatos del mismo, únicamente es necesaria la previa alegación de parte y la probanza de la afectación múltiple, en el segundo de los supuestos referidos, no siendo precisas ni cuando se trate de hechos notorios ni cuando el asunto "posea claramente un contenido de generalidad no puesto en duda por ninguna de las partes". Para estas dos últimas situaciones, el legislador no exige la alegación ni la probanza de la comentada afectación; la impone únicamente en el segundo de los supuestos enumerados, lo que hace lucir que en los otros dos no es necesario el cumplimiento de tal exigencia.*

Profundizando un poco más en relación con las tres distintas modalidades o maneras de apreciación de la afectación múltiple, consignamos las consideraciones siguientes:

1).- *La idea de notoriedad encierra no poca imprecisión, no siendo fácil fijar sus perfiles definitorios. Así la sentencia del Tribunal Constitucional 59/1986, de 19 de mayo, declaró que "la notoriedad es un concepto relativo e indeterminado, vario y plural".*

Sin embargo, en nuestro derecho, el concepto de notoriedad es tratado en el art. 281-4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de Enero del 2000, de forma muy exigente y rigurosa, pues tal precepto dispone que "no es necesario probar los hechos que gocen de notoriedad absoluta y general".

La notoriedad regulada en el art. 189-1-b) de la LPL no es la misma que la referida en el art. 281-4 de la LEC. La notoriedad precisa para apreciar la concurrencia de la afectación múltiple que abre el acceso al recurso de suplicación en el proceso laboral, no puede ser la "notoriedad absoluta y general" de que habla el mencionado art. 281-4, pues mantener esta idea rigurosa y extremada de la notoriedad, en la aplicación del art. 189-1-b), equivale a convertirla en una exigencia inútil y ociosa, pues es prácticamente imposible que el hecho de que un determinado proceso judicial alcance a un gran número de trabajadores, sea conocido por todos o casi todos los ciudadanos; exigir una notoriedad tan acusada e intensa supone vaciar de contenido a este concepto y a hacerlo inoperante. La idea de notoriedad que ha de tomarse en cuenta, a los efectos de dicha afectación múltiple, tiene que ser más flexible y matizada, bastando que por la propia naturaleza de la cuestión debatida, por las circunstancias que en ella concurren, e incluso por la existencia de otros procesos con iguales pretensiones, para el Tribunal tal cuestión sea calificable como notoria. En definitiva, se trata de que la afectación general quede de manifiesto por la intrínseca y peculiar naturaleza de las reclamaciones efectuadas y a la vista de los elementos y circunstancias propios de tales reclamaciones y demás datos obrantes en autos. Y será el Tribunal quien, valorando y sopesando todo ello, decidirá si concurre o no tal afectación.

Como ya se ha dicho, en estos casos de notoriedad no es necesaria la alegación de parte para que el Juez o Tribunal pueda apreciar su existencia y admitir que contra la resolución de instancia cabe formular recurso de suplicación.

2).- *Según el mandato contenido en el art. 189-1-b) de la LPL tampoco es necesario la alegación y prueba de la afectación general en los casos en que la cuestión debatida "posea claramente un contenido de generalidad no puesto en duda por ninguna de las partes".*

Se trata de una categoría próxima a la idea de notoriedad, que maneja el precepto comentado, pero en la que el vigor de la evidencia de la afectación múltiple es de menor intensidad, de ahí que se exija que las partes intervinientes en el proceso no hayan puesto en duda la concurrencia de tal afectación múltiple. Por ello, es obvio, que para que pueda tener lugar la aplicación de este supuesto, es de todo punto necesario que se produzca esta posición de las partes en el proceso en relación con la afectación general; es decir, que ninguna de las partes se haya opuesto a la misma. Si en la litis consta la oposición de alguno de los intervinientes en ella, no es posible acogerse a este sistema de apreciación de la afectación múltiple.

Ahora bien, en cualquier caso es indiscutible que en estos concretos supuestos no es necesario que las partes hayan alegado y probado la concurrencia de la afectación general.

3).- *En los restantes casos, es decir, aquéllos que no tienen encaje en los números 1 y 2 inmediatos anteriores, casos que son los que el art. 189-1-b) menciona en segundo lugar, sí es necesaria dicha alegación y prueba de la afectación múltiple. En estos casos, la falta de una y otra o la insuficiencia o inoperancia de la prueba practicada impiden que el Juez o Tribunal aprecie la concurrencia de afectación múltiple.*

CUARTO.- *En primer lugar será el Juez de lo Social de instancia quien deba analizar y resolver si en el litigio de que se trate, cuya cuantía no supere los 1803'04 euros, concurre o no afectación general. Siendo obvio que para ello tiene que atenerse a los criterios y exigencias que se han venido exponiendo en los razonamientos precedentes.*

Similar amplitud y libertad de decisión, en lo que concierne a esta concreta materia de la afectación múltiple, tienen las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia al resolver el recurso de suplicación, y la Sala de lo Social del Tribunal Supremo al examinar el recurso de casación para la unificación de doctrina, toda vez que, a pesar del carácter extraordinario de ambos recursos y de la naturaleza excepcional del segundo, se trata de una materia de competencia funcional que puede ser examinada de oficio por la Sala "ad quem" sin necesidad de cumplir las rigurosas exigencias propias de dichos recursos, como se desprende de lo dispuesto por las sentencias del Tribunal Supremo de 9 de marzo, 6 de mayo, 15 y 22 de julio, 28 de septiembre, 20 y 30 de octubre, y 21 de diciembre de 1992; 11 de febrero, y 23 y 27 de marzo, 7 y 20 de abril, 17 de mayo, 21 de junio, 28 de septiembre, 29 de octubre y 22 de noviembre de 1993; 21 y 31 de enero, 9 y 24 de febrero, 7 y 16 de marzo, 5 de mayo y 17 de noviembre de 1994; 26 de mayo y 20 de junio de 1995; 9 y 18 de julio, 20 y 27 de septiembre, y 21 de noviembre de 1996; 17 de febrero, 7 de marzo, 25 de septiembre y 14 de noviembre de 1997; y 9 de marzo, 22 de julio y 6 de octubre de 1998.

Es conveniente destacar, por último, que de la doctrina expuesta en los anteriores párrafos y fundamentos de derecho se deriva la importante consecuencia de que en aquellos casos en los que esta Sala ha declarado de modo reiterado, en relación con una

cuestión determinada y concreta planteada ante ella, que la misma afecta a todos o a un gran número de trabajadores, tal declaración, en relación con otros procesos en que se suscite idéntica cuestión, tiene el valor de la doctrina jurisprudencial, al ser la afectación múltiple, como ya se explicó, un concepto jurídico."

Ninguno de los elementos examinados tiene cabida en el supuesto examinado, en cuanto a alegación y prueba de afectación generalizada, notoriedad o evidencia compartida.

TERCERO.- La conclusión del razonamiento y de acuerdo con el informe del Ministerio Fiscal es que la decisión adoptada en la instancia no es recurrible en suplicación por razón de su cuantía, por lo que debemos anular la sentencia recurrida y declarar la firmeza de la sentencia del Juzgado de lo Social.

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

Declaramos de oficio que la sentencia de instancia dictada en el presente litigio es irrecurrible por razón de cuantía, y en consecuencia anulamos la sentencia de suplicación recurrida. Devuélvase a la parte recurrente el depósito constituido para recurrir.

Devuélvase las actuaciones a la Sala de procedencia, con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

2062/08**004**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social (Unificación de Doctrina): Sentencia de 04/05/2009

Ponente: Excmo. Sr. D. Jesús Gullón Rodríguez

Síntesis

FOGASA. Responsabilidad subsidiaria prevista en el art. 33.2 ET para reclamar la indemnización por despido improcedente establecida no en una sentencia dictada en proceso por despido sino en uno ordinario, de reclamación de cantidad. Esa sentencia es título idóneo para establecer la responsabilidad subsidiaria del Fondo en caso de insolvencia de la empresa.

Fundamentos de Derecho:

PRIMERO.- Tal y como consta en el relato de hechos probados de la sentencia de instancia, dictada por el Juzgado de lo Social número 1 de Móstoles, cuatro trabajadores de la empresa "Venturauto Automoción, S.L." recibieron comunicación escrita remitida por ésta en la que se procedía a su despido "*debido a que la empresa no puede facilitarle más trabajo*", a la vez que se les ofrecía la correspondiente liquidación por saldo y finiquito, en la que se contenía, entre otros, el concepto de "indemnización" correspondiente a tal despido que no fue abonada por la empresa, así como la parte proporcional de la paga extra de navidad y en el caso del Sr. D. también los salarios de los días trabajados en el mes de septiembre de 2.006.

Reclamada judicialmente esa cantidad, la referida sentencia del Juzgado de lo Social estimó la demanda y condenó a la empresa al pago de las cantidades reclamadas, sin perjuicio de la responsabilidad subsidiaria del Fondo de Garantía Salarial (FOGASA) en caso de que resultara insolvente la empresa, de conformidad con lo previsto en el artículo 33.2 del Estatuto de los Trabajadores.

El Fondo de Garantía Salarial recurrió en suplicación, por infracción de lo dispuesto en el artículo 33.2 ET, al entender que únicamente de una sentencia de despido podría derivarse para la Entidad la responsabilidad subsidiaria prevista en el referido precepto estatutario, razón por la que una sentencia que resuelve una reclamación de cantidad no puede resultar título idóneo, por no ser legalmente exigible para tales fines de subsidiariedad legal.

Sin embargo, la sentencia de la Sala de Madrid rechaza esos argumentos y llega a la conclusión de que en el caso examinado el trabajador había obtenido un título judicial constituido por la sentencia dictada en el proceso de cantidad que resulta adecuado a los efectos pretendidos, puesto que declara judicialmente la existencia de un despido practicado por la empresa y que como consecuencia del mismo los trabajadores obtuvieron a su favor el señalamiento de una indemnización por la extinción de su relación laboral que comportó el despido, siendo indiferente a los efectos de responsabilidad subsidiaria del Fondo que la sentencia hubiese recaído en proceso ordinario o en proceso por despido, desde el momento en que -se dice literalmente en ella- *"el reconocimiento privado del empresario de la improcedencia del despido, aceptado por el trabajador no es el que produce efectos directos, sino la sentencia que posteriormente lo declara"*.

SEGUNDO.- Frente a esa sentencia de la Sala de Madrid recurre ahora el FOGASA en casación para la unificación de doctrina, denunciando la infracción de lo establecido en el artículo 33. 2 del Estatuto de los Trabajadores y del artículo 14.2 del RD 505/85, de 6 de marzo, sobre Organización y Funcionamiento del Fondo de Garantía Salarial, con respecto a la declaración de responsabilidad subsidiaria del Organismo de las Indemnizaciones por despido reclamadas, proponiendo como sentencia de contradicción la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla León, sede de Valladolid, de 26 de septiembre de 2.007.

En referida Sentencia se resolvió un problema similar, aunque no idéntico, que guarda con el de la sentencia recurrida la identidad sustancial de hechos, fundamentos y pretensiones que exige el artículo 217 de la Ley de Procedimiento Laboral para la viabilidad del recurso de casación para la unificación de doctrina.

En este caso la trabajadora demandante fue despedida el 6 de octubre de 2005 mediante carta de la empresa en la que ésta reconocía que dicho despido era improcedente y se le ofrecía la cantidad de 6.657,39 euros, que no fueron abonados. No reclamó frente al despido, sino que unos días después, el 27 de octubre del mismo año presentó papeleta de conciliación y después demanda ante el Juzgado en la que reclamaba la cantidad que por indemnización por despido se había comprometido la empresa a abonar, así como otras cantidades adeudadas, lo que motivó que por el Juzgado de lo Social Nº. 2 de León dictase sentencia estimando la demanda en su totalidad reconociendo a la actora la cantidad de 12.947 euros incluyéndose en esa cantidad los 6.657,39 euros en concepto de indemnización por despido. Tras solicitar ejecución de la mencionada sentencia de declaró por dicho Juzgado la insolvencia de la empresa.

La demandante instó después ante el FOGASA el pago de la cantidad reglamentaria derivada de la indemnización por despido reconocida en la sentencia antes referida y no pagada, fundándose para ello en el artículo 33.2 ET. El Fondo denegó el pago solicitado porque la sentencia de reclamación de cantidad no era título idóneo a los fines de responsabilidad subsidiaria de la Entidad ante la insolvencia de la empresa. Después de agotar la vía previa, se planteó demanda frente al Fondo por la trabajadora, estimada por el Juzgado número 3 de los de León. No obstante, recurrida en suplicación la Sala de lo Social de Valladolid, en la sentencia que ahora se invoca como contradictoria, estimó el recurso del FOGASA y desestimó la demanda, por entender, en esencia, que únicamente una sentencia de despido, y no de reclamación de cantidad, constituye título idóneo para exigir del demandado la responsabilidad subsidiaria por insolvencia empresarial que se desprende del artículo 33.2 ET y 14.2 del R.D. 505/1985., desde el momento en que, se dice literalmente en ella, el reconocimiento de la indemnización *"... no se realiza en una sentencia o conciliación judicial sino en una simple carta remitida por la empresa a la trabajadora el día 7 de octubre de 2005"*. Además, se añade en la sentencia de contraste la trabajadora pudo y debió impugnar en su día la comunicación del despido *"... aunque el mismo se reconociese improcedente por la empresa, porque tal declaración en absoluto enerva la acción del trabajador para impugnar el cese unilateral acordado por el empresario ... para conseguir una declaración judicial de improcedencia, la cual constituye el título necesario para reclamar la indemnización al FOGASA"*.

Como se ha podido ver, las sentencias comparadas vienen a resolver sobre el mismo problema jurídico, el alcance de la responsabilidad subsidiaria del FOGASA (artículo 33.2 ET) en caso de insolvencia de la empresa cuando se trata del impago de las indemnizaciones debidas por despido que no fueron fijadas en una sentencia tramitada y obtenida como consecuencia de la impugnación de tal medida, sino en sentencia de reclamación de la cantidad adeudada por el concepto de indemnización.

Ciertamente que en la sentencia recurrida se discute ese problema en un estadio anterior que en el de la sentencia de contraste, pues en ésta hubo una primera sentencia de reclamación de cantidad y después del auto de insolvencia de la empresa se tramitó un expediente ante el FOGASA para el pago subsidiario de la indemnización, mientras que en la sentencia recurrida el problema del alcance de la responsabilidad subsidiaria del Fondo se sustanció en un primer y único proceso de reclamación de la cantidad adeudada por la empresa por el concepto -entre otros- de dicha indemnización, proceso en el que compareció el citado Organismo de Garantía y opuso la ausencia de título para declarar tal responsabilidad subsidiaria del art. 33.2 ET, pero la realidad es que el problema que ambas sentencias resuelven es sustancialmente idéntico, y también sobre hechos básicamente iguales.

Procede entonces que esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo entre a conocer del fondo de asunto y fije la doctrina que resulte ajustada a derecho, tal y como exige el artículo 226 de la Ley de Procedimiento Laboral.

TERCERO.- El artículo 33.2. del Estatuto de los Trabajadores -precepto cuya infracción denuncia el recurrente- establece que El Fondo de Garantía Salarial, en los casos de insolvencia o concurso del empresario, *"abonará indemnizaciones reconocidas como consecuencia de sentencia, auto, acto de conciliación judicial o resolución administrativa a favor de los trabajadores a causa de despido o extinción de los contratos conforme a los arts. 50, 51 y 52 de esta Ley, y de extinción de contratos conforme al art. 64 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, así como las indemnizaciones por extinción de contratos temporales o de duración determinada en los casos que legalmente procedan ..."*.

El recurrente sostiene que de tal precepto y del artículo 14.2 del R.D. 505/1985 (único reglamentario denunciado) exige que el título en el que se funde la responsabilidad subsidiaria del Fondo haya de ser siempre en caso de despido una sentencia que declare que esa medida no es ajustada a derecho y fije la indemnización oportuna.

Sin embargo, esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo entiende que la doctrina ajustada a derecho se contiene en la sentencia recurrida, tal y como podía desprenderse como antecedente jurisprudencial de nuestra sentencia de 22 de enero de 2007, dictada en el recurso 3011/2005, con arreglo a la que en casos como el que hoy aquí se resuelve, en los que no hay controversia alguna sobre la ausencia de motivo o improcedencia de los despidos, "si el trabajador acepta plenamente la corrección y licitud del despido decretado por el empresario no se plantea realmente conflicto alguno relativo a ese núcleo esencial del juicio de despido, y por tanto no sería adecuado exigirle entablar tal clase de acción con el único fin de poder cobrar una indemnización cuyos elementos esenciales están reconocidos por la demandada. Si el trabajador considera que su cese es conforme a ley, no tiene por qué ejercitar ninguna acción de despido y la falta de ejercicio de esta acción no puede producir la consecuencia de que por ello pierda las indemnizaciones establecidas para esos ceses lícitos".

En el caso que aquí ha de resolverse, existe una carta de despido remitida a cuatro trabajadores de la empresa, con una liquidación adjunta en la que se contiene -entre otros conceptos- una indemnización de 45 días por año de antigüedad, decisiones de despido e improcedencia del mismo que fueron asumidas, aceptadas por los trabajadores, razón por la que si el objeto principal de la acción por despido es la obtención de una declaración judicial de nulidad o improcedencia, no tenía sentido, como afirma la sentencia de esta Sala antes citada, reclamar algo sobre lo que no existía discrepancia y cuyo impago no tendría entonces que canalizarse necesariamente a través del proceso por despido, sino del ordinario en reclamación de cantidad.

CUARTO.- Partiendo de tales premisas ha de analizarse el contenido del artículo 33.2 ET y la interpretación que del mismo viene haciendo la doctrina de esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo para determinar los requisitos y el alcance de la responsabilidad subsidiaria que el precepto contiene en orden al pago de la indemnización por despido en caso de insolvencia empresarial.

Para que nazca esa responsabilidad subsidiaria, se recuerda en la STS de 31 de enero de 2008 (recurso 3863/2006) es necesario que las indemnizaciones por despido que se reclamen al Fondo de Garantía Salarial 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 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 aquélla esté reconocida en alguno de los títulos habilitantes que se concretan en el art. 33.2 ET.

En el mismo sentido cabe recordar la doctrina anterior 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, en las que se sostiene, en síntesis, que el referido precepto del Estatuto encomienda al FOGASA la satisfacción de 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"*.

Poniendo en conexión la referida doctrina de la Sala con la literalidad del precepto en cuestión hemos de afirmar que en el mismo no se exige, como se razona en la sentencia recurrida, que el título habilitante para que pueda aparecer legalmente la responsabilidad subsidiaria del FOGASA cuestionada haya de ser necesariamente una sentencia específica de despido, pues en el repetido precepto se dice que ese Organismo y en estos casos *abonará las indemnizaciones reconocidas como consecuencia de sentencia*.

En el caso de autos, como se ha podido ver antes, el título que sirve de base a la pretensión que se ejercita por los trabajadores no es la comunicación escrita enviada por la empresa, las cartas de despido y la liquidación aneja, sino que ese título viene constituido por una sentencia en la que se reconoce como no abonada la indemnización por despido y se condena a la empresa a su abono, sin perjuicio, se dice en ella, de la responsabilidad subsidiaria del FOGASA. De esta forma esa indemnización no nace, como se ha dicho, de una pura manifestación de voluntad de la empresa de resolver los contratos de trabajo reconociendo su improcedencia, sino de una sentencia judicial consecuencia de un proceso en el que no sólo fue parte el Fondo, sino que en él alegó lo que tuvo por conveniente en orden a la deuda propiamente dicha así como a su eventual responsabilidad subsidiaria, hasta el punto de que ese fue el motivo del recurso de suplicación instado y constituye también el único pronunciamiento de la sentencia recurrida, con lo que la finalidad del precepto de establecer controles de carácter básico para garantizar en la medida de lo posible la realidad y certeza de los débitos cuyo pago tiene que asumir subsidiariamente el Fondo queda así debidamente garantizada.

QUINTO.- En consecuencia, por las razones expuestas y de conformidad con el dictamen del Ministerio Fiscal, ha de afirmarse que la sentencia recurrida no infringió ninguno de los preceptos cuya infracción se denuncia en el recurso, que de esta forma ha de ser desestimado, confirmándose en su integridad la sentencia recurrida, sin que haya lugar a realizar pronunciamiento sobre las costas.

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

Desestimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Abogado del Estado, en nombre y representación del FONDO DE GARANTÍA SALARIAL, contra la sentencia de 26 de marzo de 2.008 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en el recurso de suplicación núm. 928/2008, interpuesto frente a la sentencia de 15 de octubre de 2.007 dictada en autos 352/2007 por el Juzgado de lo Social núm. 1 de Móstoles seguidos a instancia de D. Javier , D. Alfonso , D. Benigno y D. Oscar contra Venturauto Automación, S.L. y Fogasa sobre Cantidad. Sin que haya lugar a realizar pronunciamiento sobre las costas.

Devuélvanse las actuaciones al Organo Jurisdiccional correspondiente, con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

789/08**005**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social (Unificación de Doctrina): Sentencia de 04/05/2009

Ponente: Excmo. Sr. D. Fernando Salinas Molina

Síntesis

Despido disciplinario: exigencias formales para el despido establecidas en el XIV Convenio Colectivo General de la Industria Química (BOE 06/08/2004). La sanción de las faltas muy graves " exigirá tramitación de expediente o procedimiento sumario en que sea oído el trabajador afectado".- Aplicación analógica de las garantías que existen en relación con los representantes de personal.

Fundamentos de Derecho:

PRIMERO.- 1.- La cuestión que se plantea en el presente recurso de casación unificadora consiste en determinar si dadas las exigencias formales adicionales en negociación colectiva para proceder la empresa a un despido disciplinario, -- como posibilita legalmente el art. 55.1.II del Estatuto de los Trabajadores (ET), con las consecuencias de la declaración de improcedencia del despido cuando su forma no se ajuste a los requisitos formales convenidos al efecto (art. 55.4 ET) --, y en concreto las adicionales en el art. 62 del XIV Convenio Colectivo General de la Industria Química (BOE 6-agosto-2004), en el que establece que la sanción de las faltas muy graves " *exigirá tramitación de expediente o procedimiento sumario en que sea oído el trabajador afectado*", es o no suficiente para entender cumplido dicho requisito formal el transmitirle al trabajador los hechos imputados en

una reunión y comunicarle ese mismo día el despido sin dejar transcurrir el plazo de 48 horas que la propia empresa le había concedido para efectuar alegaciones.

2.- En la sentencia de suplicación recurrida, dictada por la Sala de lo Social del TSJ/Cataluña en fecha 13-diciembre-2007 (rollo 6546/2007), desestimado el recurso de tal clase interpuesto por el trabajador y confirmando la sentencia de instancia (de fecha 6-febrero-2007 dictada por el Juzgado Social nº 1 de Granollers –autos 314/2006), la respuesta fue positiva, teniendo por cumplidas las exigencias formales adicionadas en la negociación colectiva. En los hechos declarados probados de la sentencia de instancia, inalterados en suplicación, consta que *” en fecha 31-julio-2006 hubo una reunión en la empresa en la que participaron el actor, el Presidente del Comité de Empresa ..., el Legal Representante de la empresa ... y la Sra. ..., esposa del actor, en la que se puso en conocimiento de los hechos imputados por las trabajadoras ..., que así mismo se le indicó por parte de la empresa que disponía de un plazo de 48 horas para realizar alegaciones, sin que conste las haya formulado”* y que *“ en fecha 31-julio-2006 la empresa notificó al actor una carta comunicándole su despido disciplinario con efectos desde esa misma fecha”*. En sus razonamientos jurídicos se argumentaba por la Sala de suplicación que *“ en el caso de autos hay que entender adecuadamente cumplido el requisito de audiencia previa, por cuanto el actor fue convocado a una reunión con la empresa en la que se le hicieron saber los hechos imputados y se le informó que disponía de un plazo de 48 horas para realizar alegaciones. Esta reunión tuvo una duración de más de una hora y en el curso de la misma se informó al trabajador de las imputaciones que se le hacían y se le dio asimismo la oportunidad de exponer su versión de los hechos, en la forma en que se describe detalladamente en el segundo de los fundamentos jurídicos de la sentencia, cumpliéndose con ello adecuadamente y sin causar indefensión los trámites del convenio colectivo, que tan solo exige oír al trabajador y no impone ninguna otra formalidad escrita diferente”*.

3.- En la sentencia invocada como de contraste por el trabajador recurrente, que es la dictada por la Sala de lo Social del TSJ/Castilla y La Mancha en fecha 6-septiembre-2005 (rollo 737/2005), estimado el recurso de tal clase interpuesto por el trabajador, revocando la sentencia de instancia y declarando improcedente el despido, la respuesta fue negativa, en un supuesto sustancialmente análogo, teniendo por incumplidas las exigencias formales adicionadas en la negociación colectiva. En los hechos declarados probados de la sentencia de instancia, inalterados en suplicación, consta que *“ la empresa inició expediente disciplinario el 13-diciembre-2004, y citó al actor a una reunión en Madrid, consistiendo la misma en un encuentro en la cafetería de un hotel que tuvo lugar el día 21-diciembre-2004, en la que se entregó carta de despido ... con efectos desde la fecha”*. En sus razonamientos jurídicos se argumentaba, en esencia, por la Sala de suplicación con relación a la exigencia formal contenida en el mismo convenio colectivo que *“ aunque no se realice una detallada regulación de la exigencia del expediente que debe de tramitarse, como mínimo, el mismo deberá suponer la comunicación al trabajador de un pliego de cargos, la designación de un instructor de dicho expediente, y la concesión de un plazo, perentorio pero razonable, para que pueda ser oído, e incluso en su caso, solicitar la práctica de medios de prueba, de tal modo que exista posibilidad de que se replantee la adopción de la decisión de sancionar, o de la selección de una u otra de las posibles”*, que *“ solamente tras la tramitación de dicho expediente, que aunque no venga expresamente establecido, debe de realizarse por escrito, a efectos de su constatación, podrá la empleadora adoptar su decisión sancionadora por falta muy grave”*, concluyendo que *“ en el presente caso no consta que realmente se tramitara un expediente disciplinario, con las mínimas condiciones de garantía exigibles, pues solamente se da cuenta de que ‘la empresa inició expediente disciplinario’ el día 13-diciembre-2004 ... y sin más trámites, ni aportación del mismo a los autos, ni constancia de nombramiento de instructor, ni trámite para alegaciones del trabajador, se comunicó al mismo, en una reunión a la que había sido citado para el día 21-diciembre-2004, la decisión de despido”*.

4.- Existe la contradicción alegada, como informa el Ministerio Fiscal en su informe, pues, en definitiva, en ambos casos el trabajador conocía antes de ser despedido la imputación empresarial de unos hechos que podrían ser objeto de sanción disciplinaria como falta muy grave, existe en uno y otro caso una reunión entre la empresa y el trabajador, en la que el empleado pudo ser oído, y en ella o al poco tiempo de celebrada se le comunica por escrito el despido; habiendo sido distintas las respuestas jurídicas dadas en las sentencias comparadas en interpretación de idéntico precepto convencional, al bastar en la recurrida que el trabajador haya podido ser oído para tener por cumplida la exigencia convencional y no estimarse suficiente con tal audiencia en la sentencia de contraste.

SEGUNDO.- 1.- El trabajador recurrente alega como infringidos el art. 62 del XIV Convenio Colectivo General de la Industria Química (BOE 6-agosto-2004) en relación con el art. 55.4 ET.

2.- En el invocado art. 62 del Convenio vigente en la fecha de los hechos, se disponía que *“ Corresponde a la empresa la facultad de imponer sanciones en los términos de lo estipulado en el presente Convenio”*, que *“ La sanción de las faltas leves y graves requerirá comunicación escrita motivada al trabajador, y la de las faltas muy graves exigirá tramitación de expediente o procedimiento sumario en que sea oído el trabajador afectado”* y que *“ En cualquier caso, la empresa dará cuenta al Comité de Empresa o Delegados de personal o Delegados sindicales, en su caso, al mismo tiempo que al propio afectado, de toda sanción que imponga”*.

3.- El referido art. 62 del XIV Convenio Colectivo coincide íntegramente en su contenido con el art. 50 del III Convenio General de la Industria Química (BOE 12-marzo-1982) y con el art. 51 del V Convenio Colectivo (BOE 23-abril-1985), todos de la Industria Química, los que ha sido objeto de interpretación por esta Sala en sentencias dictadas en recursos de casación por infracción de ley en fechas 9-diciembre-1983, 18-octubre-1986 y 20-marzo-1989, de las que cabe deducir que al requerido “*expediente o procedimiento sumario*” en los sucesivos Convenios colectivos de la Industria Química por analogía han de serle de aplicación las exigencias que esta Sala ha venido fijando para los despidos de representantes del personal con relación al expediente previo.

4.- Así en la citada STS/Social 9-diciembre-1983 (infracción de ley), con relación a la norma idéntica a la ahora aplicable que se contenía en el III Convenio Colectivo (art. 50), se establecía que “*el Convenio Colectivo es actualmente, de acuerdo con el art. 37.1 CE, fuente del derecho al reconocérsele fuerza vinculante y por consiguiente centro originador de los derechos y obligaciones concernientes a la relación laboral (art. 3.1.b ET), idea ésta, básica en el mundo jurídico laboral, ampliamente desarrollada por la jurisprudencia de esta Sala, especialmente, entre otras en la S. de 5-noviembre-1982 al afirmar que el Convenio Colectivo crea derechos y deberes entre las partes que lo conciertan y que tiene eficacia normativa, con un contenido dual como resultado de la negociación desarrollada por los representantes de los trabajadores y de los empresarios y del carácter de fuente de la relación laboral y que cumple una importante función social y económica, de cuya naturaleza jurídica especial, con el doble efecto normativo y obligacional, han de obtenerse las correspondientes consecuencias que no pueden ser otras, a los efectos que aquí interesan, que la necesidad de velar por la observancia de sus mandatos de análoga manera a como se hace con las leyes y de asociar a sus incumplimientos los efectos que en cada caso correspondan*”, añadiendo que “*en estas circunstancias es obligado calificar el despido como nulo ..., habida cuenta de que aquél no fue precedido de expediente o procedimiento sumario al que por analogía, de acuerdo con el art. 4.1 del C. Civ., han de ser de aplicación las exigencias que esta Sala ha venido fijando para los despidos de representantes del personal, debiéndose constatar en cada supuesto si se cumplen o no las correspondientes exigencias y especialmente en lo que afecta a este proceso falta el expediente al que hace referencia el citado art. 50 del Convenio Colectivo para la Industria Química -S. de 2 noviembre 1982, lo que debe determinar la nulidad del despido, de acuerdo todo ello con la naturaleza jurídica del Convenio Colectivo que ya quedó expresada anteriormente, desarrollada por el art. 82 y siguientes del Estatuto que no puede suponer nunca un límite a la voluntad contractual, libremente pactada, salvo cuando se trata de disposiciones legales de derecho necesario, lo que en este caso no sucede, al añadir a las garantías que el propio Estatuto establece para llevar a cabo el despido disciplinario otras, como lo es el citado expediente previo (arts. 3.3 y 82 del Estatuto) ...*”.

5.- En la referida STS/Social 18-octubre-1986 (infracción de ley) con respecto a la norma idéntica a la ahora aplicable que se contenía en el V Convenio Colectivo (art. 51), se razonaba que “*ni el nombramiento de secretario ni la audiencia del delegado de personal para evacuar su informe vienen exigidos por el art. 51 del convenio colectivo cuya infracción se denuncia, que sólo impone, para el personal incluido en el ámbito de aplicación del convenio «la tramitación de expediente sumario en que sea oído el trabajador afectado» ... y dar cuenta a dicho delegado o al comité de empresa de la sanción impuesta ... , pero no el trámite de audiencia a dichos representantes, que sí exige el propio convenio colectivo en su art. 60, para el despido o sanción por faltas graves o muy graves de los miembros del comité de empresa o delegados de personal, aunque de manera innecesaria porque esa garantía está establecida en el art. 68 a) del ET. Argumento éste que hace decaer el segundo motivo y también el tercero, en que por razón de analogía con el régimen de los despidos de los representantes del personal, para lo que se invoca el art. 4-1 del Código Civil, se pide la nulidad del despido con apoyo en lo dispuesto en el art. 111 de la LPL; porque es condición precisa para que pueda regir la regla del razonamiento por analogía que la norma «no contemple un supuesto específico» (art. 4-1 citado), cuando lo que existe en el convenio, en sus arts. 51 y 60 es un tratamiento específico y diferenciado en cada supuesto. Y aun cabría decir, respecto de la falta de nombramiento de secretario del expediente, no sólo que no se exige en el precepto, sino que ni siquiera constituye un requisito esencial para la válida y eficaz tramitación del expediente de los representantes del personal, según viene declarando esta Sala con reiteración -entre otras, sentencias de 30 de noviembre de 1982, 26 de septiembre de 1983, y 5 de abril de 1984*”.

6.- Asimismo en la STS/Social 20-marzo-1989 (infracción de ley), igualmente en interpretación del art. 51 del V Convenio Colectivo, se razonaba que “*hay que conectar la exigencia del art. 7 del Convenio de la OIT con el art. 51 del V Convenio General de Industrias Químicas que exige en supuestos de faltas muy graves, la tramitación de expediente dando cuenta al Comité de Empresa o Delegados de Personal de la sanción que se impone al trabajador. El tema se centra, por tanto, en apreciar si ha existido o no expediente formulado al actor y si se han observado las garantías que el mismo exige. Al respecto se ha de manifestar que las cartas enviadas por la empresa al actor, no son inicio de expediente disciplinario alguno, sino advertencias de que no debe dar instrucciones de tipo comercial a los empleados de la empresa ... Estas circunstancias unidas a que no se concretaron cargos frente al actor como faltas a sancionar, ni se le dio oportunidad de presentar antes del despido prueba al respecto, teniendo en cuenta asimismo el dato de que antes del despido no se oyó al Comité de Empresa o Delegados de Personal, han de llevar a concluir que el despido del actor se hizo sin observar las garantías del expediente contradictorio que exige el art. 51 del Convenio de Industrias Químicas, por el que se regía la relación del trabajador y empresa, y la audiencia del Comité de Empresa o Delegados de Personal -no la falta de comunicación «a posteriori de la sanción, es garantía trascendente a efectos de la imposición de la sanción, conforme dispone el art. 68.a) del ET, cuya falta determinará la nulidad del despido -art. 111 LPL y S. 18 enero 1983-; tales garantías que existen en relación con los representantes de personal y directivos sindicales, han*

de entenderse asimismo existentes a quienes como el actor son sancionados por faltas muy graves en Industrias Químicas, según su Convenio Colectivo de 1985, sin que baste para su despido una mera carta -imprecisa y genérica en sus imputaciones- siendo sancionado además en contradicción con lo expuesto en el art. 100 LPL por hechos no incluidos en la Comunicación de despido que estima acreditados el Juzgador”.

TERCERO.- 1.- En cuanto a las exigencias que esta Sala ha venido fijando para los despidos de representantes del personal con relación al expediente previo o en general como exigencias mínimas para los expedientes previos, cabe destacar, entre otras, la doctrina contenida en la STS/Social 2-noviembre-1982 (infracción de ley) (citada en la antes referida de 9-diciembre-1983) y en la invocada por al empresa en su impugnación del recurso, en concreto la STS/Social 22-enero-1991 (infracción de ley).

2.- En la primera de ellas, se razona, con relación al cumplimiento de las prescripciones legales en orden al expediente contradictorio exigible en los supuestos de despido de los miembros del Comité de empresa o delegados de personal y en los requisitos mínimos exigibles, que *“el problema que se plantea es si un expediente disciplinario en el que las circunstancias personales del instructor y las relaciones con la empresa no fueron puestas en conocimiento del trabajador y en el que tampoco hubo designación, ni por tanto intervención de Secretario, cumple o no los requisitos que hay que deducir del artículo citado en relación con el art. 68 a) ET, y en este sentido debe señalarse conforme la jurisprudencia de esta Sala que aun aplicada a un sistema normativo distinto tiene hoy plena vigencia, lo siguiente: 1.º Que en los expedientes disciplinarios han de nombrarse Instructor y Secretario y si no consta su nombramiento el expediente es nulo -SS. de 16 febrero, 12 abril y 19 diciembre 1976, entre otras-, pues uno y otro son imprescindibles en los mismos para desempeñar las funciones que respectivamente les corresponden. 2.º Que es necesario que se notifique el nombramiento del Instructor y del Secretario, así como sus circunstancias personales, su condición y su categoría con objeto de que el trabajador pueda comprobar si concurre alguna causa de inidoneidad -SS. de 2 noviembre 1970 y 4 junio 1976-. 3.º Que el expediente ha de ser contradictorio, esto es, que ha de darse audiencia al interesado así como la oportunidad de rechazar las imputaciones contenidas en el correspondiente pliego de cargos, de solicitar pruebas y de que éstas se practiquen, siendo razonables -SS. de 22 octubre 1964 y 30 abril 1975- y 4.º Audiencia del Comité de Empresa o restantes delegados de personal, de todo lo cual se deriva que la falta de Secretario y la carencia de comunicación al interesado de las circunstancias del Instructor son hechos suficientes para decretar la nulidad del expediente y por consiguiente del despido”.*

3.- En la segunda de ellas, la invocada por la parte impugnante, la STS/Social 22-enero-1991 (infracción de ley), -- que precisamente se refiere a expedientes disciplinarios ex art. 68.a ET, con lo que parece aceptar la doctrina de la analogía sustentada por esta Sala --, se flexibilizan alguno de los requisitos formales que a los expedientes previos se le venían inicialmente exigiendo por la jurisprudencia de esta Sala, pero se concretan unos presupuestos mínimos exigibles. En efecto, se razona que *“el expediente disciplinario que exige el art. 68.a) ET para poder imponer a los representantes unitarios de los trabajadores en la empresa alguna sanción por faltas graves o muy graves, consiste esencialmente en la realización de una serie de trámites en los que se ha de dar noticia al expedientado de los hechos que se le imputan y también se le ha de dar la oportunidad de contestar a tales imputaciones; y aunque en estos expedientes se pueden practicar pruebas, y con frecuencia se lleva a cabo en ellos una actividad probatoria, esto no es requisito esencial para su validez y efectividad, y menos aún que en cada uno de tales expedientes se abra formalmente un período para la práctica de la prueba. Lo que exige e impone la naturaleza y fines de este expediente es que el afectado conozca los hechos que se le imputan y pueda formular las pertinentes alegaciones en contra, amén de que se oiga a los demás miembros del Comité o Delegados de personal, como prescribe el citado art. 68.a), pero esa exigencia no alcanza a la realización o práctica de pruebas ni a la existencia de un período probatorio, como fase diferenciada y específica dentro de la tramitación de aquél, máxime cuando el momento en que propiamente se ha de llevar a cabo la pertinente actividad probatoria es en el proceso judicial correspondiente, en el que puede efectuarse una prueba extensa y detallada. Y así la sentencia de esta Sala de 16 de noviembre de 1987, ha declarado que son exigencias básicas del mencionado art. 68.a) «que antes de imponer efectivamente la sanción se abra un expediente contradictorio, se oiga en él al interesado y a los restantes representantes del personal», y que «ni el Estatuto exige un especial trámite de apertura, ni que se celebre ante la misma una especie de antejuicio, con fases de alegaciones, prueba y decisión”.*

4.- En definitiva, que el expediente disciplinario previo *“consiste esencialmente en la realización de una serie de trámites en los que se ha de dar noticia al expedientado de los hechos que se le imputan y también se le ha de dar la oportunidad de contestar a tales imputaciones”,* así como que *“lo que exige e impone la naturaleza y fines de este expediente es que el afectado conozca los hechos que se le imputan y pueda formular las pertinentes alegaciones en contra, amén de que se oiga a los demás miembros del Comité o Delegados de personal”.*

CUARTO.- 1.- La expuesta interpretación jurisprudencial de la exigencia de adicional contenida en los citados convenios colectivos de la industria química, en el sentido de que la sanción de las faltas muy graves exigirá tramitación de *“expediente o procedimiento sumario en que sea oído el trabajador afectado”,* ha sido aceptada expresamente y con actos propios por las partes negociadoras del actualmente vigente XV Convenio colectivo de la industria química. (BOE 29/08/2007), en cuyo art. 62 se dispone que *“La sanción de las faltas ... muy graves exigirá tramitación de expediente o procedimiento sumario en que sea oído el trabajador afectado de conformidad con el procedimiento que se indica a continuación: La Dirección de la empresa notificará*

al trabajador afectado por escrito los hechos en que pudiera haber incurrido con expresión de los posibles preceptos infringidos.- En dicho escrito se hará constar el tiempo de que dispone el trabajador a efectos de formular el correspondiente escrito de alegaciones o pliego de descargos en su defensa y que no podrá ser inferior a 3 días.- Una vez transcurrido el plazo concedido para formular alegaciones, la Dirección de la empresa, valorando éstas de haber sido formuladas, notificará por escrito al trabajador la resolución del expediente haciendo constar, en su caso, la calificación definitiva de la falta cometida como leve, grave o muy grave, el apartado concreto de los arts. 59, 60 ó 61 en que queda tipificada, así como la sanción impuesta y la fecha de efectos de esta última. De no constatarse la existencia de conducta sancionable se notificará igualmente por escrito al trabajador el archivo del expediente”, concluyendo que “De todo lo actuado la Empresa dará cuenta a los representantes de los trabajadores al mismo tiempo que el propio afectado, así como a los delegados sindicales del sindicato al que perteneciera el trabajador cuando el dato de la afiliación sea conocido por la empresa”.

2.- En definitiva que, en el actual convenio las partes negociadores han efectuado un desarrollo normativo acorde con la expuesta jurisprudencia de esta Sala, fijando requisitos mínimos del expediente previo para garantizar mediante “*la realización de una serie de trámites en los que se ha de dar noticia al expedientado de los hechos que se le imputan y también se le ha de dar la oportunidad de contestar a tales imputaciones*”, así como para lograr que “*el afectado conozca los hechos que se le imputan y pueda formular las pertinentes alegaciones en contra, amén de que se oiga a los demás miembros del Comité o Delegados de personal*”.

QUINTO.- 1.- En aplicación de la doctrina jurisprudencial expuesta, no habiéndose cumplido plenamente en el presente caso por parte de la empresa la exigencia contenida el art. 62 del XIV Convenio Colectivo General de la Industria Química que requiere para la imposición de sanciones por faltas muy graves “*tramitación de expediente o procedimiento sumario en que sea oído el trabajador afectado*”, puesto que a pesar de haber mantenido las partes una reunión en la que pudo ser oído el trabajador, y a pesar de que expresamente la empresa le concedió tras la reunión un plazo de cuarenta y ocho horas para efectuar alegaciones, sin dejar transcurrir dicha plazo, lo que habría garantizado la exigencia mínima de darle la oportunidad al expedientado de contestar a los hechos inicialmente imputados, procedió a comunicarle ese mismo día de la reunión su despido.

2.- Debe, por tanto entenderse que la doctrina correcta es la contenida en la sentencia de contraste en los términos coincidentes con la jurisprudencia de esta Sala que se ha expuesto, lo que comporta la estimación del recurso de casación unificadora, y resolviendo el debate suscitado en suplicación estimar en parte el recurso de tal clase interpuesto por el trabajador y debemos declarar, no la nulidad, sino la improcedencia del despido subsidiariamente pretendida, por imperativo de lo dispuesto en el art. 55.1.II y 4 ET, con las consecuencias legales a ello inherentes y que se especificarán en el fallo (arts. 55 a 57 ET) y sin perjuicio, en su caso, de las facultades empresariales ex art. 55.2 ET; sin dar lugar a la imposición de costas (art. 233.1 LPL).

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

Que estimando en los términos expuestos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por Don JOSEP contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de fecha 13-diciembre-2007 (rollo 6546/2007), recaída en el recurso de suplicación interpuesto por el referido trabajador contra la sentencia dictada en fecha 6-febrero-2007 por el Juzgado de lo Social nº 1 de Granollers (autos 314/2006), en autos seguidos a instancia de dicho recurrente, contra la compañía mercantil “CLIPTERPLAST, S.A.” en liquidación concursal y asistida por los Administradores Concursales, debemos casar y anular la sentencia recurrida, y resolviendo el debate suscitado en suplicación debemos declarar la improcedencia del despido del trabajador acordado por la empresa y, en consecuencia, condenar a ésta a que, a su opción, que deberá ejercitar en el plazo de cinco días desde la notificación de ésta sentencia, mediante escrito o comparecencia ante la Secretaria del Juzgado de lo Social, proceda: a) a la readmisión del demandante en las mismas condiciones que regían antes de producirse el despido (31-julio-2006), y al abono de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta que la readmisión tenga lugar; b) o bien a abonarle una indemnización por importe ascendente a 102.526,02 euros, así como, igualmente, a una indemnización, a razón del salario declarado probado, igual a la suma de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido (31-julio-2006) hasta que se notifique a la empresa esta sentencia, quedando extinguida la relación laboral en el momento en que el empresario opte por la no readmisión, y entendiéndose, caso de no ejercitar la opción el empresario en el plazo indicado, que procede la readmisión, y en uno u otro caso, sin perjuicio de la responsabilidad legal del Estado, en cuanto a salarios de tramitación, al amparo de lo dispuesto en los arts. 56.5 ET y 116 LPL, y sin perjuicio, en su caso, de las facultades empresariales ex art. 55.2 ET; sin dar lugar a la imposición de costas.

Devuélvanse las actuaciones a la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

2019/08

006

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social (Unificación de Doctrina): Sentencia de 05/05/2009

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

Síntesis

SALARIO. Reclamación de diferencias por trabajador del INE contratado para obra determinada consistente en elaboración del censo, habiendo pactado su exclusión de convenio y una retribución inferior a la prevista en el mismo. Ha de aplicarse el Convenio.

Fundamentos de Derecho:

PRIMERO.- 1.- El demandante en las presentes actuaciones ha prestado servicios para el INE como Encargado de Grupo desde el 15/10/01, mediante contrato para obra o servicio consistente en la elaboración del Censo Demográfico 2001/2002, habiéndose pactado expresamente que quedaba fuera del Convenio Colectivo y una retribución específica que en el periodo 15/10/01 a 02/04/02 alcanzó los 3.681,18 euros, en tanto que la que le hubiese correspondido con arreglo a aquél hubiese sido de 6.334, 20 euros.

2.- Presentada reclamación por diferencias salariales, le fue estimada en cuantía de 2.653,03 euros por la sentencia que en 21/05/04 pronunció el Juzgado de lo Social nº 4 de Las Palmas de Gran Canaria [autos 781/02]; decisión confirmada por la STSJ Canarias 19/12/07 [rec. 1379/04], que es objeto del presente recurso y que fundamenta su criterio –rechazando la exclusión pactada– en diversos argumentos de índole constitucional, muy singularmente el principio de igualdad y su influencia en el ámbito personal de los Convenios Colectivos [SSTC 52/1987, de 7/Mayo; y 136/1987, de 22/Julio].

3.- Se recurre por la Abogacía del Estado en casación para la unidad de la doctrina, acusando la infracción de los arts. 26 ET [apartados 1 y 3], en relación con el art. 1255 CC, así como el CCU; y señalando como contradictoria la STSJ Canarias/Las Palmas de Gran Canaria 14/03/06 [rec. 1019/03], que en idéntico supuesto de trabajadora contratada por el INE para obra o servicio consistente en el mismo Censo Demográfico 2001/2002, con –también– exclusión aplicativa del Convenio Colectivo, llegó a la opuesta conclusión de que la trabajadora había percibido las retribuciones que como Agente censal le correspondían. Con lo que el cumplimiento de la exigencia de contradicción que impone el art. 217 LPL para la viabilidad del recurso en unificación de doctrina, puesto las partes dispositivas de la sentencia que se impugna y la que se invoca como referencial contienen pronunciamientos diversos respecto de hechos y pretensiones sustancialmente iguales (entre las últimas, SSTS 24/02/09 –rcud 1365/08–; 24/02/09 –rcud 1995/08–; y 03/03/09 –rcud 4424/07–).

4.- Aunque fundamentación de la denuncia resulte ciertamente mejorable, en tanto que efectúa unas primeras argumentaciones que no guardan conexión ni con la pretensión ejercitada [reclamación de cantidad] ni con el planteamiento de la sentencia recurrida [desigualdad injustificada], sino que más bien parecen propias de un procedimiento por despido en el que se discutiese la validez de la figura contractual elegida, lo cierto es que el correspondiente apartado se ciñe *in fine* al verdadero objeto del proceso, cuando sostiene que «no es posible obviar la literalidad de la cláusula de exclusión del CCU, que fue válidamente pactada entre las partes y que en sí misma no implica criterio peyorativo para el trabajador», con lo que –sin la deseable precisión– la recurrente centra el debate en la autonomía de la libertad contractual [art. 1255 CC] y en la licitud de la cláusula de exclusión del Convenio Colectivo [art. 1.4.6 CCU].

SEGUNDO.- 1.- Como cuestión previa –no aludida en el recurso, aunque sí en la sentencia del Tribunal Superior– hemos de tratar la relativa a la trascendencia que para la presente litis pueda tener la STS 26/12/02 [–rco 73/02–], en la que se resolvió Conflicto Colectivo formulado por la Federación de Servicios y Administraciones Públicas de CCOO y se confirmó sentencia de la Audiencia Nacional [a la que sí se alude en la preparación del recurso], desestimando la pretensión colectiva y afirmando en su fundamentación –la sentencia de esta Sala– que «la cláusula del art. 1.4.6 del convenio único no establece condicionamiento expreso alguno para la contratación “fuera de convenio” ... En fin, como apunta la sentencia recurrida, el régimen de contratación para obra o servicio determinado no parece inadecuado para atender a las exigencias de recursos humanos de una actividad censal de tales características».

2.- Traemos a colación esta sentencia porque no hay que olvidar que: a) que el art. 158.3 LPL dispone que la sentencia firme dictada en proceso de conflicto colectivo «producirá efectos de cosa juzgada sobre los procesos individuales pendientes de resolución o que puedan plantearse, que versen sobre idéntico objeto»; b) que este efecto positivo [de cosa juzgada] que atribuye el citado art. 158.3 LPL deriva igualmente del art. 222.4 de la LECiv cuando dispone que “lo resuelto con fuerza de cosa juzgada

en la sentencia firme que haya puesto fin a un proceso vinculará al tribunal de un proceso posterior cuando en éste aparezca como antecedente lógico de lo que sea su objeto, siempre que los litigantes en ambos procesos sean los mismos o la cosa juzgada se extienda a ellos por disposición legal”» (STS 20/02/02 –rcud 2235/01–); c) que a pesar de haberse rectificado criterio anterior y se afirme actualmente por la Sala que la apreciación de oficio de la cosa juzgada no es posible en el RCUD, sino que debe invocarse expresamente en el mismo, concurriendo los presupuestos de contradicción y siempre que no se trate de una cuestión nueva traída al recurso (STS 16/06/98 –rcud 5062/97–), de todas formas se han excepcionado de tal regla general los supuestos en que el Ministerio Fiscal la alegue en su informe y su existencia no hubiera podido ser planteada en Suplicación por razones cronológicas (STS 23/07/99 –rcud 4817/98–) y también el caso de que hubiese sido la propia Sala Cuarta la que hubiese resuelto previamente la cuestión litigiosa (SSTS 08/02/00 –rcud 2208/99–; y 06/03/02 –rcud 1367/01–); y d) que tampoco es ocioso destacar que a diferencia de lo que ocurre con el efecto negativo de la cosa juzgada, en el que es necesaria la concurrencia de las tres identidades [sujetos, objeto y fundamento de la pretensión], el efecto positivo de aquella institución no exige una completa identidad [imposible tratándose de la incidencia del conflicto colectivo en el individual], sino que para el efecto positivo es suficiente que lo decidido –lo juzgado– en el primer proceso entre las mismas partes actúe en el segundo proceso como elemento condicionante o prejudicial, de forma que la primera sentencia no excluya el segundo pronunciamiento, pero lo condiciona, vinculándolo a lo ya fallado (entre otras, SSTS 20/10/04 –rec. 4058/2003–; 30/09/04 –rcud 1793/03–; y 03/03/09 –rcud 1319/08–).

3.- Ahora bien estas afirmaciones no pueden desligarse de las concretas pretensiones que el Conflicto Colectivo planteaba y que –según la propia decisión de que tratamos– iban referidas a las «instrucciones para la contratación de los trabajadores mencionados, denominadas Manual de Gestión de Recursos Humanos para los Censos Demográficos 2001-2002» y eran las que siguen: a) «se declare la nulidad de las contrataciones por contravenir el procedimiento convencionalmente establecido»; b) «se declare la nulidad de la denominación de las categorías de los contratos previstas en el Manual y su sustitución por las correspondientes a sus funciones en el Convenio único, en los términos del hecho quinto de la demanda»; y c) «se declare la nulidad de las cláusulas contractuales que fijan las retribuciones fijas mensuales y su sustitución por las establecidas en el Convenio Único».

Con lo que está claro –como con acierto razona la sentencia recurrida– de que en referido Conflicto Colectivo «no se cuestiona con carácter general la ilegalidad del art. 1.4.6º del Convenio Colectivo, sino el acierto de hacer una contratación en masa peyorativa fuera del Convenio Colectivo, que la Sala del Tribunal Supremo resuelve» no teniéndola por acreditada con carácter genérico; en tanto que el concreto litigio de esta litis lo que se debate, según entendemos, es si la retribución del actor –inferior a la que corresponde a funciones de la misma categoría profesional en el CCU– puede ampararse en la cláusula contractual que le deja «fuera» del Convenio Colectivo, con pretendido apoyo en el art. 1.4.6º CCU, y si en todo caso esa inferior retribución es o no ajustada a Derecho. Específica cuestión que en manera alguna puede entenderse comprendida –siquiera guarde indudable conexión– en el marco de las pretensiones ejercitadas por la Federación de Servicios y Administraciones Públicas de CCOO en el Conflicto Colectivo suscitado ante la Audiencia Nacional, cuya decisión por esta Sala no presenta –en nuestro parecer– cualidad condicionante sobre lo que en concreto es objeto de debate en los presentes autos; con independencia de que alguna afirmación –aisladamente considerada– pudiera parecer prejudicial respecto de esta litis [en particular la frase «siendo las circunstancias particulares de una importante actividad de elaboración de censos demográficos decenales motivo suficiente para justificar tal exclusión»], pero que realmente no tiene tal alcance, siendo así que la misma no iba referida a pretensión identificable como el «objeto» del proceso, y por lo mismo tampoco puede comportar efecto positivo de cosa juzgada.

A mayor abundamiento tampoco puede pasarse por alto que para este Tribunal, el art. 158.3 LPL «significa que lo resuelto en la sentencia de conflicto colectivo se impone sobre lo resuelto en una sentencia [individual] [...], a salvo la existencia de otros argumentos de legalidad o constitucionalidad [...], que pudieran hacer reflexionar sobre la posibilidad de una sentencia con contenido diferente» (STS 20/02/02 –rcud 2235/01–, ya citada). Y no hay que olvidar –con independencia de la ya razonada falta de identidad de la pretensión, excluyente del efecto de cosa juzgada derivable de los arts. 158.3 LPL y 222.4 LECiv– que precisamente en el caso de autos toda la argumentación de la sentencia recurrida –que compartimos plenamente– versa sobre los principios constitucionales de igualdad y no discriminación, con lo que ello tendría de invitación a reconsiderar la automática aplicación del efecto positivo de la cosa juzgada.

TERCERO.- 1.- Centremos la cuestión de fondo que en la litis se suscita, recordando que el actor fue contratado por el INE como Encargado de Grupo para «obra o servicio» consistente en la elaboración del Censo demográfico 2001/2002, y que en su contrato se pactó expresamente que su relación laboral quedaba «fuera de Convenio a los efectos del art. 1.4. 6 del mismo» [segundo de los hechos declarados probados]. Esta afirmación impone que reproduzcamos –en su íntegra literalidad– el mencionado precepto del Convenio Único para el Personal Laboral de la Administración General del Estado [BOE 1/Diciembre/98], a cuyo tenor «Quedan excluidos del ámbito de aplicación del presente Convenio: [...] 6º El personal cuya relación se haya formalizado o formalice expresamente fuera de Convenio». A lo que añadir que conforme al art. 38.1 de la propia regulación convencional, «Las necesidades no permanentes de personal se atenderán mediante la contratación de personal temporal a través de la modalidad más adecuada para la duración y carácter de las tareas a desempeñar».

2.- Ni que decir tiene que el juego combinado de ambos preceptos colectivos no puede amparar que las contrataciones temporales sean excluidas del ámbito del Convenio, porque el art. 38 se refiere exclusivamente a los supuestos –plenamente justificados– en los que se impone la contratación temporal, y el art. 1.4.6º no es admisible en su tautológica generalidad [se excluyen del convenio los trabajadores que sean contratados como excluidos del convenio], sino que –como veremos– está condicionado a una elemental exigencia de legalidad [siempre que la exclusión se ajuste a Derecho], de forma que en manera alguna puede interpretarse en el sentido de que la Administración esté facultada para situar extramuros del ámbito del Convenio –por su exclusiva voluntad– a los colectivos temporales, con la minoración de derechos que ello comporta. Esta última conclusión, no solamente contraría el art. 1256 CC [«tanto en la contratación colectiva como en la individual lo que no está permitido en modo alguno es la aplicación con arreglo a criterios unilaterales y arbitrarios del contenido de los contratos»; STS 17/01/07 –rco 16/05–], sino que vulnera flagrantemente el art. 15.6 ET [redacción incorporada por el RD-Ley 5/2001, de 2/Marzo; luego Ley 12/2001, de 9/Julio] y desconoce la doctrina constitucional y jurisprudencial sentada sobre el tema en cuestión.

3.- Muy resumidamente expuestos, los criterios jurisprudenciales seguidos en orden a la determinación del ámbito de aplicación personal del Convenio Colectivo, son los siguientes: 1) las partes no gozan de libertad absoluta; 2) son limitaciones el principio de igualdad y no discriminación; 3) el principio de igualdad no obliga a que la unidad de negociación comprenda a todos los trabajadores de una empresa o de un ámbito funcional; 4) tampoco impide que determinados trabajadores pacten por separado; 5) esta exclusión voluntaria no puede asimilarse a la forzosa de los de los trabajadores que carecen de poder de negociación; y 6) la exclusión –forzosa– requiere que se base en singulares características (STC 136/1987, de 22/Julio. Y STS 09/10/03 –rco 103/02–, que interpreta y aplica aquélla).

Ya más concretamente respecto del colectivo de trabajadores temporales, el Tribunal Constitucional afirma –a propósito de la exclusión del personal eventual del ámbito de un Convenio Colectivo– que el «principio de igualdad no obliga, desde luego, a perfilar la unidad de negociación con todos los trabajadores de una Empresa o de un ámbito geográfico y funcional determinado y, por lo mismo, no impide que determinados grupos de trabajadores que cuenten con suficiente fuerza negociadora pacten por separado sus condiciones de empleo, si es que consideran que, por sus singulares características o por otras circunstancias relevantes para la prestación de sus servicios, esa es la mejor vía para la defensa de sus intereses. Pero a esa exclusión, que generalmente tiene su origen en una preferencia de los afectados, no puede asimilarse la de aquellos otros grupos de trabajadores que, por la precariedad de su empleo o por la modalidad de su contrato de trabajo, carecen de poder negociador por sí solos y, al mismo tiempo, se ven apartados contra su voluntad del ámbito de aplicación del convenio correspondiente. En este último supuesto, la exclusión puede no ser el fruto de una mera ordenación de la negociación colectiva en virtud de la facultad concedida a las partes por el ordenamiento, sino más bien una vía para imponer injustificadamente condiciones de trabajo peyorativas a los trabajadores afectados» (STC 136/1987, de 22/Julio, FJ 5). Y en aplicación de tal doctrina, esta Sala Cuarta ha sentado el criterio de que aunque no se constate una situación de debilidad contractual, las exclusiones del ámbito del convenio del personal que está incluido naturalmente en él requieren una especial justificación (SSTS 09/10/03 –rco 103/02–; y 14/03/07 –rco 158/05–). Por ello se ha declarado válida la cláusula del Convenio que excluye de su ámbito de aplicación a determinados cargos de dirección y «personal que ocupe puestos similares a los enunciados y aquellos otros que, por desempeñar funciones de confianza, sean comunicados a la Comisión Negociadora», pero en el bien entendido de que tanto la similitud como la confianza son conceptos objetivos y no dependientes de la mera voluntad de la empresa, que atienden a la mayor responsabilidad, capacidad de decisión y autonomía laboral (STS 17/01/07 –rco 16/05–).

4.- Y en cuanto a la minoración retributiva de los trabajadores temporales [es el caso de que tratamos, imponiendo unas condiciones salariales reducidas por la indirecta vía de expulsarles del ámbito personal del Convenio Colectivo y atribuirle diferente nombre a lo que funcionalmente integra la misma categoría profesional], el mandato del art. 15.6 ET no ofrece resquicio a duda interpretativa alguna [«los trabajadores con contratos temporales y de duración determinada tendrán los mismos derechos que los trabajadores con contratos de duración indefinida»]. Como tampoco lo ofrecen la doctrina del Tribunal Constitucional y nuestra propia jurisprudencia, expresivas –resumimos– de que si bien la duración del contrato no es un factor desdeñable a la hora de establecer ciertas diferencias [SSTC 136/1987, de 22/Julio; 177/1993, de 31/Mayo], las mismas han de tener su origen en datos objetivos relacionados con la prestación de trabajo o el régimen jurídico del contrato –en particular en lo relativo a sus causas de extinción– que las expliquen razonablemente [STC 177/1993, de 31/Mayo], pero no alcanzan al distinto tratamiento sin apoyo en datos objetivos, como es su exclusión del ámbito del Convenio Colectivo, incrementando las dificultades de un conjunto de sujetos sin poder negociador propio [STC 136/1987, de 22/Julio], o las diferencias retributivas ajenas al contenido y condiciones de la prestación de trabajo [STC 177/1993, de 31/Mayo] (STC 104/2004, de 28/Junio. Por todas, SSTS 13/07/06 –rcud 294/05–; 12/12/06 –rcud 3886/95–; 26/12/06 –rcud 3483/05–; y 26/11/08 –rco 95/06–).

5.- Aparte de que –también nos limitamos a una sucinta referencia sobre este punto– el principio general que rige la materia retributiva es el que representa el aforismo «a igual trabajo, igual salario», al que se refieren –incluso–, la Declaración Universal de Derechos del Hombre [10/12/48], el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales [19/12/66], el Tratado

Constitutivo de la Comunidad Europea [25/03157] y el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa». Y como tal principio, que indudablemente tiene también amparo en el art. 14 CE, ha de inspirar toda interpretación que haya de hacerse respecto de normas o pactos que establezcan diversidad de regímenes en materia salarial (sirvan como cita, las recientes SSTs 21/12/07 –rec 1/07–; 27/02/09 –rcud 955/08–; y 19/02/09 –rcud 425/08–). Y que el principio de no discriminación en materia salarial entraña el mantenimiento de una concepción de estricta igualdad salarial, no sólo cuando existe identidad de trabajo sino –en consonancia con las reglas interpretativas sobre esta materia emanadas de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y asumidas, vía art. 10.2 CE, por este Tribunal– cuando se detecta la existencia de trabajos de igual valor (STC 286/1994, de 27/Octubre, FJ 3). Y que «el Convenio Colectivo ... aunque surgido de la autonomía colectiva, tiene en nuestro ordenamiento valor normativo y eficacia general, de forma que se inserta en el sistema de fuentes y en este sentido es equivalente a un instrumento público de regulación [SSTC 52/1987, 136/1987, 177/1993 y 43/2003]. De ahí que haya de someterse a las normas de mayor rango jerárquico, esté obligado a respetar el cuadro de derechos fundamentales acogidos en nuestra Constitución y, en concreto, las exigencias indeclinables del derecho a la igualdad, y le esté vedado el establecimiento de diferencias en el trato de los trabajadores, a menos que éstas sean razonables de acuerdo con los valores e intereses que deben tenerse en cuenta en este ámbito de la vida social [SSTC 177/1988, 119/2002 y 27/2004]» (con estas o parecidas palabras, por ejemplo, las SSTs 10/10/06 –rco 133/05–; 03/11/08 –rco 20/07–; y 10/03/09 –rco 119/08–).

CUARTO.- Las precedentes consideraciones determinan que –oído el Ministerio Fiscal– hayamos de rechazar el recurso formulado, aunque sin imposición de costas al no haberse personado la parte recurrida.

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

Desestimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la representación del INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA frente a la sentencia dictada por el TSJ de Canarias/Las Palmas de Gran Canaria en fecha 19/Diciembre/2007 [recurso de Suplicación nº 1379/04], que a su vez había confirmado la resolución –estimatoria de la demanda– que en 21/Mayo/2004 pronunciara el Juzgado de lo Social núm. 4 de los de Las Palmas de Gran Canaria [autos 781/02], a instancia de Don JESÚS-LORENZO.

Sin imposición de costas.

Devuélvanse las actuaciones a la Sala de lo Social de procedencia, con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

84/08**007**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social (Recurso de Casación): Sentencia de 05/05/2009

Ponente: Excmo. Sr. D. Joaquín Samper Juan

Síntesis

AUDIENCIA AL DEMANDADO REBELDE. CONTRA LA SENTENCIA DICTADA POR LA SALA DEL TSJ NO CABE RECURSO DE CASACION.

Fundamentos de Derecho:

PRIMERO.- El presente recurso de casación lo interpone la empresa “Asucim Restauración S.L.” contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 13 de mayo de 2.008 (rec. 2/2008). Dicha sentencia fue dictada en procedimiento de audiencia al demandado rebelde instado por la referida empresa, para obtener la rescisión de la sentencia firme del Juzgado de lo Social nº 12 de Valencia de fecha 17 de diciembre de 2.007 (autos 453/2007) que declaró la improcedencia del despido de un trabajador suyo, alegando que “no ha podido comparecer en autos, en ninguno de los actos procesales, ni a la vista oral, al no haber tenido conocimiento de la existencia del procedimiento” por no haber sido citada en forma.

En el único motivo del recurso “Asucim Restauración S.L.” denuncia, por la vía del art. 205. e) LPL, la infracción de los artículos 57, 59 y 183 de la Ley de Procedimiento Laboral y 501.3 y 502 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. La parte recurrida en casación ha impugnado el recurso en tiempo y forma. Y por su parte el Ministerio Fiscal ha emitido el preceptivo informe en el sentido de considerar que contra la sentencia de la Sala de lo Social no cabe recurso.

SEGUNDO.- Con carácter previo esta Sala debe examinar la cuestión que plantea el Ministerio Fiscal sobre la improcedencia del recurso de casación interpuesto. Cuestión que hubiera sido en todo caso abordada de oficio por esta Sala, dado que, al tratarse de una materia de orden público sustraída al poder dispositivo de las partes y aún del propio órgano judicial (STC 90/86, 93/93 y 37/95), corresponde a este Tribunal controlar si lo acordado en la fase de preparación del recurso se atiene a la normativa aplicable; y que ha sido ya resuelta por nuestras sentencias de 14-4-2003 (rec. 133/2002), 6-7-2004 (rec. 146/2003) y 26-11-2004 (rec. 6113/2003), cuya doctrina pasamos a reiterar.

El título III del Libro II de la Ley de Procedimiento Laboral que trata “de la audiencia al demandado rebelde”, remite en su artículo 183 a las normas contenidas en el Título V del Libro II de la Ley 1/2000 de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil con las especialidades enumeradas en dicho artículo que en nada afectan al tema aquí planteado. Y por su parte el art. 505 de esta última Ley dispone de forma explícita y rotunda que, celebrado el juicio en el que se practicara la prueba pertinente sobre las causas que justifican la rescisión, “resolverá sobre ella el tribunal mediante sentencia, que no será susceptible de recurso alguno”.

Resulta pues que contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior la Comunidad Valenciana de 13 de mayo de 2.008 (rec. 2/2008) no cabía el recurso de casación que se ha interpuesto. Así lo ha declarado también ante supuestos análogos la Sala 1ª del este Tribunal Supremo en los autos de 26 de enero (rec. 1821/2001) 29 de enero (rec. 2450/2001) y 29 de octubre de 2.002 (rec. 1102/2002). Sin que la previsión legal suponga, como señala la Sala Primera, “ninguna vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva ni indefensión se produce a la parte recurrente, pues la propia doctrina del Tribunal Constitucional es clara al señalar que no existe un derecho a recurrir en Casación, siendo posible y real que no esté previsto ese medio de impugnación extraordinario (SSTC 37/88, 196/88 y 216/98); por el contrario, el derecho a los recursos, de caracterización y contenido legal (SSTC 3/83 y 216/98), está condicionado a los requisitos de admisibilidad establecidos por el legislador, correspondiendo a esta Sala la última palabra sobre la materia, sin que la interpretación de las normas rectoras del acceso a la casación tenga que ser necesariamente la más favorable al recurrente (SSTC 230/93, 37/95, 138/95, 211/96, 132/97, 63/2000, 258/2000 y 6/2001): asimismo, debe notarse que el principio “pro actione”, proyectado sobre la tutela judicial efectiva, no opera con igual intensidad en la fase inicial del pleito que en las posteriores (SSTC 3/83, 294/94 y 23/99), habiéndose señalado por último, que el referido derecho constitucional se satisface incluso con un pronunciamiento sobre la inadmisibilidad del recurso, y no necesariamente sobre el fondo, cuando obedezca a razones establecidas por el legislador y proporcionadas en relación con los fines constitucionalmente protegibles a que los requisitos procesales tienden (SSTC 43/85, 213/98 y 216/98)”.

TERCERO.- Es evidente, por lo dicho, que el presente recurso de casación no debió ser admitido por la Sala de lo Social de la Comunidad Valenciana. En consecuencia procede declarar que frente a la sentencia citada no cabe recurso y así mismo anular las actuaciones desde el momento de la notificación de la sentencia recurrida; con devolución a la empresa recurrente del depósito constituido.

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

En el recurso de casación interpuesto por “Asucim Restauración S.L.”, contra la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 13 de mayo de 2.008 (rec. 2/2008) que desestimó su demanda de audiencia al rebelde, promovida por dicha recurrente frente a la Sentencia del Juzgado de lo Social número 12 de Valencia en autos 453/2007 sobre despido, seguidos a instancia de Don JOHAGEN HAROLD contra la citada empresa, declaramos que contra aquella sentencia no cabía recurso alguno y anulamos las actuaciones desde el momento de la notificación de la misma. Decretamos la devolución a la empresa recurrente del depósito constituido. Sin imposición de costas.

Devuélvase las actuaciones al órgano jurisdiccional que corresponda, con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social (Unificación de Doctrina): Sentencia de 06/05/2009

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

Síntesis

Sucesión de empresa. Demanda por despido. Trabajador de “Transportes Familia Santamaría, S.A”, destinado por ésta a las labores de carga y descarga que con ella tenía contratadas “Altadis” en determinado centro de trabajo. “Altadis” dio por terminado ese contrato y llevó a cabo el mismo concierto con “Ferroviaal Servicios, S.A”. La primeramente mencionada dispuso el cese del trabajador y la segunda no lo admitió en su plantilla.

Fundamentos de Derecho:

PRIMERO.- El actor en el proceso de origen venía prestando servicios, mediante relación laboral indefinida y con categoría de carretillero, para la empresa “Transportes Familia Santamaría, S.A” (TFS). Los servicios se prestaban en las instalaciones que la empresa “Altadis, S.A.” tiene en Agoncillo, y lo eran en virtud del contrato de arrendamiento de servicios suscrito en el año 2000 entre esta última empresa y TFS, consistentes, fundamentalmente, en operaciones de carga y descarga. Para tales operaciones TFS dispuso a lo largo del tiempo por el que se prolongaron, en concepto de medios personales, de un número de carretilleros entre 8 y 11, un mecánico de mantenimiento de carretillas y un encargado del trabajo y control; y, como medios materiales, de 12 carretillas elevadoras y 2 transpaletas manuales.

El 31 de Julio de 2007 las dos empresas mencionadas dieron por terminada su relación contractual, y “Altadis” contrató la misma actividad con “Ferroviaal Servicios, S.A.”, llevándolos ésta a cabo desde el 1 de Septiembre de 2007 con 8 carretilleros y un encargado y con 6 carretillas elevadoras. Como consecuencia de este cambio de arrendadora, TSF comunicó al trabajador que debería cesar a su servicio, pretendiendo el operario entrar a prestarlos para “Ferroviaal”, pero ésta tampoco lo admitió, lo que motivó que aquél formulara demanda por despido contra ambas empresas de servicios y contra la comitente. El Juzgado de lo Social entendió que había existido sucesión de empresa, por lo que, previa declaración de improcedencia del despido, condenó a “Ferroviaal” a optar entre la readmisión o la resolución del contrato mediante la oportuna indemnización, y absolvió a la demandada “Transportes Familia Santamaría S.A.”, habiendo declarado la falta de legitimación pasiva de “Altadis S.A.”. Esta decisión fue íntegramente confirmada en sede de suplicación por la Sentencia dictada el día 17 de Junio de 2008 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja.

SEGUNDO.- Contra esta última resolución ha interpuesto el presente recurso de casación para la unificación de doctrina “Ferroviaal Servicios S.A.”, a través de un único motivo de censura jurídica, en el que cita como infringido el art. 44 del Estatuto de los Trabajadores (ET) y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea que se refiere a la sucesión de plantillas, en relación con el art. 56 del expresado Estatuto.

Aporta el recurrente para el contraste la Sentencia dictada el día 23 de Noviembre de 2007 por la homónima Sala y Tribunal de las Islas Canarias (sede de Santa Cruz de Tenerife), que era ya firme al recaer la que aquí se combate. La reseñada resolución referencial recayó en un proceso de despido, entablado por un trabajador al servicio de la empresa “Moncobra, S.A.”, con categoría de oficial de 1ª y antigüedad desde el 1 de Diciembre de 2006, en virtud de contrato para obra o servicio determinado, consistente en servicio de mantenimiento del aeropuerto de La Palma, con duración desde el expresado día hasta el fin de la obra, habiéndose pactado un período de prueba de 30 días.

El mismo trabajador había estado anteriormente y sin solución de continuidad al servicio de otras tres empresas (para la primera de ellas desde el 4 de Agosto de 2003 y para la última hasta el 30 de Noviembre de 2006), que se ocuparon sucesivamente del mantenimiento del aeropuerto de La Palma, a cuya actividad había estado aquél destinado. Los medios materiales para el mantenimiento fueron siempre propiedad de AENA (titular del aeropuerto) y no de las contratistas.

El 27 de Diciembre de 2006 “Moncobra” comunicó al actor que debería cesar a su servicio “por no superar el periodo de prueba”. La demanda por despido que el trabajador formuló –únicamente contra Moncobra– fue desestimada, tanto en la instancia como en suplicación, por entender ambos órganos jurisdiccionales que no había existido la sucesión de empresa que contempla y regula el art. 44 del ET.

TERCERO.- Los dos recurridos personados en sede casacional (el actor y la empresa TFS) sostienen que las dos resoluciones comparadas no son legalmente contradictorias, porque ambos entienden que entre ellas no concurren todas las identidades que el

art. 217 de la Ley de Procedimiento Laboral (LPL) requiere al efecto. En cambio, el Ministerio Fiscal opina que sí están presentes todas esas identidades y, en consecuencia, se inclina por la existencia de contradicción. Habremos, pues, de ocuparnos primeramente de esta cuestión.

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

El examen comparativo de ambas resoluciones en presencia pone de manifiesto que, en efecto, aquéllas no ostentan la cualidad de contradictorias conforme a la doctrina que acabamos de exponer, pues las respectivas situaciones de hecho no son sustancialmente coincidentes, lo que trae como consecuencia que la causa de pedir (y de resolver) en cada una de tales resoluciones haya podido ser diferente. Es cierto que en ambos supuestos existe una empresa usuaria que da por concluido el contrato de arrendamiento de servicios con una determinada arrendadora y a continuación lo concierta con otra diferente; y también que uno de los trabajadores de la suministradora que prestaba sus servicios en un concreto centro de trabajo de la usuaria trata de incorporarse a la plantilla de la nueva contratista, pero ahí terminan las analogías y comienza la diferencia.

Consiste esta diferencia en que, en el caso de la resolución recurrida, el actor se ha visto obligado a cesar en la empresa TFS como consecuencia de haberlo dispuesto así ésta, con apoyo en la finalización del contrato de arrendamiento de servicios que dicha empleadora tenía concertado con la usuaria, tratando el demandante de incorporarse a la plantilla de "Ferrovial" por entender que ésta venía obligada a admitirlo, por subrogación, al amparo del art. 44 del ET, sin que consiguiera tal admisión. En el caso de la resolución referencial, en cambio, el trabajador que había estado al servicio de la última de las empresas que mantenía el aeropuerto de La Palma, cesó en dicha empresa al dejar ésta de prestar sus servicios a AENA, pero no consta cuál fue la causa del cese, aunque sí que inmediatamente fue contratado por "Moncobra" (a diferencia del supuesto anterior, en el que la nueva contratista nunca permitió que el actor formara parte de su personal) para obra o servicio determinado —el mantenimiento del aeropuerto—, pero pactándose un período de prueba de treinta días, dentro del cual fue cesado por entender su nueva empleadora que el operario no había superado la prueba.

Así pues, mientras en el caso enjuiciado por la sentencia recurrida se planteaba realmente un problema de sucesión de empresa (art. 44 del ET) y ello dio lugar a que el trabajador demandara, tanto a la empresa arrendadora saliente como a la entrante, pues el cese lo había dispuesto la primera de ellas y la segunda no lo admitía, en cambio en el caso de la resolución de contraste no consta que el cese fuera acordado por la empresa saliente y la entrante no admitiera al trabajador, constando, por el contrario, que la repetida empresa entrante lo contrató expresamente y luego fue ella la que dispuso el cese con apoyo en el art. 14.2 del ET (no superación del período de prueba), por lo que en este último caso no se ha suscitado, realmente, ningún problema de subrogación del trabajador por un hecho derivado de sucesión de empresa, por más que en el curso de la fundamentación de la resolución referencial existan razonamientos relativos a la sucesión de empresa. Pero esta circunstancia, teniendo en cuenta las diferentes situaciones fácticas concurrentes, a lo más que podría dar lugar sería a "una comparación abstracta de doctrinas al margen de la identidad de las controversias" que, como ya dijimos, no supone que exista contradicción en sentido legal.

Esta diferencia sustancial puede justificar perfectamente la discrepancia en los respectivos fallos de las dos sentencias sometidas a contraste, de tal suerte que cada una de ellas resolvió el supuesto particular que se sometía a su enjuiciamiento y, en consecuencia, no existe una verdadera discrepancia doctrinal que precise ser unificada.

CUARTO.- En definitiva, el recurso pudo haberse inadmitido en el trámite que prevé el art. 223.2 de la LPL y, como así no se hiciera, aquello que entonces constituyera motivo de inadmisión, se ha convertido en causa de desestimación en el presente momento procesal, procediendo declararlo así con las demás consecuencias legales a ello inherentes, cuales son la imposición de costas a la recurrente (art. 233.1 LPL) y la pérdida del depósito.

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

Desestimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina, interpuesto por FERROVIAL SERVICIOS, S.A. contra la Sentencia dictada el día 17 de Junio de 2008 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja en el Recurso de suplicación 52/08, que a su vez había sido ejercitado frente a la Sentencia que con fecha 23 de Noviembre de 2007 pronunció el Juzgado de lo Social número dos de La Rioja en el Proceso 1010/07, que se siguió sobre despido, a instancia de DON MARTIN contra dicha recurrente y otros. Declaramos la firmeza de la Sentencia recurrida, con imposición de costas a la parte recurrente y acordando la pérdida del depósito constituido, al que se dará el destino legal.

Devuélvanse las actuaciones al Organismo Jurisdiccional de procedencia, con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

1408/08

009

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social (Unificación de Doctrina): Sentencia de 06/05/2009

Ponente: Excmá Sra. Dña. María Luisa Segoviano Astaburuaga

Síntesis

PROCEDIMIENTO LABORAL. Apreciación de oficio de la competencia funcional. No cabe recurso de suplicación en reclamación de cinco días adicionales de vacaciones.

Fundamentos de Derecho:

PRIMERO.- El Juzgado de lo Social número 7 de los de Las Palmas de Gran Canaria dictó sentencia el 2 de febrero de 2005, autos 1170/04, desestimando la demanda formulada por D. Francisco contra Iberia LAE S.A., en reclamación de días de vacaciones correspondientes al año 2004. Tal y como resulta de dicha sentencia, el actor viene prestando servicios para la demandada desde el 1 de mayo de 1999, con la categoría de agente de servicios auxiliares, trabajando cinco días a la semana y descansando dos, habiendo trabajado un total de 235 días en el año 2004.

Recurrida en suplicación por la parte actora, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, sede Las Palmas de Gran Canaria, dictó sentencia el 13 de diciembre de 2007, recurso 1644/05, estimando parcialmente el recurso interpuesto. La sentencia entendió que, aplicando la norma de proporcionalidad, al tratarse de un trabajador fijo de actividad continuada a tiempo parcial, en virtud de lo establecido en el párrafo segundo, del artículo 6 de la Segunda Parte del Convenio Colectivo de la empresa Iberia LAE S.A., le corresponden los cinco días de vacaciones adicionales, correspondientes a dicho año 2004, pero no tiene derecho a disfrutar "in natura" dichos días, una vez expirara la anualidad, por lo que siendo ajeno a su voluntad el no disfrute de dichos días, le corresponde su compensación económica con el pertinente pago en metálico.

Contra dicha sentencia se interpuso por la demandada Iberia LAE S.A. 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 Canarias, sede Las Palmas de Gran Canaria, el 27 de mayo de 2005, recurso número 1702/02, firme en el momento de publicación de la recurrida.

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

La sentencia de contraste, la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, sede Las Palmas de Gran Canaria, el 27 de mayo de 2005, recurso número 1702/02, estimó el recurso de suplicación formulado por la demandada Iberia LAE S.A., frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 1 de Las Palmas de Gran Canaria, autos 1111/01, seguidos a instancia de D. José Luis, en reclamación de derecho al disfrute de cinco adicionales de vacaciones. Consta en dicha sentencia que el actor viene prestando servicios para la demandada desde el 1-11-1991, con la categoría de agente auxiliar fijo de actividad continuada a tiempo parcial, prestando servicios durante todo el año cinco días la semana, habiendo disfrutado en el año 2001

25 días de vacaciones. La sentencia entendió que, en virtud de lo establecido en el párrafo segundo del artículo 6 de la Segunda Parte del Convenio Colectivo de la empresa Iberia LAE S.A., aplicando la regla de proporcionalidad a los días efectivos trabajados, al actor le corresponden los 25 días de vacaciones que se le reconocieron.

Entre la sentencia recurrida y la de contraste concurren las identidades exigidas por el artículo 217 de la Ley de Procedimiento laboral, pues en ambas se trata de trabajadores fijos de actividad continuada a tiempo parcial de la empresa Iberia LAE S.A., que reclaman el derecho a disfrutar cinco días adicionales de vacaciones, siendo irrelevante que en la sentencia recurrida se reclamen los correspondientes al año 2004 y en la de contraste los del año 2001, pues en ambos supuestos se aplica el mismo precepto del Convenio Colectivo, habiendo llegado las sentencias comparadas a resultados contradictorios.

TERCERO.- Como cuestión previa se plantea si la sentencia de instancia era recurrible en suplicación, por razón de la cuantía, cuestión que puede ser examinada de oficio por la Sala, puesto que afecta al orden público procesal y a su propia competencia funcional, sin que el Tribunal se encuentre vinculado por la decisión que se haya adoptado en trámite de suplicación.

Ello es así, porque si el RCU proceda contra las sentencias dictadas en Suplicación, esto presupone que la recurribilidad en casación se condiciona a que la sentencia de instancia sea –a su vez– recurrible en Suplicación, de modo y manera que el control de la competencia funcional de la Sala supone el previo control sobre la procedencia o improcedencia de la suplicación (entre otras más antiguas, las SSTs 16/01/08 –rcud 483/07–; 21/01/08 –rcud 981/07–; 05/03/08 –rcud 369/07–; 29/05/08 –rcud 878/07–; 25/06/08 –rcud 1545/07–; y 30/06/08 –rcud 995/07–).

Tal como recientemente hemos indicado para supuesto idéntico al de autos, con la misma pretensión e identidad de empresa demandada [entre las últimas, Sentencias de 20/05/08 –rcud 988/07–; 29/05/08 –rcud 878/07–; 11/06/08 –rcud 3754/07–; 30/06/08 –rcud 995/07–; y 18/07/08 –rcud 3231/07– y 9/12/08 –rcud 1295/08– ...], en la materia debatida «ha de partirse de la regulación contenida en el artículo 189 de la Ley de Procedimiento Laboral. Este precepto establece una regla general de acceso a la suplicación en función de la cuantía litigiosa en la medida en que dicho acceso queda reservado a los litigios cuya cuantía excede de 300.000 pts. (1803 euros); regla que se completa con otras dos especiales, en función de las cuales determinadas controversias quedan excluidas de recurso y otros acceden a él, con independencia de la cuantía. Pero no hay referencia en estas normas a las pretensiones meramente declarativas o a las de condena no dineraria. Para suplir esta laguna la Sala ha precisado que cuando se trata de acciones declarativas o de acciones de condena que no tienen un contenido dinerario directo, para determinar la procedencia o no del recurso hay que estimar el valor económico del litigio a efectos de la aplicación del límite cuantitativo del artículo 189 de la Ley de Procedimiento Laboral. En este sentido se pronunciaron ya en casación ordinaria las sentencias de 4 de marzo de 1986 y 26 de octubre de 1990 [–rec. 124/90–]. Más recientemente la sentencia de 26 de febrero de 2001 [–rcud 2350/00–], con cita de la sentencia de 20 de noviembre de 1998 [–rcud 774/98–], señala que cuando se ejerciten acciones sin contenido dinerario directo e inmediato para fijar su valor cuantitativo ha de estarse a “los efectos económicos normales del agente generador, o dicho de otra manera, a los efectos económicos que puede alcanzar el cumplimiento de la declaración”, recurriendo cuando fuera precisa a la técnica de la “anualización” de ese importe que es también la que continúa rigiendo en materia de Seguridad Social (sentencias de 30 de enero de 2002 [–rcud 752/01–] y 15 de junio de 2004 [–rcud 3049/03–], entre otras)».

CUARTO.- En cuanto al razonamiento de la sentencia recurrida, de que pese a no existir cuantía, procedía el recurso de suplicación contra la sentencia de instancia, dado que a la Sala le constaba por los muchos asuntos que sobre el mismo tema había resuelto y sigue resolviendo, la notoriedad de la afectación general no puede admitirse

Como esta Sala decía en su ST. 8-03-2001 (R-8916/00), con cita de la de 16-05-2002:

"El nº 1. b) del citado art. 189 LPL exige, como condición para la viabilidad del recurso de suplicación, que si la cuantía litigiosa no excede de 300.000 pesetas "la cuestión debatida afecte a todos o a un gran número de trabajadores o de beneficiarios de la Seguridad Social, siempre que tal circunstancia de afectación general fuera notoria o haya sido alegada y probada en juicio o posea claramente un contenido de generalidad no puesto en duda por ninguna de las partes". Y como recuerda la sentencia de 17-I-2000 (rec. 1911/99) esta Sala IV del Tribunal Supremo ha fijado en nueve sentencias de 15-IV-1999 (recaídas en los recursos 5218/1997, 498/1998, 1591/1998, 1600/1998, 1602/1998, 1604/1998, 1605/1998, 1606/1998, 1942/1998), dictadas en Sala General integrada por todos sus Magistrados, los criterios interpretativos -que han sido reiterados luego en sentencias, entre otras muchas, de 23-IV-99 (rec. 523/98), 30-IV-99 (rec. 5108/97), 10-IV-00 (rec. 544/99), 27-VII-00 (rec. 4612/99), y 4-XII-00 (rec.1963/00)- de los requisitos exigidos por el art. 189 de la Ley de Procedimiento Laboral, para poder interponer recurso de suplicación contra las sentencias dictadas por los Juzgados de lo Social en procesos cuya cuantía litigiosa no exceda de 300.000 pesetas. En relación con la interpretación del requisito de "afectación general" la actual doctrina jurisprudencial puede resumirse en los siguientes puntos:

A) la "afectación general" supone la existencia de "una situación real de litigio sobre la cuestión debatida por parte de todos o un gran número de los trabajadores o beneficiarios comprendidos en el campo de aplicación de la norma"; por lo que es necesario que la interpretación se perciba como controvertida por un grupo significativo de personas, no bastando por consiguiente con que la norma sea susceptible de aplicación a un gran número de personas, pues en tal caso determinados conflictos, como los de Seguridad Social, tendrían siempre acceso a la suplicación. B) la "afectación general" es un hecho, que consiste en "el nivel de litigiosidad real existente sobre la cuestión discutida en el proceso" y, por tanto, está necesitado en todo caso de alegación y, además, de prueba, salvo que se trate de un hecho notorio o exista conformidad de las partes; prueba que corresponde aportar a la parte que pretenda hacer valer dicha afectación general a efectos de recurso. C) como es lógico, tanto la alegación, como en su caso prueba, solo podrán realizarse en la instancia, y deberán tener su reflejo en el acta del juicio y en la sentencia; sin que el acceso a la suplicación pueda depender del libre arbitrio del Órgano jurisdiccional o de la conveniencia de la parte vencida en la instancia. D) la conformidad de las partes sobre la existencia de "afectación general" puede ser rechazada por el Juez "razonando por qué no es clara esa afectación general que las partes admiten". E) la notoriedad debe ser necesariamente alegada por la parte, no pudiéndola apreciar de oficio el Juez; y la existencia de notoriedad ha de referirse al momento en que se dictó la sentencia de instancia y no a un momento posterior. F) en cuanto a los medios para probar la afectación general, se indica que cuando verse sobre prestaciones de carácter público de la Seguridad Social "puede acudir a certificaciones de los organismos afectados o a la confesión de éstos por vía de informe"; y en materia laboral "basta que lo certifiquen los servicios de conciliación, aparte de la confesión de la empresa"; G) finalmente se advierte que "el Órgano de suplicación y, en su caso, el de casación deben controlar también de oficio su competencia funcional valorando para ello la prueba practicada si ello fuere preciso, sin que pueda practicarse en esos grados nueva prueba".

A la luz de lo expuesto debiéramos rechazar el razonamiento de la sentencia recurrida para admitir el recurso de suplicación.

QUINTO.- La precedente doctrina lleva a la conclusión de que el valor de la pretensión ejercitada no alcanza el límite mínimo que establece el art. 189 LPL para el acceso al recurso de Suplicación, al ser evidente que el salario correspondiente a cinco días de vacaciones del demandante –Agente de servicios auxiliares– es inferior a 1803 euros, ni tiene un contenido de generalidad, y, en consecuencia –tal como informa el Ministerio Fiscal– procede anular la sentencia recurrida.

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

Declaramos la nulidad de la sentencia dictada el 13 de diciembre de 2007, por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, sede en Las Palmas de Gran Canaria, recurso núm. 1644/05, y la de las actuaciones posteriores a la notificación de la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 7 de Las Palmas de Gran Canaria en fecha 2 de febrero de 2005, autos 1170/04, seguidos a instancia de D. Francisco frente a Iberia Líneas Aéreas de España S.A., y declaramos de oficio la falta de competencia funcional de aquella Sala para conocer del recurso de suplicación interpuesto, declarando la firmeza de la sentencia de instancia. Sin condena en costas. Se acuerda la devolución a la empresa recurrente del depósito constituido para recurrir.

Devuélvase las actuaciones al órgano jurisdiccional correspondiente, con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.



2063/08

010

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social (Unificación de Doctrina): Sentencia de 06/05/2009

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

Síntesis

DESPIDO. Trabajadora embarazada. El art. 55.5 ET establece una garantía objetiva y automática a favor de la mujer embarazada. El Despido no puede ser nunca calificado como improcedente, sino que por imposición legal, será necesariamente procedente o nulo, según el caso, sin necesidad en el caso de la nulidad de acreditar que media móvil discriminatorio, o que el empresario conocía su estado de gestación. Reitera doctrina.

Fundamentos de Derecho:

PRIMERO.- 1.- En las presentes actuaciones consta declarado probado: a) que la trabajadora había prestado servicios para la empresa demandada desde el 11/Septiembre/07 y que con efectos de 17/Julio/07 fue despedida mediante carta en la que se reconocía la improcedencia del despido y se consignaba judicialmente el importe de la indemnización, que la actora hizo efectiva; b) que con fecha 23/Julio/07 «se confirmó por analítica su embarazo de cinco semanas»; y c) que a la fecha del despido la empresa desconocía que la trabajadora se hallaba gestante.

2.- Tras presentarse demanda solicitando la declaración de nulidad del despido, la pretensión actora fue desestimada por el Juzgado de lo Social nº 25 de los de Madrid en sentencia de 28/11/07 [autos 733/08]; y esta decisión confirmada por la STSJ Madrid 05/05/08 [rec. 1372/08], la que basándose en la STS 19/07/06 [rcud 387/05], dictada en Sala General, entendió que la declaración de nulidad contemplada en el art. 55.5.b) ET [redacción dada por la Ley 39/1999, de 5/Noviembre], exigía el presupuesto de que el empresario tuviese conocimiento del embarazo de la trabajadora a la fecha del despido.

3.- En el recurso de casación formulado la recurrente denuncia la infracción de los arts. 55.5 b) ET y 108.2.b) LPL, a la par que señala como resolución contradictoria la STSJ Cataluña 15/05/06 [rec. 499/06]. Resolución ésta que contempla un supuesto de innegable identidad sustancial al de autos [despido de trabajadora que la propia carta reconoce improcedente y situación de embarazo previo no conocido por el empresario], pero que llega a la opuesta conclusión de que la decisión empresarial era nula, por considerar que la protección atribuida por la norma a la mujer embarazada actuaba objetivamente y no requería conocimiento de la gestación por parte del empleador. De esta forma se evidencia el cumplimiento de la exigencia de contradicción que impone el art. 217 LPL para la viabilidad del recurso en unificación de doctrina, puesto las partes dispositivas de la sentencia que se impugna y la que se invoca como referencial contienen pronunciamientos diversos respecto de hechos y pretensiones sustancialmente iguales (entre las últimas, SSTS 19/02/09 –rcud 2748/07–; 24/02/09 –rcud 1365/08–; 24/02/09 –rcud 1995/08–; y 03/03/09 –rcud 4424/07–).

4.- Como es fácil colegir, la cuestión que se suscita en el presente recurso es la relativa a la interpretación que haya de darse al art. 55.5.b) ET, en la cuestión relativa al posible carácter automático de la protección concedida –en caso de despido– a la mujer embarazada, y más concretamente la posible exigencia –para que el despido deba ser calificado nulo– de que el empresario tenga conocimiento de la gestación.

SEGUNDO.- 1.- La cuestión fue –efectivamente– resuelta por el Pleno de la Sala en la sentencia de 19/07/06 cuyos argumentos reproduce la decisión hoy recurrida, y su criterio fue reiterado en la posterior –también de Sala General– de 19/07/06 [–rcud 1452/05–], así como en las de 24/07/07 [–rcud 2520/06–], 29/02/08 [–rcud 657/07–] y 12/03/08 [–rcud 1695/07–]; algunas de ellas con voto particular discrepante.

2.- Pero este consolidado criterio fue modificado –en obligado acatamiento a la interpretación efectuada por el Tribunal Constitucional en materia de derechos fundamentales– ante la doctrina sentada por la STC 92/2008 [21/Julio], habiéndose dictado por esta Sala en el nuevo sentido –hasta la fecha– las SSTS de 17/10/08 [–rcud 1957/07–], 16/01/09 [–rcud 1758/08–] y 13/04/09 [–rcud 2351/08–], que reproducen los razonamientos empleados por el intérprete máximo de la Constitución. Reiteración argumental y de doctrina que justifica la parquedad expositiva de la presente sentencia, con resumen adecuado a la que se nos presenta como definitiva solución del debate y ya profusamente argumentada en los precedentes que se han referido.

TERCERO.- 1.- Antes de nada se impone reproducir literalmente la norma de cuya interpretación se trata, el art. 55.5.b) ET: «Será también nulo el despido en los siguientes supuestos: ... b) El de las trabajadoras embarazadas, desde la fecha de inicio del

embarazo hasta la del comienzo del período de suspensión ... Lo establecido ... será de aplicación, salvo que ... se declare la procedencia del despido por motivos no relacionados con el embarazo».

2.- Efectuada tal transcripción procede exponer el núcleo de la doctrina –primeramente del Tribunal Constitucional y posteriormente de esta Sala IV–, que entendemos bien puede resumirse de la siguiente manera:

a).- La regulación legal de la nulidad del despido de las trabajadoras embarazadas constituye una institución directamente vinculada con el derecho a la no discriminación por razón de sexo [art. 14 CE], por más que puedan igualmente estar vinculados otros derechos y bienes constitucionalmente protegidos [el derecho a la seguridad y la salud de las trabajadoras embarazadas, protegido por art. 40.2 CE; o el aseguramiento de la protección de la familia y de los hijos, referido por el art. 39 CE].

b).- Para ponderar las exigencias que el art. 14 CE despliega en orden a hacer efectiva la igualdad de las mujeres en el mercado de trabajo es preciso atender a la peculiar incidencia que sobre su situación laboral tienen la maternidad y la lactancia, hasta el punto de que –de hecho– el riesgo de pérdida del empleo como consecuencia de la maternidad constituye el problema más importante –junto a la desigualdad retributiva– con el que se enfrenta la efectividad del principio de no discriminación por razón de sexo en el ámbito de las relaciones laborales.

c).- La protección de la mujer embarazada que instaura la Ley 39/1999 [con la redacción que más arriba se ha reproducido] se lleva a cabo sin establecer requisito alguno sobre la necesidad de comunicar el embarazo al empresario o de que éste deba tener conocimiento de la gestación por cualquier otra vía; es más, el ámbito temporal de la garantía, referida a «la fecha de inicio del embarazo» [en autos, coincidente con el despido, conforme a los hechos declarados probados], por fuerza excluye aquellos requisitos, pues en aquella fecha –a la que se retrotrae la protección– ni tan siquiera la propia trabajadora podía tener noticia de su embarazo.

d).- La finalidad de la norma es proporcionar a la trabajadora embarazada una tutela más enérgica que la ordinaria frente a la discriminación, dispensándola de la carga de acreditar indicio alguno sobre la conculcación del derecho fundamental y eximiéndola de probar que el empresario tenía conocimiento del embarazo; cuestión ésta que pertenece a la esfera más íntima de la persona y que la trabajadora puede desear mantener –legítimamente– preservado del conocimiento ajeno; aparte de que con ello también se corrige la dificultad probatoria de acreditar la citada circunstancia [conocimiento empresarial], que incluso se presenta atentatoria contra la dignidad de la mujer.

e).- Todo ello lleva a entender que el precepto es «configurador de una nulidad objetiva, distinta de la nulidad por causa de discriminación contemplada en el párrafo primero y que actúa en toda situación de embarazo, al margen de que existan o no indicios de tratamiento discriminatorio o, incluso, de que concurra o no un móvil de discriminación». Conclusión frente a la que no cabe oponer el apartamiento –en este punto de protección objetiva– de la Directiva 92/85/CEE [19/Octubre/92] de la que la Ley 39/1999 era transposición, habida cuenta de que en la Exposición de Motivos de la citada Ley se advertía expresamente que tal transposición se efectuaba «superando los niveles mínimos de protección» previstos en la Directiva; ni tampoco es argumentable que la misma EM haga referencia al «despido motivado» por el embarazo, porque aún siendo claro que la finalidad esencial de la norma es la de combatir los despidos discriminatorios [por razón de embarazo], esa «finalidad última no implica que el instrumento elegido por el legislador para su articulación no pueda consistir en una garantía objetiva y automática, que otorgue la protección al margen de cualquier necesidad de prueba del móvil discriminatorio, como en el presente caso ocurre».

3.- Las precedentes consideraciones nos llevan a afirmar –con el Ministerio Fiscal– que la doctrina ajustada a Derecho es la mantenida por la sentencia de contraste y que –en consecuencia– la decisión recurrida ha de ser casada y anulada, con aplicación de las consecuencias previstas en los arts. 55.6 ET y 113 LPL.

CUARTO.– 1.– En todo caso es preciso señalar que aunque la sentencia recurrida mantiene formalmente que la fecha del despido fue la de 17/Junio/07, que es la expresada en la decisión de instancia, lo cierto es que pretendida revisión al efecto para que se hiciese constar la real fecha, de 17/Julio/07 [como la prueba acredita y la demandada admite] la Sala de Suplicación, aunque reconoce la existencia de error material en la expresión de la data, rechaza su rectificación por considerar que «no tiene trascendencia en el litigio»; dado que sí la tiene, por cuanto que la declaración de nulidad comporta el abono de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido, este Tribunal ha de aplicar doctrina expresiva de que cuando un motivo por error de hecho que ha quedado patentizado con prueba idónea invocada al efecto y apreciada así por la Sala, se rechaza en suplicación únicamente porque el Tribunal considera que la revisión es intrascendente a efectos decisorios, ese rechazo no debe impedir que los datos de hecho se tengan en cuenta por el Tribunal Supremo si considera que tienen la trascendencia que en suplicación se les niega (SSTS ... 21/03/02 –rcud 2456/01–; 13/10/04 –rcud 6096/2003–; 28/02/06 –rcud 3622/04–; 28/06/06 –rcud 428/05–; y 24/07/08 –rcud 456/07–).

2.- Tan sólo resta añadir que no procede la imposición de costas, por cuanto que la parte vencida en el recurso a que alude el art. 233.1 LPL es exclusivamente aquella que hubiera actuado como recurrente y cuya pretensión impugnatoria hubiese sido rechazada; no, por tanto, la que hubiera asumido en el recurso la posición de recurrida, defendiendo, sin éxito, el pronunciamiento impugnado (aparte de muchas anteriores, SSTs 21/01/02 –rcud 176/01–; 18/10/06 –rec. 396/05–; 14/02/07 –rcud 1514/05–; y 29/01/09 –rcud 1013/06–).

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

Estimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la representación de Doña INMACULADA y revocamos la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en fecha 05/Mayo/2008 [recurso de Suplicación nº 1372/08], que a su vez había confirmado la resolución –desestimatoria de la demanda– que en 20/11/07 pronunciara el Juzgado de lo Social núm. 25 de los de Madrid [autos 733/08], y resolviendo el debate en Suplicación acogemos el de tal clase formulado por la trabajadora, declaramos que el cese de la trabajadora en 17/Julio/2007 integra despido nulo y condenamos a la empresa «MOBILE SECURITY SOFTWARE, SL» a que la readmita inmediatamente en su puesto de trabajo y le satisfaga todos los salarios dejados de percibir desde aquella fecha, a razón de 87,67 euros/día.

Sin imposición de costas.

Devuélvanse las actuaciones a la Sala de lo Social de procedencia, con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

2369/08**011**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social (Unificación de Doctrina): Sentencia de 08/05/2009

Ponente: Excm. Sra. Doña María Luisa Segoviano Astaburuaga

Síntesis

DESEMPLEO. Reintegro de prestaciones contra la empresa, por contratación temporal abusiva y fraudulenta. No procede el reintegro si contratado correctamente hubiera percibido también la prestación. Reitera doctrina.

Fundamentos de Derecho:

PRIMERO.- El Juzgado de lo Social núm. 4 de los de Gijón dictó sentencia el 30 de mayo de 2007, autos número 1067/06, estimando la demanda formulada por el Servicio Público de Empleo Estatal contra la empresa Modital S.L. y D^a Rosario, declarando a la empresa demandada responsable del reintegro de las prestaciones por desempleo abonadas a la trabajadora codemandada, en cuantía de 4.971'13 euros y cotizaciones por importe de 1.751'39 euros, con condena a su pago a la entidad demandante. Tal y como resulta de dicha sentencia, la trabajadora codemandada, D^a Rosario ha venido prestando servicios para la empresa Modital S.L., dedicada a la confección de prendas de vestir de señora, en virtud de contratos de duración determinada, a tiempo completo, en la modalidad de "obra o servicio determinado" para el planchado de prendas. La trabajadora en los cuatro años anteriores a la última solicitud de prestaciones por desempleo -24-10-06- percibió por tal concepto 4.971'13 euros, habiendo realizado el Servicio Público de Empleo Estatal la correspondiente cotización a la Seguridad Social, por importe de 1751'39 euros. En la actividad de la moda existen dos campañas coincidiendo con la época de primavera-verano (de mediados de diciembre a mediados de marzo y otra de otoño-invierno (de primeros de julio a finales de septiembre), siendo las sucesivas contrataciones de la trabajadora coincidentes con tales periodos.

Recurrida en suplicación por la demandada empresa Modital S.L., la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias dictó sentencia el 30 de mayo de 2008, recurso 3070/07, desestimando el recurso formulado. La sentencia entendió, al igual que lo había hecho la sentencia de instancia, que la contratación de la trabajadora codemandada se realizó en fraude de ley por lo que existe responsabilidad de la empresa en virtud de lo establecido en el artículo 145 bis de la Ley de Procedimiento Laboral, no

teniendo la trabajadora la condición de fija discontinúa, procediendo a declarar al empresario responsable del abono de las prestaciones de desempleo que les han sido satisfechas por al Entidad Gestora a los trabajadores.

Contra dicha sentencia se interpuso por la demandada Modital S.L. recurso de casación para la unificación de doctrina, seleccionando como sentencia de contraste la dictada por esta Sala de lo Social el 7 de febrero de 2008, recurso 857/07.

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

SEGUNDO.- Procede el examen de la sentencia de contraste para determinar si concurre el presupuesto de la contradicción, tal y 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 esta Sala de lo Social el 7 de febrero de 2008, recurso 857/07, desestimó el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Servicio Público de Empleo Estatal contra sentencia de 3 de noviembre de 2006, recurso 1258/06, de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Sevilla, que desestimó la demanda de reintegro de prestaciones deducidas por aquel frente a la empresa Aceinaza S.L. y a tres trabajadoras. Consta en dicha sentencia que las tres trabajadoras codemandadas han venido prestando servicios para la empresa Aceinaza S.L., dedicada a la producción de aceitunas de mesa, suscribiendo cada temporada contratos de obra o servicio determinado. como personal de almacén.

Las trabajadoras fueron beneficiarias de las prestaciones por desempleo. La sentencia entendió que el contrato que debió unir a las trabajadoras codemandadas con la empresa Aceinaza S.L. no era el contrato para obra o servicio determinado, sino el de fijo discontinuo, previsto en el artículo 15.8 E.T., dado el trabajo desarrollado, contrato que genera, en los periodos de inactividad productiva, derecho a desempleo, por lo que la decisión empresarial de optar por el contrato de obra o servicio determinado no ha generado ningún derecho a desempleo nuevo o distinto del que hubiera correspondido de haberse suscrito el adecuado contrato de fijeza discontinua y, por consiguiente, no ha existido un lucro indebido de prestaciones imputable a la actuación de la empresa ni, por ende, un perjuicio para la gestora por lo que la empresa no ha de ser condenada al reintegro de las prestaciones por desempleo satisfechas a las trabajadoras.

Entre la sentencia recurrida y la de contraste concurren las identidades exigidas por el artículo 217 de la Ley de Procedimiento Laboral pues en ambas el Servicio Público de Empleo Estatal, al amparo del artículo 145 de la Ley de Procedimiento Laboral, reclama a la empresa el abono de las prestaciones de desempleo que han sido percibidas por unos trabajadores que previamente habían concertado con la empresa sucesivos contratos temporales, seguidos de percepción de prestación por desempleo no siendo la modalidad contractual utilizada la adecuada a la prestación laboral a realizar, resultando que en la sentencia recurrida no se especifica qué modalidad contractual debió utilizarse, limitándose a señalar que la contratación de la trabajadora se realizó en fraude de ley, ya que las contrataciones se suceden en el tiempo en la misma época y finalizan en las mismas fechas, coincidentes con las temporadas de moda, por lo que han tenido por finalidad cubrir una necesidad de trabajo de carácter cíclico o intermitentes, en tanto en la de contraste consta que se debió formalizar un contrato fijo discontinuo. En ambas sentencias el contrato que se suscribe es el de obra o servicio determinado, siendo irrelevante que en la recurrida se afirme con toda rotundidad que los contratos se suscribieron en fraude de ley y en la de contraste únicamente se aluda a que la modalidad utilizada -contrato para obra o servicio determinado- no es la adecuada, sino que el contrato debió ser suscrito bajo la modalidad fijo-discontinuo, pues sentado esto último, se establecen las previsiones para concluir que la contratación se realizó en fraude de ley, ya que se utilizó una modalidad contractual determinada para una finalidad distinta a la querida por la ley. En ambos supuestos además resulta, y esto es lo determinante, que aunque la modalidad contractual seguida no era la adecuada, si había derecho a percibir prestaciones de desempleo al finalizar los respectivos contratos, en la recurrida por tratarse de actividades cíclicas y permanentes que se repiten en fechas ciertas (las dos campañas de actividad de la moda) y en la de contraste por haberse debido adoptar la modalidad contractual de fijo-discontinuo.

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 145 bis de la Ley de Procedimiento Laboral, en relación con el 208.4 de la Ley General de la Seguridad Social.

La cuestión que se plantea en el presente recurso ha sido ya resuelta por las sentencias de esta Sala de 10 de octubre de 2007 (rec. 3782/06), de 26 de diciembre de 2007 (rec. 4831/06), 14 de enero de 2008 (rec. 778/07), 19 de febrero de 2008 (rec.1353/07), 29 de mayo de 2008 (rec. 2315/07) y 20 de noviembre de 2008 (rec. 4309/07), a cuya doctrina debemos atenernos por un principio elemental de seguridad jurídica al no haberse producido datos nuevos que aconsejen un cambio jurisprudencial. En ellas se contiene la fundamentación de derecho que sigue:

<<La incorporación del artículo 145 bis a la Ley de Procedimiento Laboral por la Ley 45/2002 de 12 de diciembre “de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad” no ha convertido a la Entidad Gestora del desempleo, ahora Servicio Público de Empleo Estatal (antes INEM), en una especie de custodio o garante de la legalidad de la contratación laboral en general.- Nada explica la Ley en su exposición de motivos sobre cuál ha sido la razón que le ha llevado a implantar esta modalidad procesal. Pero es evidente que la decisión de crearla no ha sido la de legitimar a la Entidad Gestora del desempleo para impugnar todos los contratos temporales abusivos o concertados en fraude de ley, al margen de las consecuencias que puedan tener respecto de la prestación de desempleo. El objetivo, parece claro, es menos ambicioso y está en sintonía con el general que persigue dicha Ley. Y ha sido proporcionar a la Entidad un instrumento eficaz para combatir exclusivamente las actuaciones empresariales --y de ahí que las consecuencias de las sentencias condenatorias no alcancen nunca al trabajador que percibió indebidamente las prestaciones (art. 145 bis.1)-- que le hayan irrogado un perjuicio; es decir, siempre y cuando los reiterados contratos temporales fraudulentos o abusivos hayan dado lugar a que el trabajador obtenga unas prestaciones de desempleo a las que no hubiera tenido derecho de haberse celebrado los contratos bajo las previsiones de la norma legal que se ha tratado de eludir (art. 6. 4 del Código Civil). En esta misma línea de reconocer facultades a las Entidades Gestoras para combatir, no ya situaciones de connivencia entre empresa y trabajador para adquisición fraudulenta de prestaciones, sino incluso la existencia de “errores no deliberados de calificación en el tipo de contrato de trabajo celebrado, equivocaciones que pueden ser incluso frecuentes cuando las modalidades contractuales son próximas” siempre y cuando con éstos se haya conseguido obtener prestaciones indebidas, se ha manifestado ya esta Sala en su sentencia de 29-1-02 (rcud. 704/01).- En definitiva, la pretensión de condena empresarial al reintegro ejercitada vía art. 145.bis.1 únicamente podrá encontrar favorable acogida, cuando la contratación fraudulenta o abusiva haya ocasionado un perjuicio a la Entidad Gestora al haber abonado unas prestaciones de desempleo que conforme a ley no estaba obligada a satisfacer; en caso contrario, la empresa deberá ser absuelta.

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

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

CUARTO.- Aplicando la doctrina expuesta procede la estimación del recurso formulado por Modital S.L., casar y anular la sentencia recurrida y resolviendo el debate planteado en suplicación, estimar el recurso de tal clase interpuesto por la citada empresa contra la sentencia de instancia, desestimando la demanda, absolviendo a los demandados de las pretensiones ejercidas en su contra.

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

Estimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la Procuradora D^a Isabel Soberón García de Enterría, en nombre y representación de la empresa Modital S.L., frente a la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, de fecha 30 de mayo de 2008, dictada en el recurso de suplicación núm. 3070/07. Casamos y anulamos la sentencia recurrida y, resolviendo el debate planteado en suplicación, estimamos el recurso de tal clase interpuesto en su día por la ahora recurrente Modital S. L., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 4 de Gijón en fecha 30 de mayo de 2007, en los autos núm. 1067/06, desestimando la demanda formulada. Sin costas. Se acuerda la devolución a la recurrente del depósito y consignación efectuados para recurrir.

Devuélvanse las actuaciones al órgano jurisdiccional correspondiente, con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

121/08**012**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social (Recurso de Casación): Sentencia de 12/05/2009

Ponente: Excmo. Sr. D. Fernando Salinas Molina

Síntesis

Conflicto colectivo. Puesta en marcha de Cursos de Formación previstos en la norma convencional. LEGITIMACIÓN "AD CAUSAM" de un Sindicato sin presencia de la mesa negociadora del Convenio.- Distinción entre legitimación para instar el cumplimiento de un Convenio Colectivo y legitimación para negociarlo.-

Fundamentos de Derecho

PRIMERO.- 1.- En la demanda inicial del presente procedimiento de conflicto colectivo, presentada ante la Sala de lo Social del TSJ/Andalucía, sede de Granada (autos 6/2008), la parte demandante "UNIÓN DE SINDICATOS DE TRABAJADORES/AS DE ANDALUCÍA" (USTEA), -- con invocación del art. 49 del VI Convenio Colectivo del Personal Laboral de la Junta de Andalucía (BOJA 28-11-2002) y del Acuerdo de la Comisión Permanente de dicho Convenio de fecha 5-abril-2005 por el que se introducen diversas modificaciones en el sistema de clasificación profesional (BOJA 08-06-2005) --, solicitó, frente a la JUNTA DE ANDALUCÍA y los Sindicatos CC.OO., UGT y CSI-CSIF, la condena de la Administración Pública demandada "a organizar y convocar de forma inmediata, los correspondientes cursos de habilitación, que permitan al personal laboral desempeñar las funciones propias de las categorías profesionales cuya titulación se ha modificado".

2.- La pretensión actora fue denegada en la instancia en la forma que se indicará, y por USTEA se impugna en casación ordinaria la sentencia dictada por la Sala de lo Social del TSJ, en fecha 23-julio-2008, en cuyo fallo se decretaba que "Estimando la excepción de falta de legitimación activa del actor, sindicato UNIÓN DE SINDICATOS DE TRABAJADORES/AS DE ANDALUCÍA (USTEA) y, sin entrar en el fondo de la cuestión sobre conflicto colectivo, debemos desestimar la demanda con absolución de la demandada CONSERJERÍA DE JUSTICIA Y ADMINISTRACIÓN PÚBLICA DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA y Sindicatos CCOO, UGT y CSI-CSIF".

3.- Para alcanzar la anterior conclusión la sentencia impugnada argumentaba, en esencia, en lo único de aquella que específicamente afectaba a la cuestión debatida, que "Descendiendo ya al caso concreto, es evidente la falta de implantación del Sindicato actor en el Sector al que se refiere el conflicto, no solo no interviene, no tiene representación en el comité del Convenio en el que se basa, extensible a todo el personal laboral de la Junta de Andalucía, sino que su nivel de afiliados integrantes de él es mínimo, solo el 5,08% conforme resulta de la documentación aportada por la oponente; por lo que ha de concluirse en la falta de legitimación del actor por inexistencia de la general implantación sindical entre el personal afectado por el Convenio en el que la pretensión se apoya y en el acuerdo de la comisión en la que ni siquiera interviene".

SEGUNDO.- 1.- El Sindicato recurrente por el exclusivo cauce del art. 205.e) de la Ley de Procedimiento laboral (LPL) ("Infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueren aplicables para resolver las cuestiones objeto de

debate) alega como infringidos por la sentencia recurrida los arts. 24.1 de la Constitución Española (CE), 2.2. de la Ley Orgánica de Libertad Sindical (LOLS) y 152 LPL.

2.- Se oponen a la pretensión de la parte recurrente el Letrado de la Junta de Andalucía en representación de la parte empresarial y el Ministerio Fiscal en su informe, argumentándose, en esencia, que el Sindicato recurrente, que no tiene representación en el Comité del Convenio y que solo alcanza una afiliación del 5,08 % de todo el personal laboral de la Junta de Andalucía incluido en el ámbito del convenio, carece de la necesaria legitimación “*ad causam*” para plantear una demanda de conflicto colectivo.

TERCERO.- 1.- En interpretación de los arts. 7 (“*Los sindicatos de trabajadores y las asociaciones empresariales contribuyen a la defensa y promoción de los intereses económicos y sociales que les son propios*”) y 28 (derecho de libertad sindical) CE, la jurisprudencia constitucional (entre otras, en las SSTC 210/1994 de 11-julio, 7/2001 de 15-enero, 24/2001 de 29-enero, 84/2001 de 26-marzo, 215/2001 de 29-octubre, 142/2004 de 13-septiembre, 112/2004, 153/2007 de 18-junio), -- como recuerda la STS/IV 16-diciembre-2008 (recurso 124/2007) y señalaron en su día, entre otras, las SSTS/IV de fechas 10-marzo-2003 (recurso 33/2002) y 4-marzo-2005 (recurso 6076/2003) en especial esta última --, afirma que “*los sindicatos desempeñan, tanto por el reconocimiento expreso de la Constitución (arts. 7 y 28) ... una función genérica de representación y defensa de los intereses de los trabajadores, que no descansa sólo en el vínculo de la afiliación, sino en la propia naturaleza sindical del grupo ... por esta razón, hemos declarado que, en principio, es posible considerar legitimados a los sindicatos para accionar en cualquier proceso en el que estén en juego intereses colectivos de los trabajadores (STC 210/1994, de 11 de julio). Queda pues clara la relevancia constitucional de los sindicatos para la protección y defensa, incluso jurisdiccional, de los derechos e intereses de los trabajadores. Ahora bien, como también hemos precisado en las SSTC 210/1994, de 11 de julio ... y 101/1996, de 11 de junio ... esta capacidad abstracta que tiene todo sindicato para ser parte no autoriza a concluir sin más que es posible ‘a priori’ que lleven a cabo cualquier actividad en cualquier ámbito, pues tal capacidad ‘no alcanza a transformarlos en guardianes abstractos de la legalidad’, cualesquiera que sean las circunstancias en las que ésta pretenda hacerse valer. En el concreto ámbito del proceso, por la propia naturaleza del marco en el que el sindicato ha de actuar, conviene recordar que este Tribunal ya ha tenido ocasión de subrayar la necesaria existencia de un vínculo acreditado, de una conexión entre la organización que acciona y la pretensión ejercitada (SSTC 210/1994, de 11 de julio, 7/2001, de 15 de enero, de 29 de enero, de 26 de marzo y STC 215/2001, de 29 de octubre)*”.

2.- Destacando la STC 164/2003 de 29-septiembre que “*La función de los sindicatos, pues, desde la perspectiva constitucional, ‘no es únicamente la de representar a sus miembros, a través de los esquemas del apoderamiento y de la representación del Derecho privado. Cuando la Constitución y la Ley los invisten con la función de defender los intereses de los trabajadores, les legitiman para ejercer aquellos derechos que, aun perteneciendo en puridad a cada uno de los trabajadores ‘ut singulus’, sean de necesario ejercicio colectivo’ (STC 70/1982, de 29 de noviembre). Por esta razón, es posible reconocer, en principio, legitimado al sindicato para accionar ‘en cualquier proceso en que estén en juego intereses colectivos de los trabajadores’. Queda pues clara, la relevancia constitucional de los sindicatos para la protección y defensa, incluso jurisdiccional, de los derechos e intereses de los trabajadores’ (STC 7/2001, de 15 de enero)*” (en análogo sentido SSTC 153/2007 de 18-junio y 202/2007 de 24-septiembre).

CUARTO.- 1.- En el ámbito de la legalidad ordinaria, dispone el art. 17.2 LPL que “*los sindicatos de trabajadores y las asociaciones empresariales tendrán legitimación para la defensa de los intereses económicos y sociales que les son propios*”, complemento correlativo del art. 2 d) LOLS, que establece para las organizaciones sindicales el alcance del derecho de libertad sindical y que comprende el ejercicio de la actividad sindical en la empresa o fuera de ella y la posibilidad de plantear conflictos individuales y colectivos “*en los términos previstos en las normas correspondientes*”.

2.- Por su parte, el art. 163.1 LPL, -- aun incluido en la modalidad procesal “*de la impugnación de Convenios Colectivos*”, pero de importancia interpretativa en cuanto se remite a los “*trámites del proceso de conflicto colectivo*” (arg. ex arts. 151.2 y 163.1 LPL) y por la analogía en la actuación y posición procesal sindical (arg. ex art. 4.1 Código Civil) --, establece que “*la legitimación activa para impugnar un convenio colectivo, cualquiera que sea su eficacia*” de fundamentarse en la ilegalidad del convenio corresponde a “*los órganos de representación legal o sindical de los trabajadores, Sindicatos y Asociaciones empresariales interesadas*”, señalando, por otra parte, pero igualmente con importancia interpretativa, que “*estarán pasivamente legitimadas todas las representaciones integrantes de la comisión negociadora del Convenio*”, con lo que se distingue claramente entre legitimación para impugnar un Convenio Colectivo y la legitimación para negociarlo.

3.- En cuanto ahora más directamente nos afecta, el art. 152.a) LPL, regulador de la legitimación activa en la modalidad procesal de conflictos colectivos, preceptúa que “*Estarán legitimados para promover procesos sobre conflictos colectivos: a) Los sindicatos cuyo ámbito de actuación se corresponda o sea más amplio que el del conflicto*” y, por otra parte, a través de esta modalidad procesal y como objeto de la misma pueden tramitarse “*las demandas que afecten a intereses generales de un grupo genérico de trabajadores y que versen sobre la aplicación e interpretación de una norma estatal, Convenio Colectivo, cualquiera que sea su eficacia, o de una decisión o práctica de empresa*” (art. 151.1 LPL).

4.- Consecuencia de lo anterior es la de que no puede ser confundida la representatividad de un Sindicato, -- exigible en el Estatuto de los Trabajadores (arts.87 y 88) para atribuirle legitimación para la negociación colectiva de eficacia general o para la representación institucional --, con la exigencia de implantación sindical en el ámbito del conflicto (vínculo acreditado de conexión entre la organización que acciona y la pretensión ejercitada), requerida jurisprudencialmente para justificar la intervención de un Sindicato en un concreto proceso, como se ha destacado, entre otras, en las SSTC 210/1994, 101/1996, 7/2001, 24/2001, 215/2001 y 112/2004 y en las SSTS/IV 28-noviembre-2001 (recurso 1141/2001), 10-marzo-2003 (recurso 33/2002), 4-marzo-2005 (recurso 6076/2003) y 16-diciembre-2008 (recurso 124/2007).

QUINTO.- 1.- Se parte jurisprudencialmente de que de la existencia de una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) podrá derivar, como consecuencia inmediata, la del derecho de libertad sindical (art. 28.1 CE), al formar el derecho a la tutela judicial efectiva parte del contenido de la acción institucional del sindicato (STC 164/2003 de 29-septiembre); así como de que en esta materia debe adoptarse un criterio interpretativo favorable a la admisibilidad de la legitimación activa, pues *“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, están imponiendo a los Jueces y Tribunales la obligación de interpretar con amplitud las fórmulas que las Leyes procesales utilicen en orden a la atribución de legitimación activa para acceder a los procesos judiciales”* (SSTC 24/1987, 93/1990, 195/1992, 164/2003 de 20-septiembre, 153/2007 de 18-junio, entre otras), doctrina que esta Sala de lo Social ha compartido en las antes citadas sentencias (entre otras, STS/IV 16-diciembre-2008 -recurso 124/2007).

2.- Se advierte jurisprudencialmente, en definitiva, que *“para poder considerar procesalmente legitimado a un sindicato no basta con que éste acredite la defensa de un interés colectivo o la realización de una determinada actividad sindical, dentro de lo que hemos denominado ‘función genérica de representación y defensa de los intereses de los trabajadores’ (STC 101/1996, de 11 de junio...).* Debe existir, además, un vínculo especial y concreto entre dicho sindicato (sus fines, su actividad, etc.) y el objeto del debate en el pleito de que se trate, vínculo o nexo que habrá de ponderarse en cada caso y que se plasma en la noción de interés profesional o económico, traducible en una ventaja o beneficio cierto, cualificado y específico derivado de la eventual estimación del recurso entablado (SSTC 7/2001, de 15 de enero ...y 24/2001, de 29 de enero ...)” (SSTC 164/2003 de 29-septiembre, 142/2004 de 13-septiembre, 112/2004, 153/2007 de 18-junio y 202/2007 de 24-septiembre).

SEXTO.- 1.- En esta línea interpretativa, como recuerda la citada STS/IV 16-diciembre-2008, se viene pronunciando reiteradamente esta Sala, entre otras muchas, en las sentencias y en las cuestiones que a continuación se relacionan.

2.- Aun referida a una asociación empresarial, se afirma que *“sigue siendo trascendente esclarecer que una cosa es la concreta legitimación procesal para impugnar judicialmente un convenio colectivo, y otra diferente la legitimación de derecho material, para intervenir en la negociación del convenio, pedida por el ET en sus arts. 87 y 88”,* por lo que, a tenor de esta doctrina, no puede negarse la legitimación activa por el hecho de que la demandante no tenía legitimación para recabar su entrada en la Comisión Negociadora, *“pues es distinta la legitimación para formar parte de la Comisión Negociadora de la exigida para impugnar el Convenio”* y que la solución contraria *“implicaría privar a las Asociaciones Empresariales, que no formarían parte de la Mesa Negociadora, de toda posibilidad de impugnar el Convenio aún cuando tuviesen la cualificación de ‘interesadas’ en los términos indicados y alegasen motivos de ilegalidad”* (STS/IV 15-marzo-2004 -recurso 60/2003 que se remite a doctrina contenida en STS/IV 14-abril-2002).

3.- Se entiende que cuando un sindicato reúne los requisitos de representatividad necesarios en el ámbito de que se trate es evidente que posee implantación suficiente, pero que lo contrario ya no es exacto, pues la implantación suficiente también existe cuando posea nivel de afiliación adecuado en el ámbito de afectación del conflicto; destacando que la falta de representatividad, al carecer de representantes electos, no excluye la implantación, *“pues esta devendría del nivel de afiliaciones, el cual, aun no concretado, resultaría notorio”* y que *“la implantación que, por tanto, ha de serle reconocida a dicha Federación demandante confiere a la misma interés legítimo con relación al objeto del proceso, determinando ello su legitimación activa”* (STS/IV 11-diciembre-1991 -recurso 1469/1990).

4.- Se advierte con relación a las asociaciones empresariales que *“si de lo actuado en un concreto proceso se deduce que la asociación empresarial que demanda no tiene un solo afiliado del sector afectado por la norma paccionada (o por lo menos, ni lo alega ni lo prueba), es fácil concluir que no ha acreditado su interés para la impugnación perseguida”* (STS/IV 14-abril-2000 -recurso 982/1999).

5.- Se afirma en análogos términos contrarios a la existencia de legitimación activa, pero ahora con referencia a los Sindicatos, que no tiene legitimación activa para plantear un conflicto colectivo el Sindicato que *“carece de sección sindical y no cuenta con miembro alguno en los órganos de representación unitaria de los trabajadores de la empresa”* y no acredita, incumbiéndole la carga de la prueba, *“que tenga esa implantación exigible en el ámbito del conflicto ... como hubiese sido el nivel de afiliación porcentualmente expresado, sin necesidad de ofrecer datos personales sensibles. Por otra parte, es la parte a quien se niega la legitimación la que debe acreditar ese nivel de implantación, como se desprende de la doctrina constitucional antes citada y se ha*

dicho por esta Sala en sentencias como la de 28-noviembre-2001 (recurso 1141/2001)" (STS/IV 10-marzo-2003 -recurso 33/2002, invocada precisamente en la sentencia ahora impugnada a favor de su tesis denegatoria de la legitimación activa del Sindicato demandante).

6.- Se acepta que un Sindicato con la necesaria implantación tiene un interés real y directo en que todos los trabajadores que se encuentren en las condiciones legal y convencionalmente previstas puedan acceder a la convocatoria de un concurso y que el Sindicato pueda, por tanto, defender el cumplimiento de la normativa pactada en Convenio Colectivo; argumentando, entre otros extremos, que "la Federación demandante tiene la necesaria implantación ... con lo que se excluye la posibilidad de que en este caso actúe como guardián abstracto de la legalidad", así como que "La acción que se ejercita en este proceso sirve, entonces, a los intereses generales en cuanto que se construye en defensa del cumplimiento de la normativa pactada, el Convenio Colectivo ..., pues se trata de saber si la convocatoria efectuada en el Instituto demandado para cubrir la discutida plaza se llevó a cabo con respeto a lo previsto en el ... referido Convenio o no, y esa tarea constituye un campo de actuación en el que encajan perfectamente las previsiones del referido artículo 17.2 LPL y constituye el vínculo, la conexión legalmente exigida para que el Sindicato con implantación pueda actuar de forma procesalmente adecuada por esa vía y en suma, se le legitime para que en sede jurisdiccional promueva la acción encaminada a que se determine si se ha cumplido con las exigencias legales a la hora de llevar a cabo la convocatoria para la cobertura de la discutida plaza" (STS/IV 4-marzo-2005 -recurso 6076/2003, con invocación de las SSTC 210/1994 y 101/1996).

SÉPTIMO.- En definitiva cabe sintetizar como doctrina, que: **a)** en virtud del principio "pro actione" y sin que sea necesario ni siquiera la implantación de un Sindicato en todo el ámbito del Convenio, debe reconocerse su legitimación para defender el cumplimiento de la normativa pactada en Convenio Colectivo; **b)** debe distinguirse entre la legitimación para impugnar o para plantear un conflicto sobre la aplicación e interpretación de un Convenio Colectivo cualquiera que sea su eficacia, y la legitimación para negociarlo, por lo que no puede negarse la legitimación activa para defender su cumplimiento por el hecho de que el Sindicato no tenga legitimación para recabar su entrada en la Comisión Negociadora; **c)** deben considerarse legitimados a los Sindicatos para accionar en los procesos en el que estén en juego intereses colectivos de los trabajadores, siempre que tengan implantación suficiente en el ámbito del conflicto (vínculo acreditado de conexión entre la organización que acciona y la pretensión ejercitada); **d)** la implantación suficiente también existe cuando posea nivel de afiliación adecuado en el ámbito de afectación del conflicto; y, **e)** un Sindicato con la necesaria implantación tiene un interés real y directo en que todos los trabajadores que se encuentren en las condiciones legal y convencionalmente previstas puedan acceder a los derechos que le reconozca un convenio colectivo y que el Sindicato pueda, por tanto, defender el cumplimiento de la normativa pactada en Convenio Colectivo, pues, en definitiva, una decisión estimatoria de la pretensión formulada, caso de tener éxito, reportaría una ventaja o utilidad con una innegable trascendencia colectiva por su proyección o alcance general y de evidente conexión con la función institucional del sindicato (art. 7 CE).

OCTAVO.- 1.- De cuanto se ha razonado hasta ahora se desprende que, -- a diferencia del supuesto enjuiciado en invocada STS/IV 10-marzo-2003 (recurso 33/2002) en que el Sindicato demandante carecía de secciones sindicales, de representantes unitarios y no constaba su nivel de afiliación porcentual --, en el presente caso, y en conclusión, el Sindicato demandante tiene legitimación activa para plantear la demanda en los términos en que lo hizo, y a través de la modalidad procesal de conflicto colectivo, desde el momento en que, como resulta de los inimpugnados hechos declarados probados de la sentencia recurrida (hecho 4º), el Sindicato demandante si bien "no tiene partícipes en la Comisión del Convenio, siendo necesaria una representatividad del 10%", resulta que acredita en el ámbito del Convenio, coincidente con la Comunidad Autónoma de Andalucía, una representatividad de "un 5,08% de la misma al pertenecer al mismo 45 representantes de un total de 886"; por lo que aunque sus delegados de personal en la empresa demandada no fueran los suficientes para poder integrar la mesa negociadora del Convenio Colectivo y de que no tenga, por la misma razón, representantes en la Comisión Permanente o en otras posibles Comisiones derivadas de aquél, ello no es obstáculo para que tenga implantación suficiente, en la forma interpretativa efectuada, y, derivadamente, ostente legitimación para la defensa de un interés real, profesional y sindical para velar por el cumplimiento de la normativa pactada en Convenio Colectivo, pues, en definitiva, una decisión estimatoria de la pretensión formulada, caso de tener éxito, reportaría una ventaja o utilidad con una innegable trascendencia colectiva por su proyección o alcance general y de evidente conexión con la función institucional del Sindicato (art. 7 CE).

2.- Los anteriores argumentos debieron fundar una decisión de la sentencia impugnada distinta de la que adoptó en orden al problema de la legitimación del Sindicato demandante. En consecuencia, procede estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el referido Sindicato, casar y anular la sentencia recurrida y devolver las actuaciones a la Sala de procedencia para que, partiendo de la legitimación del Sindicato actor para sostener la demanda, resuelva el resto de las cuestiones suscitadas en la demanda objeto del presente procedimiento. Sin costas (art. 233.2 LPL).

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

Estimamos el recurso de casación interpuesto por el Sindicato "UNIÓN DE SINDICATOS DE TRABAJADORES/AS DE ANDALUCÍA" (USTEA) contra la sentencia de fecha 23-julio-2008 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Granada (autos 6/2008), el proceso de conflicto colectivo instado por el Sindicato ahora recurrente contra la JUNTA DE ANDALUCÍA ("CONSEJERÍA DE JUSTICIA Y ADMINISTRACIÓN PÚBLICA"), los Sindicatos "COMISIONES OBRERAS" (CC.OO.), "UNIÓN GENERAL DE TRABAJADORES" (U.G.T.) y la "CENTRAL SINDICAL INDEPENDIENTE Y DE FUNCIONARIOS (CSI-CSIF). Casamos y anulamos la sentencia recurrida. Devuélvanse las actuaciones a la Sala de procedencia para que, partiendo de la legitimación del Sindicato actor para sostener la demanda, resuelva el resto de las cuestiones suscitadas. Sin costas.

Devuélvanse las actuaciones a la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Granada, con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

109/08

013

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social (Recurso de Casación): Sentencia de 13/05/2009

Ponente: Excmo. Sr. D. Jordi Agustí Juliá

Síntesis

CONFLICTO COLECTIVO. LICENCIAS retribuidas. Días hábiles. Interpretación: "la interpretación de los contratos y demás negocios jurídicos (y el convenio colectivo participa de tal naturaleza) es facultad privativa de los Tribunales de instancia, cuyo criterio, como más objetivo, ha de prevalecer sobre el del recurrente.

Fundamentos de Derecho:

PRIMERO.- Por la FEDERACIÓN DE INDUSTRIAS AFINES DE LA UNIÓN GENERAL DE TRABAJADORES –FIA-UGT-, se interpuso demanda de conflicto colectivo ante la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, contra la empresa COMPAÑÍA LOGÍSTICA DE HIDROCARBUROS, interesando que:

“dicte sentencia que declare que los días hábiles a los que se refiere la letra b/ del artículo 36 del Convenio Colectivo de CLH y su personal, a efectos de determinación de la duración de la licencia retribuida, corresponden con los días de trabajo de cada semana, con exclusión de los días coincidentes con el descanso semanal y con los días festivos.”

SEGUNDO.- Por sentencia dictada por la mencionada Sala de lo Social de la Audiencia Nacional de fecha 8 de julio de 2008 (proc. 46/2008), se desestimó la demanda, absolviendo a la empresa COMPAÑÍA LOGÍSTICA DE HIDROCARBUROS de las pretensiones deducidas en su contra en el escrito de demanda.

TERCERO.- Contra dicha sentencia se interpone por la FEDERACIÓN DE INDUSTRIAS AFINES DE LA UNIÓN GENERAL DE TRABAJADORES –FIA-UGT-, el presente recurso de Casación, basado en un único motivo, amparado en el apartado e) del artículo 205 de la Ley de Procedimiento Laboral, mediante el que denuncia la infracción del “artículo 36, letra b/, del Convenio Colectivo de la empresa Compañía Logística de Hidrocarburos (CLH) y su personal de tierra –2004-2009 (BOE de 13 de septiembre de 2006), que regula las licencias, en relación con el artículo 37.3, letra b/, del Estatuto de los Trabajadores, que regula las licencias retribuidas en el caso de nacimiento de hijo y otras circunstancias de necesidad familiar del trabajador; todo ello en relación con el artículo 3.1 del Código Civil, que regula el modo de interpretación de las normas jurídicas; y asimismo el artículo 1281 del Código Civil que establece reglas de interpretación de los contratos.”

CUARTO.- El artículo 36 del Convenio Colectivo de la empresa demandada establece que : “*El personal, avisando con la posible antelación y justificándolo adecuadamente, podrá faltar o ausentarse del trabajo, con derecho a remuneración, por alguno de los motivos y durante el tiempo que a continuación se expone : b) durante tres días hábiles en los casos de alumbramiento de esposa o enfermedad grave o fallecimiento del cónyuge, hijos.....*”, siendo la problemática que se plantea la de interpretar el concepto de “días hábiles”, que para el sindicato demandante se corresponden con los días de trabajo de cada semana, con exclusión de los días coincidentes con el descanso semanal y con los días festivos, y para la empresa demandada se corresponden con todos los

días de la semana, con la única exclusión de los domingos y festivos, tesis ésta, que es la aceptada por la sentencia de instancia, atendiendo, fundamentalmente, a “la propia dicción de la norma, que en otros apartados de la misma utiliza los términos “días naturales”, y a que “en la empresa demandada desde 1992 se viene trabajando los 365 días del año, y que en consecuencia los días de descanso pueden o no coincidir con el fin de semana, por tales días hábiles ha de interpretarse que son todos los días naturales restados exclusivamente los domingos y festivos.”

Se apoya además la sentencia de instancia en el contenido de otros preceptos del mismo convenio colectivo, que va desgranando y, en concreto, en los artículos 25 (que regula la duración y cómputo anual de la jornada; 26 (elaboración de calendarios y cuadrantes); 29 (descanso semanal); y 27 (que regula el denominado desplazamiento de jornada), así como el artículo 93 que regula la compensación económica del personal afectado, resultando de tal precepto igualmente –se dice- “la contraposición entre las expresiones días naturales (que integran domingos y festivos) y días hábiles, de la que se infiere la inclusión en estos últimos de los días de descanso que no coincidan con domingos y festivos.” A esta exégesis interpretativa, añade la sentencia de instancia que la interpretación del Sindicato demandante podría afectar a la jornada fijada en cómputo anual, ya que implicaría restar de ese cómputo los días de licencia y los días de descanso adicionados a los anteriores, por haber recaído los primeros total o parcialmente en dichos días de descanso, además de los repetidos domingos y festivos, minorando necesariamente aquella.

Frente al razonado y objetivo análisis que la sentencia efectúa de los preceptos mencionados, el Sindicato recurrente –como señala el Ministerio Fiscal en su preceptivo informe- se limita en el único motivo de su escrito de recurso a denunciar –como ya se ha dicho- la infracción del controvertido y ya citado artículo 36 del convenio colectivo de empresa y de los artículos 3.1 y 1281 del Código Civil, pero sin reflexionar e indicar el modo en que las infracciones denunciadas repercuten sobre la decisión impugnada, más allá de algunos teóricos ejemplos de supuesta desigualdad –no planteados en su escrito de demanda- para llegar a la subjetiva conclusión de que la interpretación de la sentencia de instancia “es la que más se aleja de una interpretación literal del convenio colectivo”.

Este planteamiento, y por ende, el motivo, merece respuesta negativa, pues como ya tuvo ocasión de señalar esta Sala en su sentencia de fecha 25 de septiembre de 2008 (recurso de casación 109/2007) con cita de la sentencia de 19 de septiembre de 2003 (recurso casación 6/2003), “es doctrina constante de esta Sala que “la interpretación de los contratos y demás negocios jurídicos (y el convenio colectivo participa de tal naturaleza) es facultad privativa de los Tribunales de instancia, cuyo criterio, como más objetivo, ha de prevalecer sobre el del recurrente, salvo que aquella interpretación no sea racional ni lógica, o ponga de manifiesto la notoria infracción de alguna de las normas que regulan la exégesis contractual”. Así se han pronunciado las sentencias de 12 de noviembre de 1993, 3 de febrero del 2000, 27 de abril del 2001 y 16 de diciembre del 2002. Debiéndose destacar así mismo que las sentencias de 20 de marzo de 1997 y 16 de diciembre del 2002 han precisado que “en materia de interpretación de cláusulas de convenios y acuerdos colectivos, en cuyo esclarecimiento se combinan las reglas de interpretación de las normas con las de la interpretación de los contratos, debe atribuirse un amplio margen de apreciación a los Órganos jurisdiccionales de instancia, ante los que se ha desarrollado la actividad probatoria relativa a la voluntad de las partes y a los hechos comitentes”. Y no parece cuestionable, que la interpretación del concepto de “días hábiles” que lleva a cabo la sentencia de instancia en el tenor de la norma convencional examinada, respeta plenamente las exigencias de la razón y de la lógica.

Todavía cabría añadir, que en asunto igualmente de licencia, aunque allí matrimonial, esta Sala, en sentencia –citada ya en la recurrida- de 12 de julio de 1993 (recurso 1000/1992), tras analizar el artículo 37.2 del Estatuto de los Trabajadores y los artículos 44 y 45 del actualmente derogado Real Decreto 2001/1983, sobre regulación de la jornada de trabajo, jornadas especiales y descansos, en interpretación de similar precepto convencional al aquí cuestionado, llegó a la conclusión de que debía considerarse como día laborable el sábado a efectos del cómputo del período de días laborales de licencia.

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

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

Desestimamos el recurso de Casación interpuesto por la **FEDERACIÓN DE INDUSTRIAS AFINES DE LA UNIÓN GENERAL DE TRABAJADORES –FIA-UGT-**, contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social de la AUDIENCIA NACIONAL, de fecha 8 de julio de 2.008 (procedimiento nº 46/2008), en virtud de demanda formulada por dicha recurrente frente a la empresa **COMPAÑÍA LOGÍSTICA DE HIDROCARBUROS**, sobre Conflicto Colectivo. Sin costas.

Devuélvanse las actuaciones al Órgano Jurisdiccional de procedencia, con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

TRIBUNAL SUPREMO**Sala de lo Social (Unificación de Doctrina):** Sentencia de 14/05/2009**Ponente:** Excmo. Sr. D. Mariano Sampedro Corral**Síntesis****PACTO DE NO COMPETENCIA POSTCONTRACTUAL:** No pierde su vigencia por el hecho de que el contrato de trabajo se extinga por resolución unilateral del empresario durante el periodo de prueba.**Fundamentos de Derecho:**

PRIMERO.- La cuestión litigiosa consiste en determinar si una vez extinguido el contrato laboral por voluntad del trabajador, durante el periodo de prueba, éste devenga la cantidad correspondiente al pacto de no concurrencia pactado para después de extinguirse el contrato. Conforme el artículo 217 de la Ley de Procedimiento Laboral (LPL) ha de examinarse, en primer lugar, si concurre en el presente recurso el presupuesto procesal de caducidad; a cuyo efecto es de hacer las consideraciones que se pasan a exponer:

1º.- Según hechos probados el actor inicio su relación laboral el día 17 de abril de 2006, para prestar servicios como programador de aplicaciones INF, con categoría de operador, siendo la actividad de la empresa de tecnología avanzada en la que los conocimientos técnicos adquiridos por el trabajador tienen un valor muy significativo para la continuidad de aquella. Por ello se pactó, entre otras cláusulas, un pacto de no concurrencia post- contractual, por un periodo de 6 meses, cualquiera que fuere la causa de extinción del contrato, estableciéndose una compensación económica de 8.000 euros. El día 4 de julio de 2006, el actor remitió burofax, comunicando la resolución del contrato con esa misma fecha, que estaba dentro del periodo de prueba de 6 meses establecido en el contrato, y desde tal momento comenzó a prestar servicios para una empresa de consultoría. El demandante reclama el abono de la cantidad pactada en concepto de compensación por haber respetado el pacto de no concurrencia durante el tiempo establecido.-

La sentencia ahora recurrida del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 18 de febrero de 2008 (Rec. 5496/07), estima el recurso del trabajador y condena a la empresa al abono de la cantidad correspondiente por el pacto de no concurrencia post - contractual. La Sala, señala que las partes, en aplicación de los arts 14.2 y 21.2 del Estatuto de los Trabajadores (ET), hicieron uso del pacto con reciprocas obligaciones, dada la índole de la actividad de la empresa. Razona que si por cualquiera de los contratantes se pone fin a la relación - incluido el desistimiento durante el periodo de prueba -debe entrar en juego el pacto post contractual. Y sin que existan razones para entender la suspensión o no aplicación del mismo durante el período de prueba.

La parte demandada ha recurrido la anterior sentencia en casación unificadora, alegando infracción de los arts 14.2, y 21.2 ET y la doctrina jurisprudencial que establece la nulidad del pacto contractual de renuncia por parte de la empresa al pacto de no concurrencia firmado con el trabajador, invocando como contradictoria la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 20 de diciembre de 2005 (Rec. 5411/05), - seleccionada mediante escrito de 5 de septiembre de 2008 -.

2.- La sentencia contraria resuelve un litigio similar al actual, en el que el trabajador, con categoría de operador informático, causó baja voluntaria durante el período de prueba y en la que sin embargo se desestima la demanda del actor en reclamación de cantidad con fundamento también en el cumplimiento del pacto de no concurrencia post contractual.

3.- Un examen comparativo entre las sentencias recurrida e impugnada permite concluir que el presente recurso cumple con el presupuesto procesal de contradicción en la triple vertiente de hechos, fundamentos y pretensiones ante litigantes en la misma situación jurídica exigido por el artículo 217 LPL. En efecto: 1) en uno y otro caso, la empleadora es la misma, al igual que la categoría de los trabajadores, los contratos presentan una redacción, no solo parecida, sino idéntica en los aspectos que ahora interesa y, finalmente, se pacta una cláusula de no competencia y de confidencialidad mientras dure la relación contractual y la prorroga de dicha obligación hasta "transcurridos 6 meses después de finalizado el contrato de trabajo, cualquiera que fuera la causa de terminación del mismo", estableciéndose la correspondiente contraprestación económica (8.000 euros en la recurrida y 3.000 euros en la de contraste) siempre que se hubieran cumplido las obligaciones establecidas. Se establece, también, que en el supuesto de incumplimiento, el trabajador perderá el derecho a percibir el importe y además deberá indemnizar a la empresa en concepto de cláusula penal en las condiciones señaladas y que la empresa podrá dejar sin efecto el pacto de no competencia post contractual y renunciar al derecho contemplado en el mismo, exonerando del cumplimiento al trabajador dentro del plazo establecido en cuyo caso el trabajador no devengará el derecho a la indemnización. 2) Concorre, además, la identidad fáctica, en lo relativo a la extinción de la relación laboral por voluntad del trabajador durante el periodo de prueba. Se entiende que no

quebra esta igualdad, el hecho de que en la referencial la empresa requiriera al trabajador para el cumplimiento del pacto, pues si bien en la impugnada no existe expresamente dicha exigencia, tácitamente si concurre en cuanto la mercantil no hizo uso de su derecho a no exigir el cumplimiento

3.- No obstante esta igualdad sustancial los pronunciamientos de las sentencias en comparación son diferentes, al igual que los razonamientos empleados para alcanzar soluciones divergentes: 1) La resolución judicial recurrida argumenta que no hay razón para excluir la aplicación del pacto en el supuesto de que la causa extintiva se deba a la voluntad unilateral de la parte durante el período de prueba - sea el empresario o el trabajador-, ya que los efectos del cumplimiento del pacto deben ser respetados por ambas partes y sea cual fuere el tiempo desde que se inició la relación, de modo que, los derechos y obligaciones que el contrato prevé son los que le corresponden al trabajador, a todos los efectos, durante el periodo de prueba, salvo los que se refieren a la resolución del contrato y entender lo contrario supondría una especie de tácita suspensión del pacto durante dicho periodo, cuya vigencia coincide con la fecha de inicio de relación laboral. Se añade, además, que ambas partes acordaron que la obligación se mantendrá hasta transcurridos 6 meses después de la extinción del contrato, "cualquiera que fuera la causa de finalización del mismo" y que una de estas causas puede ser el desistimiento. Por otra parte, la demandada se reservó la posibilidad de dejar sin efecto el pacto de competencia post contractual y no lo aplicó.

La sentencia contraria, entiende que el Estatuto de los Trabajadores (ET) configura el periodo de prueba como una fase preliminar del contrato, en la que éste aun no ha alcanzado toda su plenitud y, en aplicación del art 14 ET, considera que el pacto en el que se acuerda la existencia del periodo de prueba, suspende durante la permanencia del mismo determinados efectos del contrato laboral, en concreto, los de pertenecer a la plantilla y los derivados de la resolución de la relación laboral. Según esta resolución, estos derechos únicamente entran en vigor si se supera el periodo de prueba a satisfacción de ambas partes, pero antes no otorga al trabajador derecho alguno derivado de la resolución de la relación laboral. Siendo intrascendente el requerimiento que hace la empresa al actor para que cumpla el acto, pues este no entraría en vigor al haber cesado durante el periodo de prueba.

SEGUNDO.- La cuestión litigiosa ha sido ya, unificada por esta Sala, en su reciente sentencia de 6 de febrero de 2009 (Rec. 665/2008), que desestima un recurso sustancialmente igual al presente interpuesto por el empleador, en el que también se alegaba violación de los artículos 14.2 y 21.2 del Estatuto de los Trabajadores. A tenor de esta sentencia:

1.- El período de prueba es una institución que permite a cualquiera de las partes que intervienen en el contrato de trabajo rescindir unilateralmente el mismo, por su sola y exclusiva voluntad, sin necesidad de cumplir ninguna exigencia especial al respecto, bastando con que el periodo de prueba este todavía vigente y que el empresario o el empleado extinga la relación laboral, sin que sea preciso para ello llevar a cabo ninguna clase especial de comunicación, ni especificar la causa que ha determinado tal decisión finalizadora, pues su motivación es meramente subjetiva de quien la adoptó, salvo que la decisión este motivada por razón discriminatoria que viole el art. 14 C.E. o vulnere cualquier otro derecho fundamental," (entre otras, sentencia de esta Sala de 2 de abril de 2007, Rec. 5013/05).

2.- De otra parte, como ha afirmado esta Sala (STS de 5 de abril de 2004, Rec. 2468/03), reiterando la doctrina establecida en la de 24/9/90: "el pacto de no competencia para después de extinguido el contrato de trabajo, en cuanto supone una restricción de la libertad en el trabajo consagrado en el art. 35 C. E. y del que es reflejo el art. 4-1 E.T., recogido en el art. 21-2 E.T., y en el art. 8-3 del Decreto regulador de esta relación especial, preceptos similares, requieren para su validez y licitud aparte de su limitación en el tiempo, la concurrencia de dos requisitos, por un lado, que se justifique un interés comercial o industrial por el empresario, por otro que se establezca una compensación económica; existe por tanto un doble interés: para el empleador la no utilización de los conocimientos adquiridos en otras empresas; para el trabajador asegurarse una estabilidad económica extinguido el contrato, evitando la necesidad urgente de encontrar un nuevo puesto de trabajo; estamos, pues, ante obligaciones bilaterales, recíprocas, cuyo cumplimiento por imperativo del art. 1256 del C. Civil no puede quedar al arbitrio de sólo una de las partes..."

3.- Aparte de esta constatación se llega a la conclusión de que la doctrina correcta se contiene en la sentencia recurrida y no en la de contraste, porque la condición resolutoria, implícita en el período de prueba, hace referencia únicamente a la posibilidad de resolverlo mientras transcurre dicho período por voluntad unilateral de cualquiera de las partes, pero no afecta a la eficacia jurídica de los pactos establecidos para surtir efectos después de extinguido el contrato como ocurre con el pacto de no competencia postcontractual. Durante el periodo de prueba el contrato surte sus plenos efectos como si se hubiese celebrado sin condicionamiento resolutorio alguno, y, si se activa esta condición resolutoria, cesarán sus efectos, salvo aquellos pactados precisamente para después de extinguido, del mismo modo que si la extinción hubiese tenido lugar después del transcurso de dicho período de prueba, tanto más cuanto que en este supuesto se pactó la indemnización para el caso de terminación del contrato "cualquiera que sea su causa".

El pacto de no competencia postcontractual genera expectativas tanto para el trabajador (indemnización para compensarle del perjuicio que pueda suponer, tener que dedicarse, después de extinguido el contrato y durante el tiempo pactado, a otra

actividad distinta, para la que quizá no esté preparado), como para el empresario (evitar el perjuicio que pueda suponer la utilización por el trabajador de los conocimientos adquiridos en la empresa en una actividad que entra en competencia con aquélla), expectativas que quedarían frustradas si la eficacia del referido pacto dependiese del árbitro de cualquiera de las partes. Precisamente, en nuestra citada sentencia de 5/4/04 se declara nula la cláusula por la que el empresario queda autorizado a rescindir de forma unilateral el pacto de no competencia postcontractual, y el mismo resultado se produciría si admitiésemos el mismo efecto extintivo del pacto de no competencia por la libre resolución del contrato de trabajo por el empresario durante el período de prueba.

En definitiva, se trata de un pacto asumido libremente por los contratantes y que responde a la finalidad prevista en el art. 21 del ET, sin que se haya puesto de relieve por ninguna de las partes que resulte abusivo o contrario a la buena fe.

TERCERO.- En virtud de lo antes razonado, y de acuerdo con el dictamen del Ministerio Fiscal, procede desestimar el recurso de la empresa, a la que deben imponerse las costas del recurso, decretándose la pérdida del depósito constituido para recurrir.

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

Desestimamos el recurso de casación para la UNIFICACION DE DOCTRINA, interpuesto por el Procurador D^a Rocío Sampere Meneses, en nombre y representación de SAC MAKER, S.A., contra la sentencia dictada en fecha 18 de febrero de 2008 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en el recurso de Suplicación núm. 5496/07, interpuesto por D. IVAN contra la sentencia dictada en 2 de julio de 2007 por el Juzgado de lo Social nº 18 de Madrid en los autos núm. 205/2007 seguidos a instancia de D. IVAN, sobre reclamación de cantidad. Se imponen las costas a la recurrente del recurso, y se decreta la pérdida del depósito constituido para recurrir.

Devuélvanse las actuaciones al Organismo Jurisdiccional correspondiente, con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

89/08**015**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social (Recurso de Casación): Sentencia de 14/05/2009

Ponente: Excmo. Sr. D. Mariano Sampedro Corral

Síntesis

PROCEDIMIENTO LABORAL. CONFLICTO COLECTIVO. Requisitos del proceso colectivo. Existe adecuación de procedimiento.

Fundamentos de Derecho:

PRIMERO.- 1.- Según hechos declarados probados por la resolución recurrida:

El personal afectado por el presente procedimiento de conflicto colectivo presta servicios laborales para la Comunidad de Madrid. El Convenio Colectivo, que rige las relaciones entre este personal y la Comunidad mencionada durante el período 2004-2007, dispone en su disposición adicional decimoctava lo siguiente: "Fondo para Adecuaciones de los Puestos de Trabajo: en el año 2007, se dotará un Fondo de importe de 10.000.000 euros, conjunto para el personal laboral y funcionario de Administración y Servicios, con la finalidad de adecuar los puestos de trabajo del mencionado personal, en el contexto de la ordenación y modernización de la Función Pública. En este contexto y con cargo a la dotación de este Fondo, se abordará la revisión de los puestos de trabajo de nivel 6 de Educadores de Minusválidos, Infantiles y de otras Instituciones, con el fin de adecuarlos a las especiales características de la prestación de sus servicios. La distribución de este Fondo se llevará a efecto en los Órganos de Seguimiento de los dos textos convencionales."

El acta 1/2006, de 6 y 24 de abril de 2006, de la Comisión Paritaria de vigilancia, interpretación y desarrollo del Convenio litigioso documenta la creación de la Comisión que había de estudiar el reparto del fondo contemplado en la aludida disposición

adicional, y la Comisión Paritaria, en Acuerdo de 21-2-2007, acordó establecer, respecto de la revisión de los puestos de trabajo de nivel salarial 6 de educadores de minusválidos, infantiles y de otras instituciones, a las que se refiere la disposición adicional decimoctava del convenio colectivo, un complemento de reparto de fondo disposición adicional 18ª del convenio colectivo en cuantía de 183 euros en catorce pagas anuales con efectos de 1-1-2007.

El apartado 6 de este Acuerdo literalmente dice: "el número de puestos de trabajo de Educador de Minusválidos Infantiles y de otras Instituciones, de nivel retributivo 6 de la tabla salarial del Convenio Colectivo, asciende a la fecha de adopción del presente Acuerdo a un total de 1021 puestos. En consecuencia, el coste económico del abono de este complemento asciende a 3.130.528 euros al resultar imposible calcular los costes de las hipotéticas contrataciones temporales que variarán en función de las necesidades. El montante económico disponible, tras la adopción del presente Acuerdo, para la adecuación de puestos de trabajo con cargo al Fondo establecido al electo en la Disposición Adicional Décimo Octava del Convenio Colectivo, asciende a 6.869.472 euros, tras deducir del Fondo en cuestión el importe del coste económico de este acuerdo. "La transformación en contratos a jornada completa de los celebrados a tiempo parcial en las Consejerías y Organismos relacionados en el cuadro Anexo a este documento, con cargo al Fondo previsto en la Disp. Adicional 8º del Convenio Colectivo para el personal laboral. El coste de la mencionada transformación reflejado en el Anexo a este documento podría experimentar alguna alteración como consecuencia de la revisión del mismo efectuó la Dirección General de gestión de RRHH de la Consejería de Hacienda."

La Comisión Paritaria del Convenio, adoptó, previas las actuaciones pertinentes del grupo de trabajo referido con el acta 1/2006 (aludida en el hecho probado segundo), el siguiente Acuerdo que consta como anexo V del acta 4 bis/2007, de 22 y 24 de octubre de 2007: "La transformación en contratos a jornada completa de los celebrados a tiempo parcial en las Consejerías y Organismos relacionados en el cuadro Anexo a este documento, con cargo al Fondo previsto en la Disp. Adicional 8º del Convenio Colectivo para el personal laboral. El coste de la mencionada transformación reflejado en el Anexo a este documento podría experimentar alguna alteración como consecuencia de la revisión del mismo efectuó la Dirección General de gestión de RRHH de la Consejería de Hacienda". La transformación a la que se refiere el acuerdo se refleja en el anexo del documento distribuyéndose su coste económico por consejerías y organismos, con indicación del porcentaje de jornada parcial, respectivamente existente en cada departamento, transformada en jornada a tiempo completo, sumando dicho coste 5.008.982,64 euros, tal y como se expone en el hecho cuarto de la demanda, que se da aquí por totalmente reproducido.

La Comunidad de Madrid ha cumplido el Acuerdo de 21 de febrero de 2007 respecto de la revisión de los puestos de trabajo de nivel salarial 6 de educadores, de minusválidos, infantiles y de otras instituciones, sobre el complemento del que se ha hecho mención en el ordinal segundo de la presente resolución. No consta que haya llevado a efecto el contenido del acuerdo de la Comisión Paritaria que se refleja en el anexo V del acta 4 bis/2007, de 22 y 24 de octubre de 2007.

2.- El objeto de la pretensión colectiva actora es que "se declare el reconocimiento de los hechos anteriormente expuestos y se proceda al cumplimiento de lo dispuesto en la Disposición Adicional Decimoctava del Convenio Colectivo de Aplicación en relación a los Fondos allí citados, y, en consecuencia se proceda a llevar a cabo el Acuerdo alcanzado, firmado y cerrado por la Comisión Paritaria de Vigilancia, Interpretación y Desarrollo del Convenio Colectivo para el Personal Laboral de la Comunidad de Madrid, Anexo V del Acta 4 bis/2007 celebrado en reuniones de fecha 22 y 24 de octubre de 2007, sobre distribución del Fondo allí referido".

La sentencia dictada en única instancia por la Sala Social del T.S.J. de Madrid ha desestimado la excepción procesal de inadecuación del procedimiento alegada por la parte demandada y, entrando a conocer del fondo del asunto, ha estimado las demandas de conflicto colectivo interpuestas por los sindicatos CSIT-UP (Coalición Sindical Independiente de Trabajadores-Unión Profesional) y la Federación de Servicios Públicos de la Unión General de Trabajadores (F.S.P.-U.G.T.) condenando "a la Administración autonómica demandada a cumplir lo dispuesto en la disposición adicional decimoctava del convenio colectivo que rige para las partes, y, en consecuencia, llevar a cabo el acuerdo de la comisión paritaria de vigilancia, interpretación y desarrollo de dicho convenio, acuerdo que consta en el anexo V acta 4 bis/2007, de 22 y 24 de octubre de 2007 en relación con la distribución del fondo previsto en la norma convencional referida."

Frente a esta sentencia se ha interpuesto por la Comunidad de Madrid el presente recurso de casación ordinario que, al amparo del art. 205 de la Ley de Procedimiento Laboral (LPL) se articula en dos motivos, ambos apoyados en el apartado e) del citado artículo 205 LPL.

SEGUNDO.- 1.- Se denuncia por el primer motivo, al amparo del arto 205 e) LPL, la infracción de la D.A. Decimoctava en relación con los arts. 4.3, 66.6 Y 12 del Convenio aplicable. Motivo que debe ser rechazado, en virtud de las siguientes consideraciones: 1.- Ante todo debe resaltarse, como dictamina el Ministerio Fiscal que la obligación asumida por la Comunidad de Madrid en relación a la Disposición Adicional Decimoctava se manifiesta en un doble contenido: uno, referente a la revisión de los puestos de trabajo de nivel 6 de Educadores de Minusválidos, Infantiles y de otras Instituciones, que se ha cumplido correctamente según se declara en el hecho probado quinto, que no ha sido cuestionado en el presente recurso; otro, relativo a la

decisión de la Comisión paritaria de Vigilancia, Interpretación y desarrollo, expuesta en acta 1/06 de 6 y 24 abril de 2006 de transformación en contratos a jornada completa de los celebrados a tiempo parcial en las Consejerías y Organismos relacionados en el cuadro Anexo a este documento con cargo al Fondo previsto en la referida Disposición Adicional. El cumplimiento de esta última obligación constituye el objeto de la pretensión reclamada por los Sindicatos actores en este procedimiento; pretensión, que, al haber sido estimada por la sentencia recurrida, constituye la cuestión a examinar en el presente recurso.

2.- En este primer motivo, la recurrente comienza por manifestar que la literalidad de la D.A. Decimoctava solo concreta la revisión de los puestos de trabajo de nivel 6 de Educadores de minusválidos, infantiles y otros por lo que estima que la actuación de la Comisión Paritaria ha incurrido en exceso. Ello, sin embargo, no es así: En primer lugar porque la D.A. litigiosa tiene como título "Fondo para Adecuaciones de los Puestos de Trabajo", y ello quiere decir que la Disposición no tiene como únicos destinatarios a los Educadores de nivel 6. En segundo lugar porque, aunque así fuera a efectos dialécticos, la extensión realizada por la Comisión al supuesto de transformación de contratos a tiempo parcial en jornada completa lo fue por Acuerdo de la Comisión Paritaria que, según el arto 4.3 del Convenio vinculan a ambas partes en los mismos términos que el Convenio Colectivo. Procede por ello la desestimación de este primer motivo. En efecto, este artículo 4.3, que se inserta en el hecho séptimo declarado probado dice literalmente: "los acuerdos de lo comisión paritaria vinculan a ambas partes en los mismos términos que el presente Convenio Colectivo. Sus dictámenes y acuerdos se adosarán al mismo como anexo. Se declara expresamente la nulidad de los acuerdos que la Comisión Paritaria adopte excediéndose del ámbito de su propia competencia." Y no consta, en forma alguna, que se haya impugnado expresamente el Acuerdo litigioso.

SEGUNDO.- 1.- El segundo motivo articulado, como antes se dijo, al amparo del art. 205 e) LPL alega infracción de los arts. 151 y ss de dicha Ley procesal laboral, y se dice del mismo en relación con el primer motivo que "la transcendencia material de este motivo (el primero) se anuda a la alegación formal que pasamos a exponer en el motivo siguiente" (el segundo). El motivo excepciona la inadecuación de procedimiento de la demanda por conflicto colectivo respecto al Acuerdo de la Comisión Paritaria de aplicar parte del Fondo para Adecuaciones de los Puestos de trabajo a la transformación de contratos a tiempo parcial en contratos a jornada completa en las Consejerías y Organismos relacionados en el cuadro Anexo al Acta 4 bis/2007 de la Comisión Paritaria, por entender que la especificación que realiza dicho Anexo a Consejerías y Organismos excluye que se trate de un grupo genérico de trabajadores como refiere el arto 151.1 de la L.P.L., y ello "porque la decisión del Acta 4 bis/2007 no es una regulación que afecte de manera homogénea e indiferenciada a un grupo de trabajadores", y, además, porque "incluso dentro del colectivo contemplado por el Anexo del Acuerdo resulta imposible hablar de un grupo homogéneo e indiferenciado porque la identificación contempla las Consejerías u Organismos, las categorías, modalidades de contratación (fijos o fijos discontinuos) y hasta las concretas jornadas (en porcentajes tan detallados como el 33; 33,33; 42,58; 48,02; 50; 50,34; 56,31; 58,09; 58,90 fin de semana; 60; 63; 71,43)".

2.- El motivo, así planteado, conforme igualmente afirma el Ministerio Fiscal debe ser rechazado: 1) En primer lugar, la simple lectura del Anexo litigioso excluye cualquier individualización de los trabajadores afectados por la conversión de jornada de sus contratos. La simple referencia en el Anexo al número y categoría de trabajadores afectados en cada Institución y la precisión del módulo de transformación, no establece la individualización del derecho de cada trabajador, sino que se refiere al grupo de trabajadores, sin concretar, afectado en cada Institución, lo que hace que no pierda su naturaleza jurídica de homogeneidad del grupo.

2) Los elementos que configuran las pretensiones propias del conflicto colectivo, según reiterada jurisprudencia, son dos:

a) Uno subjetivo, integrado por la referencia a la afectación de un grupo de trabajadores, "entendiendo por tal no la mera pluralidad, suma o agregado de trabajadores singularmente considerados, sino un conjunto estructurado a partir de un elemento de homogeneidad".

b) Otro elemento objetivo, consistente en la presencia de un interés general, que es el actuado a través del conflicto y que puede definirse como "un interés que aunque pueda ser divisible, lo es de manera refleja en sus consecuencias, que han de ser objeto de la oportuna individualización, pero no en su propia configuración general". (STS 28 de junio de 2006, Rec. 75/2005; 17 de noviembre de 2003 y 10 de junio de 2003, Rec. 76/2002).

Es decir lo que el conflicto colectivo supone es la necesidad de interpretar normas legales o pactadas colectivamente, que afectan a un grupo de trabajadores, considerados en su conjunto, de modo que el interés que se cuestiona, en estos especiales procesos, no es el individual o personal de cada trabajador, reflejado por una reivindicación económica de carácter específico y perfectamente concretada, sino que la solución pretendida comprende a todos los trabajadores, que integran dichas categorías, hayan intervenido o no en el conflicto.

En todo caso, y como afirma la sentencia recurrida, puede afirmarse razonablemente que la norma del convenio colectivo inaplicada afecta a la totalidad de trabajadores sujetos a contrato parcial (cuadro anexo al acuerdo de la comisión paritaria del

convenio colectivo de 22 y 24 de octubre de 2007), y que, por lo tanto, es adecuada la acción de conflicto colectivo, pues aun cuando ésta se funda en el incumplimiento de una obligación de hacer, el caso posee sin embargo una perspectiva general y abstracta con independencia de que en su momento y de prosperar la demanda se traduzca en respectivos derechos o titularidades individuales. Como dice la STS de 1 de junio de 1992". El hecho de que un litigio tenga por objeto un interés individualizable, que se concrete o pueda concretarse en un derecho de titularidad individual, no hace inadecuado el procedimiento especial de conflicto colectivo, siempre que el origen de la controversia sea la interpretación o aplicación de una regulación jurídicamente vinculante que afecte de manera homogénea e indiferenciada a un grupo de trabajadores. Seguramente no todos los intereses y derechos individuales pueden ser objeto de reclamación por la vía del conflicto colectivo. Pero no es menos cierto que este cauce procesal no está reservado a los derechos de titularidad colectiva, o a los intereses y derechos comprendidos en la esfera de lo que la doctrina viene llamando "derecho colectivo del trabajo". Por ello, en cuanto el problema colectivo que el litigio plantea no es divisible, la Sala no aprecia que la parte actora haya incurrido en el defecto de inadecuación de procedimiento al ejercitar su pretensión declarativa por la vía procesal del proceso colectivo.

TERCERO.- En virtud de lo expuesto procede desestimar el recurso. Sin imposición de costas a tenor de lo dispuesto en el artículo 231 LPL.

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

Desestimamos el recurso de CASACION interpuesto por el Letrado D. Antonio Luis Casamayor de Mesa, en nombre y representación de la COMUNIDAD DE MADRID, contra la sentencia dictada en fecha 9 de junio de 2008, por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en el proceso de Conflicto Colectivo Núm. 17 y 20/2008 (acumuladas), instado por los sindicatos CSIT-UP (Coalición Sindical Independiente de Trabajadores-Unión Profesional) y la Federación de Servicios Públicos de la Unión General de Trabajadores (F.S.P.-U.G.T.). Sin costas.

Devuélvanse las actuaciones al Organismo Jurisdiccional correspondiente, con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

180/08**016**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social (Unificación de Doctrina): Sentencia de 19/05/2009

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

Síntesis

Representantes de los trabajadores. Despido que tiene lugar en el año siguiente a su cese en las funciones representativas. La opción corresponde siempre que se declara el despido improcedente al trabajador, cualquiera que hubiese sido la causa del despido. Reitera doctrina.

Fundamentos de Derecho:

PRIMERO.- La cuestión a resolver en el presente recurso de casación unificadora, consiste en determinar a quien corresponde ejercitar la opción por la readmisión o la rescisión indemnizada del contrato en los supuestos de despido improcedente, cuando se trata de trabajadores que han sido representantes de los trabajadores y el despido de los mismos se ha producido antes de transcurrir un año dese que cesaron en sus funciones representativas.

El problema ha sido resuelto de forma contradictoria por las sentencias comparadas. La recurrida, dictada el día 7 de noviembre de 2007 por el Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha, ha estimado que, como el despido se notificó tras cesar el trabajador como delegado de personal y se fundó en circunstancias ajenas a las labores representativas desarrolladas anteriormente, la opción corresponde a la empresa, pues el derecho que el artículo 56-4 del Estatuto de los Trabajadores concede a los representantes de los trabajadores sólo opera mientras ostenta el cargo representativo y no cuando han cesado en él, momento a partir del que opera, únicamente, la garantía del artículo 68-c) del citado texto legal, cuya efectividad requiere que el despido venga motivado por actos realizados en el ejercicio de su función representativa. Por contra, la sentencia de contraste,

dictada por esta Sala el día 20 de marzo de 1.997 en el recurso 4206/96, resolvió lo contrario, al estimar que la opción entre la readmisión y la indemnización correspondía al trabajador en todos los supuestos en los que se declarara el despido improcedente y no sólo cuando viniese motivado por la acción del trabajador en el ejercicio de su labor representativa.

Las sentencias comparadas son contradictorias en los términos que requiere el artículo 217 de la L.P.L. para que sea viable el recurso que nos ocupa y proceda unificar las doctrinas contrapuestas, cual acaece en el presente caso. En efecto, en ambos casos se trataba de trabajadores que habían sido despedidos dentro del año siguiente a su cese como representantes de los trabajadores, en un caso como delegado de personal y en el otro como miembro del comité de empresa, diferencia irrelevante porque en ambos casos se trataba de representantes de los trabajadores a los que la ley concede las mismas garantías. Así mismo, en los dos supuestos la causa del despido había sido ajena al desempeño de las funciones representativas que habían tenido: en el caso de la recurrida se trata de un despido disciplinario por actos realizados trabajando, mientras que en la de contraste el cese se fundaba en la terminación de un contrato temporal. Pero, el distinto origen del cese es irrelevante, porque la cuestión a resolver es a quien corresponde la opción, cuando se ha declarado la improcedencia del despido motivado en causas ajenas al desempeño del cargo representativo. Y en ese extremo si concurre la identidad sustancial que requiere el artículo 217 de la Ley de Procedimiento Laboral, al ser idénticos los hechos, los fundamentos y las pretensiones estudiadas en cada caso.

SEGUNDO.- La controversia ha sido ya unificada por esta Sala en sus sentencias de 23 de mayo de 1.995 (Rec. 2313/94) y 20 de marzo de 1.997 (Rec. 4206/96) en las que ha interpretado los artículos 56-4 y 68-c) del Estatuto de los Trabajadores y 110-2 de la Ley de Procedimiento Laboral en el sentido de que la opción por la readmisión o por la rescisión indemnizada del contrato corresponde al trabajador que es objeto de un despido improcedente, cuando ha sido representante de los trabajadores y el despido se produce dentro del año siguiente a su cese en esa representación, cualquiera que haya sido la causa del despido. No se ofrecen razones que justifiquen un cambio de doctrina, por cuánto la protección frente al despido del trabajador que ha sido representante de los trabajadores que tiene su origen en el artículo 1º del Convenio 135 de la O.I.T., quedaría vacía de contenido si, al día siguiente de su cese en funciones representativas, pudiera la empresa, unilateralmente, extinguir su contrato alegando un motivo fútil, por cuánto, aunque el despido se declarara improcedente y se le obligara a abonar una indemnización, quedaría burlado el fin que persiguen los preceptos legales interpretados: garantizar, al menos durante su mandato y un año después, que el empresario no tome represalias directas o indirectas contra quien tiene o ha tenido la representación de sus compañeros de trabajo, pues, en definitiva la realidad es que el temor a ser despedido sin motivo fundado al cesar en funciones representativas, aunque se vaya a percibir una indemnización, restringe la libertad de actuación del representante.

La aplicación de la anterior doctrina al caso de autos obliga a estimar el recurso, a casar y anular la sentencia recurrida y a resolver el debate planteado en suplicación en el sentido de estimar el recurso de esa clase que interpuso el actor y, consecuentemente, a declarar que es al mismo a quien corresponde el derecho a optar por la readmisión en su puesto de trabajo o por la rescisión indemnizada de su contrato, revocando en ese particular la sentencia de la instancia y confirmado el resto de sus pronunciamientos. Sin costas.

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

Estimamos el recurso de casación para unificación de doctrina interpuesto por el Letrado Don Oscar Quintana Sánchez en nombre y representación de DON JOSE ANTONIO contra la sentencia dictada el 7 de noviembre de 2007 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha, en recurso de suplicación nº 1397/07, interpuesto contra la sentencia de fecha 29 de mayo de 2007, dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Albacete, en autos núm. 244/07, seguidos a instancias de DON JOSÉ ANTONIO contra FÉNIX SEGURIDAD PRIVADA S.A., EULEN SEGURIDAD S.A.U. sobre DESPIDO. Casamos y anulamos la sentencia recurrida, y resolviendo el debate planteado en suplicación estimamos el recurso de esa clase que en su día interpuso el actor contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Albacete en fecha 29 de mayo de 2007 la que revocamos en el sentido indicado en el último fundamento de esta resolución dejando subsistentes el resto de sus pronunciamientos y condenando a la empresa FÉNIX SEGURIDAD PRIVADA S.A. a estar y pasar por lo aquí resuelto. Sin costas.

Devuélvanse las actuaciones al Organismo Jurisdiccional de procedencia, con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

TRIBUNAL SUPREMO**Sala de lo Social (Unificación de Doctrina):** Sentencia de 19/05/2009**Ponente:** Excmo. Sr. D. Benigno Varela Autrán**Síntesis**

SUBSIDIO DE DESEMPLEO PARA MAYORES DE 52 AÑOS. RETORNADOS DE PAÍSES DE LA UNIÓN EUROPEA en donde acreditan cotización suficiente. Se deben acreditar las cotizaciones en España para optar por el subsidio. Se estima el recurso formulado por el Abogado del Estado.

Fundamentos de Derecho:

PRIMERO.- La pretensión configuradora de la demanda rectora de autos se contrae a la solicitud de un subsidio de desempleo para mayores de 52 años, por parte de una trabajadora española, nacida el 24 de septiembre de 1951 y emigrante en Alemania donde tiene acreditadas unas cotizaciones de once mil seiscientos diez días, por un período de veintitrés años, desde 1971 hasta el 7 de noviembre de 2003, habiendo disfrutado en dicho país europeo de prestaciones de desempleo y a su regreso a España se benefició, asimismo, de la prestación de desempleo exportada de Suiza durante el período comprendido entre el 8 de noviembre de 2003 y el 7 de febrero de 2007, hallándose inscrita como demandante de empleo.

La sentencia recurrida, de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, de 19 de septiembre de 2008, dando como probado que la trabajadora de autos trabajó y cotizó exclusivamente en Alemania y razonando, fundamentalmente, conforme a los términos en que fue planteada la litis, que, a tenor del artículo 215.1.1. letra b) del Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social, el requisito de haber agotado un período de prestación de desempleo de más de 360 días no tiene por qué, forzosamente, haberse realizado en España, por cuanto en aplicación de la normativa comunitaria, tanto para la jubilación como para el desempleo, habrá de darse virtualidad a las cotizaciones efectuadas en cualquier país de la Unión Europea, llega a la conclusión de que procede reconocer a la trabajadora emigrante retornada el subsidio de desempleo para mayores de cincuenta y dos años y, en tal sentido, desestima el recurso de suplicación planteado por el Servicio Público de Empleo Estatal.

La sentencia propuesta como término de comparación, que es la de la misma Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, dictada en fecha 28 de septiembre de 2007, en el recurso de suplicación número 3785/2004, aborda y resuelve, asimismo, una pretensión de subsidio de desempleo para mayores de 52 años formulada por una trabajadora emigrante a Alemania y Suiza en cuyos Regímenes de Seguridad Social acredita el cumplimiento de los períodos, genérico y específico, previstos en el apartado b) del artículo 161 de la Ley General de Seguridad Social española, a la que, sin embargo, no consta la hubiera verificado cotización alguna, sin perjuicio de que hubiera percibido, durante un corto espacio de tiempo aquí en España, la prestación de desempleo exportada. Esta sentencia de contraste deniega el postulado subsidio de desempleo para mayores de cincuenta y dos en base a la ausencia de cotización previa alguna al Régimen de Seguridad Social española de la que, tampoco, se percibió, en consecuencia, prestación contributiva de desempleo.

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

TERCERO.- El Ministerio Fiscal, en su preceptivo dictamen, entendiendo que concurren los requisitos viabilizadores del recurso unificador de doctrina planteado, propone la estimación del mismo, en base a la doctrina recogida en las sentencias de esta Sala de 9 y 14 de octubre de 2008 -recursos 3974/2007 y 3165/2007 respectivamente-.

El INSS recurrido entiende que se trata de una prestación que corresponde al Servicio Público de Empleo Estatal y, por ende, solicita una sentencia ajustada a Derecho.

La trabajadora demandante de autos no fue parte en el presente recurso unificador de doctrina.

Pese a las diferencias que pudieran admitirse entre las sentencias comparadas dentro del presente recurso resulta evidente, no obstante, la identidad sustancial de las pretensiones -ambas referidas a subsidio de desempleo para mayores de cincuenta y dos años por parte de trabajadores españoles emigrados a países de la Comunidad Europea que al regresar a España, tras haber cotizado suficientemente en el extranjero y haber percibido en nuestro país el subsidio de retorno- y con apoyo en fundamentos jurídicos, en parte, similares, sin embargo, llegan a soluciones judiciales distintas, toda vez que la sentencia recurrida otorga el subsidio reclamado y la propuesta como término referencial deniega, sin embargo, la idéntica pretensión actuada en la litis.

Ha de admitirse, por tanto, la concurrencia del requisito básico e ineludible de la contradicción judicial, habida cuenta de que, aunque en ambas sentencias se hace referencia a Suiza, país no perteneciente a la Unión Europea, sin embargo, la argumentación jurídica de ambas resoluciones en contraste se basa en la normativa comunitaria para llegar a los fallos contradictorios que, respectivamente, recogen y, por otra parte, la petición de subsidio de desempleo para persona mayor de cincuenta y dos años se hizo, en el caso de autos, exclusivamente, en base a los servicios prestados en Alemania que, si pertenece a la Comunidad Europea de Estados.

CUARTO.- Invoca la parte recurrente vulneración del artículo 215, apartados 3 y 1.1.b) en relación con los artículos 204 y 207 de la Ley General de Seguridad Social española y de la Disposición Adicional Trigésimo Tercera de esta última Ley en la modificación operada por la Ley 45/2002, de 12 de diciembre, y, asimismo, infracción del artículo 67 del Reglamento de la CEE nº 1408/1971 y de la jurisprudencia de esta Sala, alguna de cuyas manifestaciones, expresamente, cita en el escrito de recurso y, también, de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Justicia.

Al respecto, es de significar que el contenido del artículo 67.3 del Reglamento Comunitario invocado como infringido, sin perjuicio de reconocer el cómputo de cotizaciones efectuadas en país extranjero, sin embargo, establece con toda claridad para el percibo de un subsidio como el hoy reclamado en estos autos, lo siguiente "salvo los casos a que se refiere el inciso ii) de la letra a) y el inciso ii) d de la letra b) del apartado 1 del artículo 71, la aplicación de lo previsto en los apartados 1 2 queda subordinada al requisito de que el interesado haya cubierto en último lugar, cuando se trate de apartado 1, períodos de seguro...".

No puede, por tanto, apoyarse la reclamación de autos, únicamente, en el cumplimiento de las exigencias legales previstas en el artículo 215.3 del Texto Refundido de la Ley de Seguridad Social, entendiéndose por cumplido el requisito de la cotización por el hecho de haberla efectuado ya en Alemania o Suiza, donde en un caso percibió incluso las prestaciones y subsidios de desempleo, sino que ha de tenerse en cuenta, también, la exigencia impuesta por el citado artículo 67.3 del Reglamento Comunitario que no puede soslayarse a tenor de lo establecido en la Disposición Adicional que fue añadida por la Ley 45/2002, de 12 de diciembre, y a cuyo tenor "*los trabajadores que provengan de los países miembros del estado Económico Europeo o de los países con los que exista convenio de protección por desempleo obtendrán las prestaciones por desempleo en la forma prevista en las normas comunitarias o en los convenios correspondientes*".

Suprimido, además, por la citada Ley 45/2002 el subsidio para emigrantes retornados cualquiera que sea el país de emigración, solo queda como posibilidad legal de acceder al mismo para aquellos trabajadores emigrantes que, además de reunir los requisitos necesarios, procedan de países ajenos a la Comunidad Económica Europea -hoy ya Unión Europea- o a aquellos Estados con los que se mantenga Convenio en materia de Seguridad Social.

El problema que se aborda en la presente resolución no es nuevo y ya con anterioridad se valoró la procedencia de computar las cotizaciones -por asistencia sanitaria y prestaciones familiares- efectuadas en favor y durante el período que los emigrantes retornados hubieran venido percibiendo e correspondiente subsidio de desempleo por retorno -actualmente suprimido- y, en este sentido, acogiendo la doctrina del Tribunal Europeo -sentencias de 20 de febrero de 1997 (Asunto Martínez Losada y otros), de 25 de febrero de 1999 (Asunto Ferreiro Alvite) y la de 4 de marzo de 2002 (Asunto Marie José Verwayen)- se llegó a la conclusión de que no sólo habrían de reunirse las exigencias legales de la Legislación Española sino, igualmente, las de la Comunitaria que, en este caso y por imperativo del artículo 67.3 ya mencionado, exigía para los emigrantes procedentes de la Comunidad Europea la existencia de períodos de seguro en el último lugar, es decir, en este caso, en España.

Exponente de este último criterio lo es nuestra sentencia de 29 de junio de 2006, dictada en el recurso 4133/2004, en la que se deniega el derecho al trabajador por no haber cotizado, en ningún momento, en el último lugar de la reclamación, sin que, al respecto, llegue a adquirir relevancia alguna la percepción de desempleo de retorno o las concretas cotizaciones que por este último hubieran podido llevarse a efecto. En igual sentido, pueden mencionarse nuestras más recientes sentencias de 9 de octubre de 2008 -recurso 3974/2007- y de 14 de octubre de 2008 -recurso 3165/2007-.

QUINTO.- Siendo ésta la doctrina que viene manteniendo la Sala respecto a la cuestión que hoy, nuevamente, se somete a su atención enjuiciadora no cabe dudar de la procedencia del recurso planteado por la Abogacía del estado, en nombre y representación del Servicio Estatal de Empleo, lo que conlleva, casar y anular la sentencia recurrida y al resolver el debate planteado en términos ajustados al principio de unidad de doctrina procede, con estimación del recurso de suplicación planteado frente a la sentencia de instancia, revocar en su integridad esta última, desestimando la demanda rectora de autos y absolviendo de la misma al Organismo Público demandado recurrente. No ha lugar a la imposición de costas.

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

Estimamos el recurso de casación par unificación de doctrina, promovido por el ABOGADO DEL ESTADO, en nombre y representación del SERVICIO PÚBLICO DE EMPLEO ESTATAL (SPEE), contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, de fecha 19 de septiembre de 2008, en recurso de suplicación nº 4431/2005, correspondiente a autos nº 578/2004 del Juzgado de lo Social nº 4 de La Coruña, en los que se dictó sentencia de fecha 13 de junio de 2005, deducidos por D^a JOSEFA, frente al INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, sobre DESEMPLEO. Casamos y anulamos dicha sentencia y resolviendo el debate planteado en suplicación en términos ajustados al principio de unidad de doctrina, estimamos dicho recurso, revocamos íntegramente la sentencia de instancia, desestimando la demanda rectora de autos y absolviendo de la misma a los Organismo Públicos demandados. No ha lugar a la imposición de costas.

Devuélvanse las actuaciones al Órgano Jurisdiccional correspondiente, con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

83/08**018**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social (Recurso de Casación): Sentencia de 19/05/2009

Ponente: Excm.a. Sra. Dña. Rosa María Virolés Piñol

Síntesis

CONFLICTO COLECTIVO. DIETAS. Acuerdo Colectivo de modificación de la Jornada que pasa a ser partida (Mañana y Tarde). Al no tratarse de una prolongación de jornada sin interrupción, no se devengan dietas.

Fundamentos de Derecho:

PRIMERO.- 1.- Conforme al art. 17 del Convenio Colectivo de Unión Eléctrica de Canarias S.A., vigente desde el día 1-1-1998, los trabajadores de las Centrales de la empresa en Canarias tienen un horario en jornada continuada de 7.00 a 15.00 horas de lunes a jueves y de 7.00 a 13.00 horas los viernes.

2.- Cuando dichos trabajadores han tenido que realizar labores extraordinarias de mantenimiento prolongando la jornada, han venido percibiendo en aplicación de lo dispuesto en el art. 54.3 del mismo Convenio las siguientes dietas:

- Dieta del desayuno, cuando se adelantaba la jornada de mañana en al menos dos horas;
- Dieta del almuerzo, cuando se continuaba la jornada de mañana sin interrupción haciendo horas extras, rebasando las 16 horas;
- Dieta de cena, cuando, habiendo comenzado a realizar horas extras a las 19 horas o antes de esa hora y continuasen después de las 21 horas haciendo horas extras.

3.- El día 26/07/2006 la Comisión Negociadora del Acuerdo sobre Materias Concretas del Grupo Endesa –al que pertenece la demandada- aprobó un Acuerdo sobre Régimen de Trabajo de Mantenimiento para Centrales Térmicas, Convencionales, Diesel y Ciclos Combinados de la Línea de Negocio de Endesa Generación, que no fue suscrito por el Sindicato CCOO. En aplicación del

mismo los trabajadores aludidos anteriormente han venido realizando durante el periodo de participación jornada partida (mañana y tarde) de lunes a viernes con un máximo de 10 horas diarias y una interrupción máxima para la comida de dos horas; habiendo dejado de percibir las referidas dietas que han sido sustituidas por un plus de jornada de mantenimiento de 276,62 euros/mes incompatible con cualquier plus de jornada y régimen de trabajo y cualquier otra percepción económica que retribuya los requerimientos en los que se concreta dicho régimen y un plus de especial dedicación de 64,08 euros por día efectivo de participación de lunes a viernes no festivo en revisiones o paradas programadas por periodos iguales o superiores a cinco días que compensa las especiales exigencias que requieren este tipo de periodos de trabajo, el cambio de régimen de jornada, la ampliación de esta y el plus de jornada que pudiera corresponderles convencionalmente.

SEGUNDO.- 1.- Por el Sindicato Provincial de Minerometalúrgico de CCOO de Tenerife, se formula demanda en la que se postula “que se reconozca el derecho del colectivo de trabajadores afectados por el presente Conflicto, a seguir cobrando las Dietas cuando hagan horas extraordinarias en trabajos de revisiones, festivos y fines de semana, y dichas horas coincidan con las horas normales para el desayuno, almuerzo o cena y noches”.

2.- El Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de Canarias, con sede en Las Palmas de Gran Canaria, por sentencia de 6 de marzo de 2008 (autos 007/2007) desestimó la demanda de conflicto colectivo.

Argumenta la sentencia que, conforme al Acuerdo sobre Materias Concretas del Grupo Endesa de 26/07/2006, se modificó la jornada ordinaria de los trabajadores de Unión Eléctrica de Canarias SA en los términos recogidos en el hecho probado 3º, pasando a tener una jornada partida de mañana y tarde de lunes a viernes de un máximo de 10 horas diarias con una interrupción máxima de dos horas para comida. En compensación se les atribuye un plus de jornada de mantenimiento de 276,62 euros/mes, incompatible con cualquier otra percepción económica y un plus de especial dedicación de 64,08 euros por día efectivo de participación de lunes a viernes no festivo. A pesar de ello solicitan el cobro de la dieta que recoge el art. 54.3 del Convenio de Unión Eléctrica de Canarias lo cual le es denegado en la sentencia.

TERCERO.- 1.- Contra la sentencia, se interpone el presente recurso de casación por el Sindicato Provincial de Minerometalúrgico de CCOO de Tenerife, con un solo motivo de casación al amparo del art. 205 e) de la Ley de Procedimiento Laboral, por infracción del art. 8 del Acuerdo de Mantenimiento de 26 de julio de 2006 en relación con la D.T. 5ª del Primer Convenio Marco de Endesa y con el art. 54.3 del Convenio Colectivo de UNELCO.

Ciertamente, como señala el Ministerio Fiscal en su informe, no cabe tener en cuenta lo dispuesto en la D.T.5ª del Primer Convenio Marco de Endesa, por cuando respecto a la misma nada se argumenta en el motivo de recurso.

Como señala esta Sala del Tribunal Supremo, entre otras, en sentencia de fecha 5 de junio de 2007 (rec. 106/2005): *“es doctrina constante de esta Sala que la exigencia de alegar de forma expresa y clara la concreta infracción legal que se denuncia no se cumple con solo indicar los preceptos que se consideran aplicables, sino que además, es requisito ineludible razonar de forma expresa y clara sobre la pertinencia y fundamentación del recurso en relación con la infracción o infracciones que son objeto de denuncia”* (S. 25 de abril de 2002 – R. 2500/2001). Así se deduce de la Ley de Enjuiciamiento Civil, de aplicación supletoria en ese orden Social, cuyo art. 477.1 prescribe que *“el recurso habrá de fundarse en la infracción de las normas aplicable para resolver las cuestiones objeto del proceso”*, mientras que el artículo 481.1 de la LEC impone que *en el escrito de interposición deberán exponerse, con la necesaria extensión, los fundamentos del recurso. El incumplimiento de esta regla constituye causa de inadmisión, según el artículo 483.2.2º de la LEC (Autos de inadmisión de 14 de marzo de 2001 (R. 1589/2000), 9 de mayo de 2001 (R. 4299/2000), 10 de enero de 2002 (R. 4248/2000) y de 27 de febrero de 2002 (R. 3213/2001), y Sentencias de 25 de abril de 2002 (R. 2500/2001), 11 de marzo de 2004 (R. 3679/2003), 19 de mayo de 2004 (R. 4493/2003), 8 de marzo de 2005 (R. 606/2004) y 28 de junio de 2005 (R. 3116/04)”*.

2.- Respecto a la denunciada infracción del art. 54.3 del Convenio Colectivo de UNELCO, tampoco puede ser acogida, por cuanto el mismo se refiere a las dietas durante la realización de horas extraordinarias, en tanto que postula seguir percibiendo las dietas durante la realización de la jornada ordinaria que señala el Acuerdo de Materias Concretas del Grupo Endesa de 26-7-06 que está fijada en una jornada partida de diez horas para la comida. El recurrente identifica la jornada partida con la realización de horas extraordinarias, mientras que la naturaleza de la jornada partida como ordinaria está avalada en el Acuerdo de 26 de julio de 2006, y por ello tiene una compensación de 276,62 euros mensuales más 64,08 euros diarios por día efectivo de participación, de lunes a viernes.

Ha de estimarse ajustada a derecho la sentencia de instancia en cuanto señala que la realización de una jornada partida en las tareas excepcionales encomendadas a este personal –compensada con los pluses referidos- impide el devengo de las dietas que venían percibiendo, pues no se trata de una prolongación de jornada sin interrupción haciendo horas extraordinarias, “sino que los trabajadores disponen a su libre albedrío del tiempo destinado al almuerzo”.

Lo anterior no significa negar el derecho al percibo de la dieta reclamada cuando se efectúen horas extraordinarias, **bien adelantando o bien retrasando** la jornada o cuando no se produzca interrupción en la jornada partida, conforme a los apartados 5.4 y 4.24 en relación con el apartado 8 del mismo Acuerdo, pues puede darse la continuidad en la prestación extraordinaria de servicios que origina el derecho convencionalmente reconocido.

3.- Limitado el recurso al extremo examinado, ha de desestimarse, al no apreciarse la infracción de las normas denunciadas, confirmando la sentencia recurrida. Sin hacer especial pronunciamiento en cuanto a costas.

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

Desestimamos el recurso de casación formulado por la representación del SINDICATO PROVINCIAL DE MINEROMETALÚRGICO DE COMISIONES OBRERAS DE TENERIFE, contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de Canarias de fecha 6 de marzo de 2008, dictada en los autos núm 7/2007, seguidos a instancias del Sindicato recurrente, frente a UNELCO GENERACION SAU en proceso sobre Conflicto Colectivo. Sin pronunciamiento de condena en las costas procesales.

Devuélvase las actuaciones a la Sala de lo Social de su procedencia, con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

131/08**019**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social (Recurso de Casación): Sentencia de 20/05/2009

Ponente: Excmo. Sr. D. Aurelio Desdentado Bonete.

Síntesis

Comisión Paritaria del Convenio Colectivo. Competencias; no puede modificar lo dispuesto en el convenio en materia de transformación de contratos indefinidos en fijos.

Fundamentos de Derecho:

PRIMERO.- La sentencia de instancia, estimando la demanda interpuesta por la FEDERACION DE SERVICIOS Y ADMINISTRACIONES PUBLICAS DE CC.OO., ha anulado el acuerdo de 14 de marzo de 2007 de la Comisión Paritaria del Convenio Colectivo para el Personal Laboral de la Comunidad de Madrid, por el que se establece que ha de otorgarse la consideración de personal fijo al personal laboral incluido en el ámbito de aplicación del Convenio Colectivo 2004-2007 que ostente la condición de indefinido por sentencia firme anterior a la fecha de entrada en vigor del Estatuto Básico, es decir, anterior al 13-5-2007. Esta decisión se funda en que la Comisión Paritaria carece de competencias normativas y que el acuerdo ha alterado lo establecido en la disposición transitoria 11ª del mencionado convenio colectivo, a tenor de la cual el personal que ostente la condición de indefinido por sentencia con efectos anteriores a 7 de octubre de 1996 tendrá la consideración de personal fijo. La alteración consiste en que en el acuerdo de la Comisión la condición de fijo se otorga en función de la fecha de la sentencia de reconocimiento y sin considerar la fecha de efectos de ese reconocimiento.

Contra este pronunciamiento recurre la entidad demandada, denunciando, en un único motivo, la infracción del artículo 85.3.e) del Estatuto de los Trabajadores en relación con el artículo 4 y la disposición adicional 32ª del Convenio Colectivo del Personal Laboral de la Comunidad de Madrid. Lo que en definitiva viene a sostener el motivo es que la Comisión Paritaria tiene competencia para establecer el acuerdo anulado. Pero ninguno de los preceptos citados permite mantener esta tesis. En efecto, el artículo 85.3.e) del Estatuto de los Trabajadores se limita a prever que dentro del contenido mínimo del convenio colectivo figura la "designación de una comisión paritaria para entender de cuantas cuestiones le estén atribuidas" y la "determinación de los procedimientos para solventar las discrepancias en el seno de esa comisión", lo que obviamente no equivale a reconocer a la comisión facultades normativas, ni mucho menos facultades de modificación de lo establecido en el convenio, lo que daría a la comisión un poder normativo equiparable al del convenio. Por su parte, la disposición adicional 32ª no resulta aplicable porque

no contiene habilitación normativa alguna a favor de la Comisión Paritaria. Se limita a autorizar a las partes para sustituir las disposiciones que resultaran inaplicables por "imperativo legal posterior", lo que obviamente no es el caso que aquí se examina.

Por último, el artículo 4.1 del Convenio concede a la Comisión Paritaria competencias para "la aplicación y desarrollo" del convenio colectivo, mencionando más adelante, en el apartado e), como materias propias de ese desarrollo las relativas al régimen de provisión, promoción profesional y sistemas de selección, y precisando el apartado f) que se faculta a dicho órgano para incorporar al texto del convenio colectivo los acuerdos que en desarrollo de las previsiones comprendidas en el mismo pudieran producirse". Tampoco estas disposiciones habilitan a la Comisión para aprobar un acuerdo como el aquí impugnado. La Comisión Paritaria es en nuestro ordenamiento un órgano de administración del convenio, entendiendo por tal la resolución de las cuestiones que puedan dar lugar a la interpretación y aplicación de las normas de aquél (artículo 91 del Estatuto de los Trabajadores) y la gestión o ejecución de sus mandatos. No es, por tanto, un órgano con competencias normativas, ni un órgano de negociación permanente y la Sala ha señalado con reiteración que: 1º) entre las atribuciones de la comisión paritaria no figura ni puede figurar la modificación de lo pactado en convenio colectivo (sentencias 15.12.1994, 4.6.1996, 31.10.2005), 2º) la determinación de las funciones respectivas de la comisión negociadora del convenio y de la comisión de aplicación del mismo en el marco de la negociación colectiva de eficacia general corresponde en exclusiva al legislador, y excede, por tanto, de las atribuciones de los sujetos con capacidad convencional representados en la propia comisión negociadora asignar valor normativo a los acuerdos de la comisión de aplicación (sentencia de 30.5.2007, con cita de numerosos pronunciamientos anteriores) y 3º) que cualquier acto emanado de las comisiones paritarias que modifique el contenido del convenio habrá de ser declarado nulo (sentencia de 30.5.2007).

Es cierto que la doctrina constitucional y la de esta Sala, al distinguir entre "comisiones de mera administración" y "comisiones negociadoras", ha venido admitiendo en la práctica la asunción de ciertas funciones reguladoras por parte de estas comisiones. Pero se trata de una competencia limitada por tres exigencias: 1ª) debe tratarse de una mera labor de ejecución y desarrollo de las previsiones ya contenidas en el convenio colectivo y no de una facultad alternativa o autónoma de regulación, ni mucho menos de una facultad de modificación del convenio, 2ª) es preciso que estas comisiones queden abiertas en los términos de legitimación negocial previstos en el Estatuto de los Trabajadores, y 3ª) deben cumplirse las exigencias formales de publicidad de las normas. Ninguna de estas exigencias se cumple en el acuerdo indicado, ya que el mismo: 1º) no desarrolla, sino que se opone y modifica lo establecido en el convenio colectivo, 2º) no sólo no se acredita que se hayan cumplido las exigencias de legitimación negocial, sino que sólo consta que el acuerdo se ha aprobado por los votos favorables de UGT y CSIT-UP, cuando el convenio se firmó, en representación de los trabajadores por CC.OO., UGT y CSIT-UP; 3º) tampoco consta la publicación oficial del acuerdo.

Procede, por tanto, la desestimación del recurso, sin que, de acuerdo con el artículo 233.2 de la Ley de Procedimiento Laboral haya imposición de costas por gozar el recurrente de beneficio de justicia gratuita.

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

Desestimamos el recurso de casación interpuesto por la COMUNIDAD DE MADRID, contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 23 de septiembre de 2.008, en autos nº 30/08, seguidos a instancia de la FEDERACION DE SERVICIOS Y ADMINISTRACIONES PUBLICAS DE CC.OO., contra dicha recurrente, UNION SINDICAL DE TRABAJADORES, FSP-UGT, COALICION SINDICAL INDEPENDIENTE DE TRABAJADORES -UNION PROFESIONAL (CSIT-UP)-, sobre conflicto colectivo. Sin imposición de costas.

Devuélvanse las actuaciones y el rollo de suplicación a la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.



TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social (Unificación de Doctrina): Sentencia de 20/05/2009

Ponente: Excmo. Sr. D. Jordi Agustí Juliá

Síntesis

DESPIDO. CONTRATO DE OBRA O SERVICIO DETERMINADO. Cláusula novatoria del contenido que no altera la naturaleza del contrato. ARTÍCULOS 14.B) Y 17 DEL CONVENIO COLECTIVO DE TELEMARKETING. Reitera doctrina (STS. 12-05-2009 -rec. 2076/2008-).

Fundamentos de Derecho:

PRIMERO.- 1.- Las demandantes venían prestando servicios para la empresa demandada ATENTO TELESERVICIOS ESPAÑA, S.A. –dedicada a la actividad de Telemarketing- en el centro de trabajo sito en Getafe (Madrid), con la categoría profesional de Teleoperadora especialista y a través de distintos contratos temporales para obra o servicio determinado suscritos en el período 1999 a 2002. En la cláusula sexta del contrato de trabajo inicial se expresa que la duración del contrato es “hasta fin de obra”, y en la cláusula séptima se dice que el objeto de la obra o servicio es *“Por obra para atender el servicio CAC de incidencias de servicios integrales de Telefónica (Centros de soporte y Super visión) que se prestará en la plataforma de Madrid”*, incluyéndose en dichos contratos una cláusula adicional en virtud de la cual se podrían extinguir los contratos en *“función de la disminución de la actividad y por tanto de las necesidades de personal que en la campaña se produzcan”*.

2.- Con fecha 1 de noviembre de 2005, en el caso de Doña Almudena, Doña María José, Doña Raquel, Doña Victoria y Doña Julia, y con fecha 27 de noviembre de 2006 en el caso de Doña Encarna, las demandantes suscribieron un Anexo a los contratos de trabajo, modificándolos en el sentido de establecer, como objeto de los mismos *“la prestación del servicio de atención y soporte a los clientes y potenciales clientes de Telefónica en los segmentos residencial, negocios, y profesionales -SAT- y en los segmentos de atención técnica a las empresas SATE, consistentes en la emisión y recepción de llamadas...”*. Y con esa misma fecha, se suscribió contrato mercantil específico entre la empleadora y Telefónica de España SAU –que sirvió de sustrato a la anterior novación- dentro del Contrato Marco, cuyo objeto era la prestación del *“Servicio de Atención de Operaciones que proporciona soporte técnico a los clientes de Telefónica..”*, incluyendo este Servicio, cinco unidades de servicio diferentes (SAT, SATE, CAT BANDA ANCHA RESIDENCIAL, CAT BANDA ANCHA EMPRESAS y CAT BANDA ESTRECHA).

3.- Con fecha 8 de marzo de 2007, Telefónica comunicó a ATENTO, que a partir del día 9 de marzo deberán dejar de prestar los servicios SAT Y SATE, desde la plataforma de Madrid-Getafe, quedando extinguido y sin efecto el acuerdo respecto a estas unidades, y en la misma fecha de 9 de marzo, la empresa demandada procedió a extinguir los contratos de trabajo de las demandantes por haber finalizado la obra “SERVICIO DGO SAT-SATE”.

4.- Impugnados los ceses como despido, la demanda fue desestimada por sentencia del Juzgado de lo Social nº 24 de los de Madrid, y recurrida dicha sentencia en suplicación por la parte demandante, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en sentencia de fecha 26 de noviembre de 2007 (rec. 3982/2007), estimó el recurso y la demanda, previa revocación de la sentencia de instancia. Esta sentencia, argumenta, para declarar la improcedencia del despido, que no se ha producido la finalización de la obra o servicio contratado, y si por el contrario, una disminución del volumen de la actividad (al cancelarse 2 de las cinco unidades de contratación), obviando la empresa lo establecido en el artículo 17 del Convenio colectivo de aplicación, respecto a determinadas cautelas objetivas y personales a los efectos de determinación de los trabajadores afectados, a través de un procedimiento al efecto.

5.- Recurre la empresa demandada en casación para la unificación de doctrina, invocando como sentencia de contraste la dictada por la propia Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid el 17 de octubre de 2007 (rec. 4555/2007), que alcanzó firmeza el 21 de noviembre de 2007. En esta sentencia se resuelve acerca de una demanda por despido entablada frente a la misma operadora, coincidiendo, el texto de la Cláusula Sexta, y la Adicional 2ª, del Anexo de 1 de noviembre de 2005 con las antes reseñadas, así como la carta de despido, de igual fecha y la comunicación dirigida por Telefónica, S.A.U. El Juzgado de lo Social desestimó la demanda y en suplicación se confirma lo resuelto. La desestimación de la demanda se basa en que no habiéndose combatido el hecho probado de la supresión por Telefónica de España, S.A. de los servicios que en relación con los servicios SAT y SATE se llevaban a cabo en la plataforma de Madrid-Getafe, y en los que se incardinaba la prestación laboral de la trabajadora, ha de concluirse que se ha acreditado la causa aducida para la extinción. Como la Sala ya ha señalado en la muy reciente sentencia del pasado día 12 de los corrientes y en el recurso 2076/2008, en caso idéntico al que ahora examinamos, y

con la misma sentencia de contraste, concurre entre ambas resoluciones la preceptiva contradicción en los términos exigidos por el artículo 217 de la Ley de Procedimiento Laboral.

SEGUNDO.- 1.- Con carácter previo, conviene poner de manifiesto que –como ya se ha dicho- asunto idéntico al que aquí examinamos, hasta el punto de coincidir los hechos, las pretensiones de la partes, la sentencia de contraste, las infracciones denunciadas y las argumentaciones de las sentencias comparadas -con la única obvia excepción de la parte demandante-, ha sido ya resuelto por la Sala en la sentencia de 12 de mayo de 2009.

2.- En esta sentencia, tras destacar: a) que “La recurrente formula un único motivo de recurso, en el que denuncia como infringidos por interpretación errónea los artículos 15 y 49.1º.b) y c) del Estatuto de los Trabajadores, así como los artículos 14 y 17 del III Convenio Colectivo del Sector de Telemarketing (B.O.E. de 5 de mayo de 2005); b) que “En el recurso se discrepa de la solución alcanzada por la sentencia impugnada la cual considera que no se ajusta a una extinción del contrato de obra o servicios determinado por fin de la obra el hecho de que se haya reducido su volumen”, c) que “Sostiene la demandada que la extinción es válida, tanto si se parte del artículo 17 del Convenio Colectivo antes citado, el cual permite la extinción por resolución del volumen de la contrata, como si se parte de la Cláusula Segunda del contrato que contenía tal previsión, a lo que se añade la novación contractual llevada a cabo el 1 de noviembre de 2005; y, d) que: “La sentencia recurrida destacó en la interpretación del precepto convencional al que se viene haciendo referencia que semejante norma no sólo contiene la previsión de que se reduzca el volumen de la contrata sino también las cautelas a adoptar en su caso, de las cuales no se da noticia respecto a la trabajadora, lo que convierte la extinción en un despido; razona, en sus fundamentos jurídicos tercero y cuarto que transcribimos, lo siguiente :

“**TERCERO.-** El conjunto de normas invocados por el recurrente nos debe llevar al análisis ordenado de las cuestiones que subyacen en la determinación de si nos encontramos ante una adecuación de naturaleza del contrato y sus cláusulas, efecto de su modificación y realidad o inexistencia jurídica de una reducción del volumen de la contrata para, en su caso, decidir la conducta oportuna a observar por la demandada.

El recurso cita como infringido el artículo 14.b) del III Convenio Colectivo del sector de Telemarketing, precepto que se refiere al contrato de obra o servicio determinado en los siguientes términos:

“Contrato por obra o servicio determinado.- Esta modalidad de contratación será la más normalizada dentro del personal de operaciones. A tales efectos se entenderá que tienen sustantividad propia todas las campañas o servicios contratados por un tercero para la realización de actividades o funciones de telemarketing cuya ejecución en el tiempo es, en principio de duración incierta, y cuyo mantenimiento permanece hasta la finalización de la campaña o cumplimiento del servicio objeto del contrato.

Los contratos por obra o servicio determinado, se extenderán por escrito, y tendrán la misma duración que la campaña o servicio contratado con un tercero, debiendo coincidir su extinción con la fecha de la finalización de la campaña o servicio que se contrató, sin perjuicio de lo establecido en los artículos siguientes.

Se entenderá que la campaña o servicio no ha finalizado, si se producen sucesivas renovaciones sin interrupción del contrato mercantil con la misma empresa de telemarketing que da origen a la campaña o servicio.

El personal de operaciones, previo acuerdo con el empresario, podrá prestar servicios a la misma empresa en otras campañas o servicios, cuando vea reducida su jornada por causa ajena a la empresa de telemarketing, durante el periodo que dura dicha circunstancia, y por el tiempo equivalente al reducido, y al objeto de poder percibir la totalidad de su retribución. La empresa informará mensualmente a la representación de los trabajadores de aquellos empleados que se encuentran en tal circunstancia, con indicación de la fecha de inicio y, en su caso, de finalización, así como de las campañas o servicios en que va a prestar sus funciones”.

La sentencia recurrida alude en sus razonamientos a la Sentencia de esta Sala de 4 de octubre de 2007 (R.C.U.D. 1505/2006) en la que con carácter previo al análisis de la aplicación del artículo 14.b) del citado convenio colectivo se examina la peculiaridad del precepto al establecer el mismo que *“se entenderá que tienen sustantividad propia todas las campañas o servicios contratados por un tercero para la realización de actividades o funciones de Telemarketing, cuya ejecución en el tiempo es, en principio, de duración incierta, y cuyo mantenimiento permanece hasta la finalización de la campaña o cumplimiento del servicio objeto del contrato para concluir afirmando que el supuesto de hecho no sólo deberá ajustarse a la norma convencional sino al artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores”.*

Atendiendo tanto al texto de la citada norma convencional como al del artículo 15.1 del Estatuto de los Trabajadores ningún reproche cabe dirigir contra la cláusula séptima del contrato en la que se dice que el objeto de la obra o servicio es *“por obra o*

servicio para atender el servicio CAC de incidencias de servicios integrales de Telefónica (centros de soporte y supervisión) que se prestará en la provincia de Madrid."

El relato histórico nos da noticia de que el 1 de noviembre de 2005 tienen lugar dos hechos de relevancia para el contenido del contrato. En esa fecha, la demandada y Telefónica, S.A. que venían rigiéndose por un Contrato Marco desde el 30 de enero de 2002 cuyo objeto era la prestación de servicios de gestión de la relación con clientes por teléfono, internet o cualquier otro canal de comunicación así como todos los trabajos auxiliares que sean necesarios para realizarlos, y con anterioridad por otros acuerdos cuyo objeto concreto se desconoce, suscribieron un contrato específico, que incluye las unidades de servicios siguientes: *"El Servicio de Atención de Operaciones incluye las unidades de servicio que a continuación se enuncian así como cualesquiera otras unidades de servicio o servicios que las partes acuerden expresamente incluir: ANEXO I: Servicio de Atención Técnica a los Segmentos Residencial, Negocios y Profesionales (SAT). ANEXO II: Servicio de Atención Técnica a Empresas (SATE). ANEXO III: Servicio de Atención Técnica de banda Ancha Residencial (CAT BANDA ANCHA RESIDENCIAL). ANEXO IV: Servicio de Atención Técnica de Banda Ancha Empresas (CAT BANDA ANCHA EMPRESAS). ANEXO V: Servicio de Atención Técnica de Banda Estrecha (CAT BANDA ESTRECHA). La descripción de cada uno de las unidades, sus horarios de prestación, niveles de calidad e informes se especifican en el ANEXO correspondiente. La definición de la prestación, modificación, incremento o eliminación de estas unidades afectará exclusivamente al entorno referido en cada ANEXO".*

En esa misma fecha, la empresa y la trabajadora suscriben un Anexo al contrato inicial por el que acuerda lo siguiente: *"Modificar la obra o servicio de su contrato de trabajo, con efectos del 01 de Noviembre de 2005, pasando a partir de esta fecha a tener el siguiente contenido: Por obra para la prestación del servicio de atención y soporte a los clientes y potenciales clientes de Telefónica de España en los segmentos residencial, negocios y profesionales SAT y en los segmentos de empresas SATE, consistente en la emisión y recepción de llamadas, trabajos telemáticos y de backoffice, según firma de contrato con el cliente Telefónica de España SA U, que se presta en la provincia de Madrid. Las demás cláusulas del contrato continúan en vigor en sus redacciones anteriores".* De esta cláusula y otras análogas que afectaron a distintos trabajadores se remitió comunicación al Comité de Empresa.

Con esta cláusula novatoria cuya validez no ha sido impugnada y que en todo caso no constituye vulneración de la prohibición que afecta a la renuncia de derechos, en los términos del artículo 3-5º del Estatuto de los Trabajadores, puesto que lo modificado es el objeto del contrato en la extensión del mismo, sin ver afectada su naturaleza ni contravenir otros derechos que pudieran corresponder a la trabajadores por disposiciones legales de Derecho necesario que se reconozcan como indisponibles por Convenio Colectivo, el objeto del contrato de obra o servicio se ciñe a los términos del anexo y de este modo el contrato deberá correr la suerte que corresponda a la contrata en los límites del Anexo.

CUARTO.- Asimismo nos da cuenta el inmodificado relato histórico de que el 8 de marzo de 2007 la principal comunica a ATENTO que con fecha 9 de marzo de 2007 deberán dejar de prestar los servicios SAT y SATE que vienen prestando desde su plataforma de Madrid-Getafe, momento a partir del cual quedará extinguido y sin efecto el acuerdo anteriormente citado.

También en esa fecha la demandada se dirige a la trabajadora para comunicarle la extinción del contrato, dada la circunstancia antes referida.

Es aquí donde la sentencia recurrida entiende de aplicación el artículo 17 del Convenio Colectivo por considerar la situación creada a raíz de la comunicación de la empresa principal un supuesto de reducción del volumen de la contrata.

Sin embargo, la diversificación en unidades diferentes de la prestación entre la principal y la contratista y su estricta correspondencia con el pacto entre trabajadora y empleador no dan lugar a la aplicación del artículo 17 del Convenio Colectivo, para la que únicamente existiría margen en el caso de reducción del volumen de la unidad afectada por la contrata y por la relación laboral.

Habida cuenta de que no existe constancia de una renovación ulterior de la contratación tampoco sería de aplicación la doctrina emanada de las sentencias del Pleno de esta Sala de 17 y 18 de junio de 2008 (R.C.U.D. núm. 4426/2006 y 1669/2007) que para supuestos en que se había producido dicha renovación declara que: *"mientras subsista esa necesidad temporal de empleados, mientras la empleadora siga siendo adjudicataria de la contrata o concesión que motivó el contrato temporal, la vigencia de este continúa, al no haber vencido el plazo pactado para su duración, que por disposición legal debe coincidir con la de las necesidades que satisface."*

TERCERO.- 1.- Los razonamientos precedentes y la identidad ya señalada del supuesto resuelto en nuestra sentencia del pasado 12 de mayo, con el aquí enjuiciado, nos llevan también a la misma conclusión que aquella, o sea la de declarar que la buena doctrina fue la aplicada por la sentencia de contraste con lo que procede unificar lo resuelto y, en consecuencia, estimar el recurso interpuesto, casar y anular la sentencia recurrida y resolviendo el debate de suplicación desestimar el de igual naturaleza

interpuesto por la parte demandante, confirmando la sentencia del Juzgado de lo Social, sin que haya lugar a la imposición de las costas, a tenor del artículo 217 de la Ley de Procedimiento Laboral y con devolución a la recurrente del depósito consignado.

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

Estimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la Procuradora Doña BLANCA BERRIATÚA HORTA actuando en nombre y representación de **ATENTO TELESERVICIOS ESPAÑA, S.A.** Casamos y anulamos la sentencia de fecha 26 de noviembre de 2007, dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, resolvemos el debate de suplicación desestimando el recurso de igual naturaleza número 3982/2007 formulado por la parte demandante, y confirmamos la sentencia de fecha 18 de mayo de 2007, dictada por el Juzgado de lo Social núm. 24 de Madrid, en autos núm. 348/2007 y acumulados, seguidos a instancia de **Doña ALMUDENA, Doña M^a JOSÉ, Doña ENCARNA, Doña RAQUEL, Doña VICTORIA y Doña JULIA contra ATENTO TELESERVICIOS ESPAÑA, S.A.** sobre Despido. Sin costas y con devolución a la recurrente del depósito consignado.

Devuélvanse las actuaciones al Órgano Jurisdiccional de procedencia, con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

62/08

021

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social (Recurso de Casación): Sentencia de 01/06/2009

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

Síntesis

DERECHOS FUNDAMENTALES. Libertad sindical. Este derecho únicamente lo ostentan los trabajadores y no las asociaciones empresariales. Desestima recurso.

Fundamentos de Derecho:

PRIMERO.- La sentencia de instancia, de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, desestimó la demanda presentada en nombre y representación de la Confederación de Empresarios de Aragón (CEMCA), frente a la Unión General de Trabajadores de Aragón y la Asociación de Autónomos de Aragón (UPTA), absolviendo a las demandadas de las pretensiones deducidas en su contra en los autos, de que se declare la nulidad del acto de constitución de la Federación de Asociaciones de Comercio de Aragón, por entender violaba su derecho a la libertad sindical. La demanda se había planteado por el cauce de defensa de los derechos de libertad sindical, invocándose, en sus fundamentos de derecho, los art. 177 a 180 de la Ley de Procedimiento Laboral.

La Sala de instancia afirma que el derecho de libertad sindical es ajeno a una asociación empresarial, por lo que, siendo una de ellas la Confederación actora carecía de tal derecho, y procedía la desestimación de la demanda, sin necesidad de estudiar las excepciones procesales opuestas por los demandados.

La Confederación empresarial demandante ha formalizado el presente recurso de casación común que articula en dos motivos .El primero, al amparo del art. 205 d) de la Ley procesal para modificar el relato de hechos probados. El segundo efectúa la denuncia respecto a la cuestión de fondo, en los términos que se verán.

SEGUNDO.- El primer motivo pretende la incorporación de nuevos apartados al relato de hechos probados de la recurrida, pretensión que ha de ser desestimada por la siguientes razones: a) No precisa la recurrente cuales puedan haber sido los supuestos errores en la apreciación de la prueba en que hubiera incurrido la sentencia recurrida. b) No precisa los documentos de los que se deduzca, de manera clara, los nuevos hechos cuya incorporación pretende haciendo referencia a extensos grupos de documentos. c) Se pretende introducir en el apartado de hechos probados afirmaciones que implican calificación jurídica, acorde con los

intereses de la recurrente, tales como que los hechos constituyen conducta antisindical de las demandadas. d) Finalmente, despojados los relatos que se postulan de las calificaciones jurídicas que contienen, son absolutamente irrelevantes para el fallo del litigio.

TERCERO.- En el segundo motivo denuncia la recurrente la infracción de los art. 7 y 28.1 de la Constitución; art. 13 y Disposición Derogatoria de la Ley Orgánica 11/1985 de Libertad Sindical; art. 1.3 de la Ley 19/1977 y de los “Convenios Internacionales ratificados por España aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate” (sin precisar cuales sean tales instrumentos internacionales).

La censura no merece favorable acogida. Aunque el art. 28 de la Constitución establezca que “todos tienen derecho a sindicarse”, en el propio texto constitucional se evidencia que el derecho de sindicación lo ostentan solo los trabajadores, así se deduce del propio párrafo 2 del mismo precepto. El art. 7 enumera a los sindicatos de trabajadores y asociaciones empresariales, como entes diferenciados. Por su parte el art. 1 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical, establece con claridad que todos los trabajadores tienen derecho a sindicarse libremente para la promoción y defensa de sus intereses económicos y sociales. Y la constitucionalidad de esta limitación legal ha sido puesta de manifiesto por el Tribunal Constitucional en sentencias de 8 de abril, 14 de mayo de 1992 y 21 de marzo de 1994, donde se afirma que “*las organizaciones empresariales no son en todo caso equiparables a los sindicatos de trabajadores. Por más que la Constitución les atribuya análoga relevancia a unas y otros (art. 7), el asociacionismo empresarial no se encuentra tutelado por el específico derecho reconocido en el art. 28.1 CE que se refiere sólo a los sindicatos de trabajadores, como ha de deducirse de la interpretación conjunta de los dos párrafos del art. 28. Esta es, por lo demás, la interpretación que este Tribunal ha realizado en ocasiones anteriores [ATC 113/1984 y recientemente, STC 52/1992]. Ello no quiere decir, sin embargo, que el tratamiento jurídico de las organizaciones empresariales no tenga condicionantes constitucionales. Por el contrario, la Constitución impone que su creación y funcionamiento sean libres (art. 7) y ello lo garantiza al máximo nivel, si no en virtud del art. 28.1, sí en aplicación de la más genérica libertad de asociación protegida en el art. 22. En aplicación de los arts. 7 y 22 CE, es preciso concluir que la Constitución garantiza a las organizaciones empresariales un ámbito de inmunidad frente a la actuación de los poderes públicos que se asemeja enormemente a las facultades organizativas de la libertad sindical de los trabajadores, dada la asimilación de unas y otras organizaciones en los instrumentos internacionales ratificados por España e, incluso, a ciertos efectos, en la Disposición derogatoria de la Ley Orgánica de Libertad Sindical*”. Tesis la expuesta que fue recibida por esta Sala del Tribunal Supremo en su sentencia de 23 de julio de 1999 (recurso 5038/1999), donde afirmábamos que “*el proceso de tutela de la libertad sindical (apartado k) está reservado al trabajador o sindicato que considera lesionados sus «derechos de libertad sindical», cosa impensable respecto de los miembros de una asociación profesional en cuanto tal, o sea, sometida a la Ley 19/1977, porque entre ambos, que son las partes en conflicto, no corre cabalmente una vinculación de esa clase, sino otra meramente asociativa; por lo que carece de sentido pedir aquí protección judicial a los Tribunales de trabajo*”. Tesis que fue reiterada en la posterior de 10 de diciembre de 1999 (recurso 1188/1999).

El régimen jurídico de las Asociaciones empresariales aparece regulado, fuera de la Ley Orgánica de Libertad Sindical, en la Ley de 1 de abril de 1977 y el RD 873/1977, de 22 de abril, disposiciones que se mantienen expresamente en vigor por la Disposición derogatoria de la Ley Orgánica de Libertad Sindical.

Esa exclusión de las asociaciones empresariales del ámbito de la libertad sindical, ha llevado a la doctrina científica a su exclusión de la reserva de ley orgánica (art. 81 CE) y del recurso de amparo (art. 53.2 CE).

Implica lo expuesto que, de conformidad con el razonado informe del Ministerio Fiscal, hayamos de desestimar el recurso, con imposición de las costas causadas a la parte recurrente.

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

Desestimamos el recurso de casación, interpuesto por la representación procesal de CONFEDERACION DE EMPRESARIOS DE COMERCIO DE ARAGON (CEMCA), contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de fecha 28 de abril de 2008, recaída en autos número 189/2008, promovidos por la misma parte frente a UGT ARAGON y ASOCIACION AUTÓNOMOS ARAGON UPTA, sobre TUTELA LIBERTAD SINDICAL. Con condena en costas.

Devuélvanse las actuaciones a la Sala de lo Social de procedencia, con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo –Secc. 2ª- (Recurso de Casación): Sentencia de 28/05/2009

Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel Martín Timón

Síntesis

Impuesto de Renta de Personas Físicas. Impuesto de Venta de acciones de una sociedad a través de Sociedades transparentes y de Inversión Mobiliaria para lograr que el incremento patrimonial tribute al 1%. Negocio indirecto y Negocio simulado.

Fundamentos de Derecho:

PRIMERO.- Ante todo, conviene aclarar que en fecha de hoy también se dicta sentencia resolviendo el recurso de casación número 10273/04, interpuesto por la representación de Dª Teresa María contra la de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, de 23 de septiembre de 2004, dictada en recurso contencioso-administrativo en el que se han impugnado las actuaciones derivadas del Acta de Inspección nº 60649112, a través de las cuales se fijó el incremento de patrimonio derivado de venta de las acciones de TRES A, S.A. llevada a cabo en el ejercicio de 1991, pero que debía imputarse al de 1992, por haberse cobrado el precio en el mismo.

Realizada la aclaración anterior, señalamos que en esta ocasión la representación procesal de Dª Teresa María opone en su recurso de casación dos motivos, al amparo del artículo 88.1 d) de la Ley 29/1998, de 13 de julio. En tales motivos se alega:

1º) Infracción de las normas del ordenamiento jurídico aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate, en relación con el artículo 9.3 de la Constitución, 120.2..a) de la Ley General Tributaria de 1963, 11.5 y 31.1 del Real Decreto 939/1986, de 25 de abril, por el que se aprueba el Reglamento General de Inspección de los Tributos y el artículo 54.1.f) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, por entender que las actuaciones inspectoras que culminaron con las actas de 28 de diciembre de 1995 y subsiguientes liquidaciones de 30 de mayo 1996, tuvieron carácter general y, por tanto, dieron lugar a liquidaciones definitivas.

2º) Infracción de las normas del ordenamiento jurídico aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate, en relación con el artículo 9.3 de la Constitución y 50 del Real Decreto 938/1986, de 25 de abril.

SEGUNDO.- Con la finalidad de hacer más fácil la comprensión del supuesto, se han expuesto con cierto detalle, los distintos criterios manifestados por los órganos de inspección y de resolución de reclamaciones económico-administrativas.

Ahora, para dar respuesta a los distintos motivos del recurso antes enumerados, y aún cuando ello pueda suponer una repetición de datos ya descritos, partimos de que la sentencia de instancia declara que "no son controvertidos por las partes", los siguientes:

"1) El 28 de noviembre de 1991, el representante legal de la mercantil "HARTSTONE ESPAÑA, S.L." solicita ante la Dirección General de Transacciones Exteriores verificación de la inversión de dicha sociedad y su matriz "The Hartstone Group P.L.C." en la sociedad "TRES A, S.A.", mediante la adquisición del 100% del capital social de ésta, por un importe de 4.500.000.000 pesetas.

2) La anterior comunicación es sustituida por otra presentada el 11 de diciembre de 1991 por el mismo representante legal, cuyo propósito es el de manifestar que se modifica la solicitud en cuanto a la identidad del comprador, que pasa a ser, solamente, "The Hartstone Group, P.L.C.". A dicha solicitud se incorpora una relación de los accionistas actuales y de los que serán vendedores de "TRES A, S.A." el día de la compraventa, que tendrá lugar el 30 de diciembre siguiente. De este dato se infiere que desde el 28 de noviembre de 1991, fecha de la primera comunicación hasta el 11 de diciembre siguiente, en que tuvo lugar la de rectificación, los socios de "TRES A, S.A." eran: D. Ramón, su esposa Dª Alejandra, los hijos de ambos Dª Esperanza, Dª Mercedes, Dª María Cristina y D. Millán y, por otra parte, D. José Enrique, su esposa Dª Lidia y los hijos de ambos, Dª Laura y D. Alonso. Igualmente se hace constar que tanto en la solicitud de verificación de 28 de noviembre de 1991, como en la siguiente de 11 de diciembre, el precio de la operación, dato esencial en esa petición, ascendía a 4.500.000.000 ptas.

3) Se efectuaron dos operaciones de compraventa de las acciones, la primera de ellas el 11 de diciembre de 1991 y la segunda el 30 de diciembre del mismo año.

En la primera operación de compraventa, los accionistas de la sociedad venden la totalidad de las acciones sociales, por un importe global de 412.000.000 ptas., a un grupo de catorce sociedades anónimas: ACHARA, S.A., BROKE, S.A., CLO, S.A.,

INVESTIGACIÓN INTERNACIONAL, S.A., INVERSIONES EXTRANJERAS, S.A., JYSKE, S.A., PAÑOL, S.A., ROSKILDE, S.A., VALVUMA, S.A., YAMA, S.A., CENTRAL DE VALORES, S.A., INTERCARTERA, S.A., VALTISA, S.A. Y LEVASA, S.A.

Es de destacar, en esta primera operación, la condición resolutoria impuesta a los compradores en la estipulación segunda de los dos contratos, por medio de los cuales se materializa la compraventa, en que se establece la obligación de éstos de transmitir sus acciones, antes de 31 de diciembre de 1991, a "HARTSTONE GROUP, P.L.C.", cuyo incumplimiento llevaría aparejada la resolución de la venta.

4) Se hace constar, en relación con las sociedades adquirentes, que cabe establecer dos grupos: las diez primeras citadas, que en la fecha de la operación se encontraban en régimen de transparencia fiscal, tenían todas ellas unas características comunes entre sí: el mismo domicilio social, sito en la calle Gurtubay, nº 6, de Madrid, hasta que en junio de 1992 todas ellas cambian de domicilio a la vez para radicarlo en la calle Serrano, 92, también de la capital.

Además, todas ellas tienen un capital social muy reducido, de cien mil pesetas, distribuido en cien acciones de mil pesetas cada una, siendo sus titulares los mismos en cada sociedad, y en la misma proporción: D. Inocencio, una acción; Bufete Internacional, S.A., una acción e "Intermediación y Servicios Internacionales, S.A.", 98 acciones.

El administrador único de las diez empresas era el mismo, la compañía citada en último lugar como titular del 98 % del capital de todas ellas, hasta el 6 de febrero de 1992, en que pasa a serlo la entidad "Unión de Valores, S.A.", representada por D. José Enrique, uno de los vendedores.

Los estatutos de todas las compañías eran idénticos y todas ellas carecían de actividad hasta el 4 de diciembre de 1991. En esta fecha, cercana en el tiempo a las operaciones que nos ocupan, los anteriores titulares de las acciones vendieron la totalidad de ellas, siendo las adquirentes las propias sociedades y, además, dos de las sociedades que también fueron citadas antes como compradoras, "LEVASA, S.A." e "INTERCARTERA, S.A." .

Las otras cuatro sociedades adquirentes, enumeradas del 11 al 14, eran sociedades de inversión mobiliaria que cotizaban en Bolsa, todas las cuales tenían su domicilio en Madrid, calle General Oráa. El grupo familiar que vendió las acciones, según se hace constar, ostentaba, en el momento de la venta de 11 de diciembre de 1991, la titularidad de la mayor parte de las acciones de las cuatro sociedades de inversión inmobiliaria, que en algunos casos alcanza el 100 % y, por otro lado, controlan los órganos de decisión de estas entidades, las cuales tributan al tipo impositivo del 1 % en el Impuesto sobre Sociedades.

5) La segunda operación de compraventa se llevó a cabo el 30 de diciembre de 1991, teniendo por objeto la transmisión de las acciones de "TRES A, S.A." y en ella actuaron como vendedoras las catorce entidades mercantiles a que nos hemos referido y, como adquirente, la sociedad británica "THE HARTSTONE GROUP, P.L.C.", operación que se efectúa por importe de 4.500.000.000 pesetas, coincidente con el precio anunciado por la compradora en su declaración ante la Dirección General de Transacciones Exteriores".

Pues bien, sobre la base de los razonamientos que se exponen en la Sentencia, ésta llega a lo que denomina "*constatación de que se ha producido un negocio simulado relativamente, en la medida en que no responde "per se" a una finalidad jurídica y económica de materializar una compraventa pura y simple de las acciones entre quienes quieren vender y quien quiere comprar, puede inferirse racionalmente de un conjunto de circunstancias y factores que ya han sido referidos: a) el propósito de adquirir las acciones, por parte de la compañía británica "THE HARTSTONE GROUP" y su filial española, manifestada inequívocamente en la comunicación dirigida, a efectos de la transacción monetaria correspondiente, ante la Dirección General de Transacciones Exteriores, en la que consta de manera indubitada que el precio sería de 4.500.000.000 pesetas, propósito que se mantiene en la segunda de las comunicaciones, sustitutoria de la primera y, en especial, en cuanto al precio; b) todos los vendedores de las acciones en la compraventa son miembros de la misma familia y efectúan la operación de compraventa el mismo día, para desprenderse de la totalidad de las acciones de la compañía, lo que lleva a pensar, de manera inequívoca, en una acción concertada y en una unidad de propósito; c) las catorce compañías adquirentes mantienen una relaciones de unidad entre sí, e instrumentalidad para la operación y de vinculación a la familia Aznar que permite inferir sin dudas que la compraventa efectuada a estas obedeció a la intención de desviar hacia ellas la parte sustancial de la carga fiscal, pues el precio pagado, en esta primera compraventa, por el conjunto de las acciones vendidas, fue de 412.000.000 pesetas, suma extraordinariamente alejada de aquélla a que se refirió la comunicación a los efectos de las transacciones exteriores; d) las sociedades adquirentes lo hicieron sin ningún propósito de hacer propio lo comprado, pues como condición resolutoria de la compraventa se pactó la obligación de revender las acciones a un tercero, antes del 30 de diciembre de 1991. La sola plasmación de esa condición contractual y el escaso margen temporal para verificar la reventa de las acciones al verdadero destinatario, unido al precio pactado y a la condición de varias de estas sociedades como de inversión inmobiliaria permiten establecer, como hecho indiscutible, que no estamos ante una propia compraventa, sino ante un negocio de otro sentido y finalidad; e) la segunda compraventa se efectúa por el precio inicialmente*

previsto, 4.500.000.000 pesetas, y a la empresa que inicialmente mostró interés, sería y formalmente expresado en un documento presentado ante la Administración.

El resultado de tales operaciones, unitariamente considerado, es el de que hubo una sola compraventa, entre los propietarios originales de "TRES A, S.A." y "THE HARTSTONE GROUP, P.L.C.", para la satisfacción de cuyo propósito no habría sido necesario acudir al recurso de la doble compraventa, si no fuera para sustraer a los vendedores, entre ellos la recurrente, de la mayor parte del incremento patrimonial experimentado, pues la apariencia es la de que la compraventa se produjo por 412.000.000 pesetas cuando en realidad se efectuó por una cifra notoriamente superior, 4.500.000.000 pesetas, sirviendo el primer negocio para encubrir esta realidad y para tributar por la diferencia entre uno y otro precio por un tipo impositivo ciertamente ventajoso, el del 1%."

TERCERO.- En nuestra Sentencia de 13 de noviembre de 2008, en la que resolvimos el recurso de casación número 5442/04, interpuesto por D^a Francisca, dimos respuesta, entre otros, a motivos idénticos a los que ahora se plantean.

Por otro lado, la recurrente ha planteado también los motivos indicados en dos recursos de casación que se resuelven en sentencia de esta fecha: en el recurso de casación 1097/2005, relacionado liquidación derivada de acta previa por el ejercicio de 1991 y en el recurso de casación número 10273/2004, antes reseñado.

Naturalmente que ante los mismos motivos o similares no deba ser diferente nuestra respuesta:

Por ello, nos limitamos a señalar que en la sentencia de esta fecha que resuelve el recurso de casación 10273/2004, interpuesto por la también aquí recurrente, y a la que se ha hecho referencia en el Fundamento de Derecho Primero, decimos:

"QUINTO.- La recurrente, al igual que otros miembros de su familia se vio sometida a actuaciones inspectoras de carácter general, por Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, de los ejercicios 1987 a 1992, ambos inclusive, según comunicación de la Inspección de 19 de mayo de 1994 y dentro de las cuales, con fecha 28 de diciembre de 1995, se formalizó Acta previa como consecuencia de incremento patrimonial producido en la venta de acciones de la entidad "AZNAR, S.A." que determinó liquidación por IRPF, de fecha 30 de mayo de 1996. A dicha Acta previa se hace mención en la definitiva por el ejercicio 1991, formalizada en 18 de septiembre de 1996, reseñada en el Antecedente Primero de esta Sentencia (debe precisarse que con esta fecha se dicta también la que resuelve el recurso de casación 1097/2005, interpuesto por la recurrente, a partir de la referida liquidación de 30 de mayo de 1996 y en donde se pretendía la declaración del carácter preclusivo de la regularización efectuada en la misma).

Pues bien, en el acto inicialmente impugnado a que se hace referencia en el presente recurso, esto es, el acuerdo del Inspector Regional, de 8 de octubre de 1997, se manifiesta que en el cuerpo del Acta de 28 de diciembre de 1995 (Anexo), que dio lugar a liquidación de 30 de mayo de 1996, "se especifica el carácter previo de la misma, aludiendo como motivo a haberse comprobado, exclusivamente, el incremento de patrimonio derivado de la enajenación de acciones de la sociedad AZNAR, S.A.", tras lo cual se invoca el artículo 50.2 .b) del Real Decreto 939/1986, de 25 de abril, que aprueba el Reglamento de Inspección. Igualmente se afirma en el acuerdo liquidatorio que "a pesar de su aparente independencia, el supuesto c) (se entiende que del artículo 50.2 del Reglamento de Inspección) podría entenderse como un subcaso del supuesto contemplado en la letra b) aludida. Es decir, ante la imposibilidad de ultimar una comprobación o investigación de carácter general, la Inspección practica una liquidación provisional, en base a aquellos hechos de cuyo conocimiento completo sí dispone. Lo cual pone en conocimiento del representante del sujeto pasivo, no solo en el cuerpo de las actas, de fecha 28-12-95, y en su informe ampliatorio, sino además, en la Diligencia de 9 de mayo de 1996 (de continuación de las actuaciones iniciadas en fecha 14 de mayo de 1994) que se extiende antes del Acuerdo de 30 de mayo de 1996, confirmatorio de las primeras actas". "No se trata pues -continúa razonando el Acuerdo- de limitar el objeto de las actuaciones inspectoras, de carácter general, como fueron iniciadas, a otras de carácter parcial (artículo 11.5), sino de poner de manifiesto que finalizada la comprobación inspectora de una parte de la documentación aportada por el sujeto pasivo (relativo a las acciones de AZNAR, S.A.), se estima procedente por la Inspección proponer, mediante acta previa, la regularización tributaria dimanante de la misma, dentro de las facultades que para ello le otorga el art. 50.2 del Reglamento General de Inspección de los Tributos."

La posición de la Inspección es confirmada por los órganos de la jurisdicción económico-administrativa y por la sentencia impugnada, pero frente a esta última se articulan los motivos tercero y cuarto que se resuelven de forma conjunta a continuación.

En el tercer motivo, ya con invocación del artículo 88.1.d) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, se alega infracción de las normas del ordenamiento jurídico aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate, en relación con el artículo 9.3 de la Constitución, 120.2.a) de la Ley General Tributaria de 1963, 11.5 y 31.1 del Real Decreto 939/1986, de 25 de abril, por el que se aprueba el Reglamento General de Inspección de los Tributos y el artículo 54.1.f) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Se aduce:

a) Que la limitación de actuaciones no puede acordarse en el informe que acompaña al acta de disconformidad.

b) Que "habiéndose comprobado el hecho imponible (transmisión de acciones de Tres A, S.A.) y su valoración (la documentación fue aportada en la primera diligencia de Inspección de 9 de noviembre de 1994) no puede posteriormente limitarse las actuaciones diciendo que solo se han comprobado las acciones de la entidad AZNAR, S.A., con lo que las liquidaciones practicadas el 30 de mayo de 1996, tienen carácter de definitivas, con independencia de como hayan sido calificadas por la Administración (artículo 120.2.a) de la LGT".

c) Que las actuaciones inspectoras, que comenzaron con carácter y alcance general, debieron concluir con una regularización completa de la situación tributaria del contribuyente, no pudiendo limitarse referidas actuaciones una vez comenzadas y a través del informe que acompaña al acta de disconformidad; se añade que la limitación no se acordó por el órgano competente, esto es, el Inspector Jefe y que no resulta motivada.

El cuarto motivo tiene estrecha relación con el anterior y en él se alega infracción del artículo 9.3 de la Constitución y 50 del Real Decreto 939/1986, de 26 de abril.

Se vuelve a afirmar que las actuaciones inspectoras que culminaron con las actas de 28 de diciembre de 1995 y subsiguientes liquidaciones de 30 de mayo 1996, tuvieron carácter general y, por tanto, dieron lugar a liquidaciones definitivas. En cambio, según la parte recurrente, iniciada la actuación inspectora de carácter general, la Inspección limitó el objeto de las actuaciones al formalizar acta solamente por los ejercicios (1988 a 1991) en que se descubre una irregularidad, dejando sin regularizar el ejercicio 1992, cuando en la fecha de las actas previas (28 de diciembre de 1995) ya disponía de la documentación que había sido facilitada en 9 de noviembre de 1994. Se añade que no concurrían las circunstancias que permitían dar carácter de "previas" a las actas y que, en todo caso, no se había motivado dicha calificación.

La conclusión de la recurrente es que las actas de 28 de diciembre de 1995 y los actos de liquidación de 30 de mayo de 1996 tienen carácter definitivo, que cierra el paso a la liquidación que ahora se impugna.

Para la resolución de los motivos expresados, debemos partir de que el Reglamento General de Inspección, después de clasificar las actuaciones inspectoras en las de carácter general y particular (apartado 1 del artículo 11), da un concepto de cada una de ellas en función de un ámbito objetivo, pues las primeras son aquellas que tienen por objeto "la verificación en su totalidad de la situación tributaria del sujeto pasivo u obligado tributario, en relación con cualquiera de los tributos y deberes formales de colaboración que le afecten dentro de los límites determinados por: a) la competencia del Órgano cuyos funcionarios realizan las correspondientes actuaciones; b) Los ejercicios o períodos a que se extienda la actuación inspectora; c) La prescripción del derecho de la Administración para determinar la deuda tributaria mediante la oportuna liquidación y de la acción para imponer las sanciones correspondientes a las infracciones tributarias que, en su caso, se aprecien" (artículo 11.2 del Reglamento). En cambio, las actuaciones de comprobación e investigación serán parciales cuando, bien por disposición legal o reglamentaria, bien por resolución de órgano competente, se circunscriba su objeto a límites más reducidos de los que derivan de lo anteriormente expuesto (artículo 11.5).

Pues bien, en Acta de 28 de diciembre de 1995 se hizo constar, tal como señalaba en su resolución el TEAR de Valencia: "la presente acta tiene el carácter de previa al haberse comprobado exclusivamente el incremento de patrimonio derivado de la enajenación de las acciones de Aznar, S.A., de conformidad con lo establecido por el artículo 50.2 del R.D. 939/1986, de 26 de abril", lo que impide aceptar la alegación de falta de motivación. Pero además, la formalización de acta previa resulta plenamente justificada y no resulta incompatible con actuaciones inspectoras de carácter general, ya que artículo 50.2.b) del Reglamento Inspección, aprobado por Real Decreto 939/1986, de 25 de abril, autoriza dicho tipo actas "cuando el hecho imponible pueda ser desagregado a efectos de las correspondientes actuaciones de comprobación e investigación..." y esta circunstancia concurre en cuanto al componente de renta procedente del incremento patrimonial que la Inspección apreció en la venta de acciones de "AZNAR, S.A".

La circunstancia de que a lo largo del procedimiento de reclamación administrativa y del procedimiento judicial se haya mencionado también al contenido de la letra c) del artículo 50. 2 del Reglamento de Inspección, que hace referencia al supuesto de no haber podido ultimar una comprobación o investigación y sea necesario suspender las actuaciones, siendo posible la liquidación provisional, no altera para nada la conclusión antes alcanzada.

Y partiendo de dicha conclusión, y por tanto de la legalidad del acto de Inspección al levantar el Acta de 28 de diciembre de 1995, lo que no cabe duda es que ni su formalización supone "per se" limitación de actuaciones con atribución de dicho derecho al sujeto pasivo, ni por supuesto puede producirse dicho efecto en un informe ampliatorio, dado el carácter de éste último. Por

ello tiene razón el acuerdo liquidatorio de 8 de octubre de 1997 cuando afirma, como antes vimos, que "No se trata pues de limitar el objeto de las actuaciones inspectoras....., sino de poner de manifiesto que finalizada la comprobación inspectora de una parte de la documentación aportada por el sujeto pasivo (relativo a las acciones de AZNAR, S.A.) se estima procedente por la Inspección proponer, mediante acta previa, la regularización tributaria dimanante de la misma, dentro de las facultades que para ello le otorga el art. 50.2 del Reglamento General de Inspección de los Tributos"; igualmente cuando concluye que "no hay que confundir la limitación del objeto, de general a parcial, regulada en el art. 11 del R.G.I.T., que resulta ser de competencia plena del Inspector Regional, con la incoación de un acta previa, dentro de los supuestos contemplados en el art. 50 del mismo texto reglamentario. Circunscribir a la aplicabilidad del art. 11.5 el caso presente, considerando únicamente la literalidad de la palabra "parcial" supone limitar intencionadamente unas actuaciones de comprobación e investigación complejas, que rebasan el análisis de la simple documentación aportada por el contribuyente".

Que en el presente caso no hubo limitación de actuaciones inspectoras y sí tan sólo formalización de un Acta previa por concurrir los requisitos necesarios para ello, lo demuestra el hecho de que conste en el expediente administrativo la diligencia de 9 de mayo de 1996, anterior por tanto al acto liquidatorio del Inspector Jefe, de fecha 30 siguiente, y que fue suscrita por el representante del sujeto pasivo, en la que se indica que "por la presente se comunica a los contribuyentes reseñados, a través de su representante, la continuación de las actuaciones de comprobación".

Tales contribuyentes son: (...)

Y prueba final también es la formalización del acta de 18 de septiembre de 1996, que ha originado la controversia que desemboca en el presente recurso de casación.

Cuando sí tendría razón la parte recurrente en cuanto a la calificación de "definitiva" del Acta de 28 de diciembre de 1995 y liquidación derivada de la misma, que cerraría el paso a una posterior actuación, es si la Inspección hubiera comprobado, o tenido al menos a su disposición para comprobar, todos los datos necesarios para la práctica de su función. Y esto es lo que pretende sostenerse cuando se afirma que se presentó toda la documentación en la primera diligencia de Inspección de 9 de noviembre de 1994.

Pues bien, es cierto, porque lo reconoce el Acuerdo de liquidación del Inspector Regional de 8 de octubre de 1997, que en la fecha antes indicada de 9 de noviembre de 1994, estaba en poder de la Inspección la información facilitada por el sujeto pasivo. Pero también lo es que partiendo de la "complejidad de las actuaciones comprobadoras" que reconoce la sentencia, y que es patente a la vista de los Antecedentes relatados, constan en el expediente administrativo diligencias y actuaciones de investigación de la Inspección necesarias para la determinación del hecho imponible y su calificación y valoración, y que son posteriores a la fecha indicada por la parte recurrente. Baste con citar el ejemplo de los requerimientos para obtención de información a la Agencia de Mediación Mercavalor, Sociedad de Valores y Bolsa y al Registro Mercantil, éste formulado en 14 de mayo de 1996, para expedición de las notas simples informativas en relación con las inscripciones de las distintas sociedades a que anteriormente se ha hecho referencia. En todo caso, en el acuerdo de liquidación se hace referencia a: 1) Oficio de la U.C.I. de 19 de junio de 1996, dirigido al Inspector actuario, adjuntando diligencia de 13 de junio y su documentación anexa; 2º) Oficio de la U.C.I. de 28 de junio de 1996, dirigido al Inspector actuario, adjuntando diligencias de 17 y 21 de junio de 1996; 3º) Oficio de la U.C.I. de 25 de julio de 1996, dirigido al Inspector actuario, adjuntando documentación remitida por Aguilar y de la Fuente, S.A. S.V.B., de fecha 18 de julio de 1996; 4º) Requerimiento de información, de fecha 17 de mayo de 1996."

Por todo ello, se rechazan los motivos alegados.

CUARTO.- Al no aceptarse ninguno de los motivos alegados, el recurso ha de ser desestimado. Pero además, la desestimación debe llevar aparejada la condena en costas, si bien que la Sala, haciendo uso de la facultad prevista en el artículo 139.3 de la Ley de la Jurisdicción, limita los honorarios del Abogado del Estado a la cifra máxima de 1.200 euros.

Por lo expuesto, en nombre de su Majestad el Rey

FALLAMOS

Que debemos **desestimar y desestimamos** el presente recurso de casación número 11244/ 2004, interpuesto por D^a María Luisa Sánchez Quero, Procuradora de los Tribunales, en nombre de **D^a TERESA MARIA**, contra la sentencia de la Sección Segunda, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, de 14 de octubre de 2004, dictada en el recurso contencioso-administrativo número 455/2002, en materia de liquidación por Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, con imposición de costas a la parte recurrente y con la limitación indicada en el Último de los Fundamentos de Derecho .

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse en la Colección Legislativa, definitivamente juzgando lo pronunciamos, mandamos y firmamos

TRIBUNAL SUPREMO**Sala de lo Contencioso-Administrativo –Secc. 4ª- (Recurso de Casación):** Sentencia de 02/06/2009**Ponente:** Excmo. Sr. D. Octavio Juan Herrero Pina**Síntesis****RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL. ATENCIÓN SANITARIA. Valoración de la prueba por la Sala de instancia.****Fundamentos de Derecho:**

PRIMERO.- La sentencia recurrida se refiere al planteamiento de la reclamación por la recurrente, al considerar la misma que el indebido tratamiento postoperatorio de la intervención de cataratas a que se sometió le ha provocado que padezca un grave problema ocular irreversible, del que estará siempre en tratamiento, con fuertes dolores de cabeza y pérdida, prácticamente total, de visión del ojo derecho, relatando que: *"el día 8 de julio de 1999 fue sometida a una intervención de catarata en el ojo derecho en el Hospital Virgen de la Torre de Madrid, recibiendo el alta el mismo día de la intervención, con prescripción de toma de Nolotil, indicándosele la obligatoriedad de acudir a curas postoperatorias en su ambulatorio de zona, y en concreto en la consulta del facultativo que efectuó la intervención, Dr. D.Néstor.*

El 9 de junio acudió a la primera cura, apreciando el Dr. Maximino una gran infección en el globo ocular, prescribiendo antibióticos y antiinflamatorio "Voltarén".

Transcurrida una semana, y en una nueva consulta, el doctor le indicó que la infección no remitía, sino que por el contrario se agravaba cada vez más, pautándole antibióticos en forma de 3 inyecciones intramusculares cada 15 días.

El 9 de septiembre de 1999, su situación se había agravado de forma notoria, por lo que acudió al Hospital Gregorio Marañón de Madrid, donde, por parte de los facultativos de urgencias se diagnosticó "endoftalmítis" en el ojo intervenido, procediendo a punzar el globo ocular para poder administrar directamente antibiótico e intentar frenar, o el menos contener, el proceso infeccioso, además de prescribir una fuerte dosis de medicamentos.

Pese a ello la situación de infección no remitía, por lo que los facultativos del citado Hospital decidieron someterla el día 2 de noviembre de 1999, a una intervención quirúrgica, con anestesia retrobulbar, como consecuencia de la endoftalmítis aguda en ojo derecho, consistente en limpieza de fibrina en CA, vitrectomía central posterior y extracción de restos cristalinos con vitreotomo.

El 21 de diciembre de 1999 se observó cierre de la iridectomía con desplazamiento de la LIO hacia delante, por lo que se tuvo que practicar una Iridotomía Yag.

El día 7 de marzo de 2000 acudió nuevamente al Servicio de Urgencias del Hospital Gregorio Marañón con dolor y enrojecimiento del ojo derecho, siendo sometida nuevamente a revisiones.

El 30 de mayo de 2000, en una nueva consulta e el Servicio de Urgencias del mismo Hospital, se le diagnosticó "uveítis anterior", dando lugar a que el día 7 de junio se le practicara una nueva intervención quirúrgica consistente en una vitrectomía anterior y extracción del LIO CA, siendo diagnosticada de Afaquia en el ojo derecho.

El 13 de junio fue sometida a una nueva exploración, que dio como resultado:

BMC: Afaquia quirúrgica.

PIO: 13 mnHg.

FO: Retina bien, con restos de PFCL."

La Sala de instancia, tras referirse a la jurisprudencia sobre la responsabilidad patrimonial en general y en relación con las prestaciones sanitarias en particular, valora el informe del Médico Inspector de 28 de mayo de 2001 y la prueba pericial de Médico Especialista practicada en el proceso a instancia de la recurrente, concluyendo que *"no existen datos objetivos que permitan afirmar la existencia de una mala praxis ni durante la intervención de cataratas a que fue sometida la recurrente, ni en el tratamiento postoperatorio, y que los problemas que surgieron eran complicaciones derivadas de la intervención de las cuales fue informada la paciente que firmó el correspondiente consentimiento, en el que se contemplan como riesgos derivados de la intervención oftalmológica: pérdida ocular por hemorragia expulsiva o por infección grave o panoftalmía, uveítis o inflamaciones graves y otras que en algunos casos requerirían una segunda intervención para intentar solucionarlas como puede ser la*

queratopatía bullosa, o alteración de la córnea que precisaría un trasplante, el desprendimiento de retina que puede ser favorecido por la intervención quirúrgica, subida de la tensión del ojo, rotura de la sutura con reapertura de la herida, pérdida de vítreo, cicatriz que filtre, o discreta caída del párpado; además existen enfermedades de la retina (maculopatías) previas o secundarias a la intervención que impedirían la recuperación visual.

La uveítis que padeció la recurrente tras la intervención se contemplaba dentro de los riesgos derivados de la misma, y la paciente fue debidamente informada de ello, prestando su consentimiento. Dicha complicación fue tratada adecuadamente según los conocimientos científicos, no habiendo resultado acreditado que el posible retraso, a que alude la perito, en la realización de la vitrectomía y facoestimulación, hubiera agravado el cuadro residual de afaquia o detenido o ralentizado la atrofia del nervio ocular, como ella misma manifestó en el acto de ratificación."

SEGUNDO.- No conforme con tal pronunciamiento, se interpone este recurso de casación, en cuyo único motivo formulado al amparo del art. 88.1.d) de la Ley de la Jurisdicción y 5.4 de la LOPJ, se denuncia la infracción del art. 106.2 de la Constitución y del art. 139 de la Ley 30/92, alegando que del informe pericial obrante en las actuaciones se desprende de forma evidente que el tratamiento médico que se aplicó a la paciente tras la operación de cataratas no fue el adecuado a los problemas que durante la misma habían surgido, diciendo la perito que se realizó con cierto retraso la vitrectomía y extracción de la lente intraocular y que no se llevaron a cabo los análisis necesarios para averiguar cual era el origen de la infección que finalmente terminó por producirle la pérdida definitiva de la visión en el ojo. Se refiere a la valoración de dicho informe por la Sala de instancia e invoca la jurisprudencia citada en la sentencia de instancia sobre el carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial, señalando que en este caso no solamente no ha quedado probada por la Administración la existencia de fuerza mayor o culpa de la víctima, sino que del informe de la perito resulta lo contrario, que existió en el tratamiento postoperatorio una demora en el diagnóstico debida a la no realización de análisis y cultivos que hubieran sido necesarios para determinar el origen de la infección en el ojo y una demora en la segunda intervención realizada para subsanar los daños producidos en la primera, y que dichos retrasos fueron la causa de la ceguera causada a la paciente, por lo que la sentencia recurrida aplica incorrectamente el art. 139.1 de la Ley 30/92.

TERCERO.- Los términos en que se plantea el motivo de casación vienen a cuestionar la valoración de la prueba efectuada por la Sala de instancia en cuanto a la pericial practicada en autos y en relación con la adecuación del tratamiento recibido por la paciente y su incidencia en el pronóstico de sus padecimientos y resultado final.

La parte no considera suficientemente cual es el objeto del recurso de casación, que como señalan las sentencias de 24 de noviembre de 2003 y 25 de mayo de 2005, "no es el examen de nuevo, sin limitación alguna, como si de una segunda instancia se tratara, de la totalidad de los aspectos fácticos y jurídicos de la cuestión o cuestiones planteadas en la instancia. Lo es, dada su naturaleza de recurso extraordinario, con fundamento en motivos legalmente tasados y con la finalidad básica de protección de la norma y creación de pautas interpretativas uniformes, el más limitado de enjuiciar, en la medida y sólo en la medida en que se denuncien a través de los motivos de casación que la Ley autoriza, las hipotéticas infracciones jurídicas en que haya podido incurrir el órgano judicial a quo, bien sea in iudicando, es decir, al aplicar el ordenamiento jurídico o la jurisprudencia al resolver aquellas cuestiones, bien sea in procedendo, esto es, quebrantando normas procesales que hubieran debido ser observadas". Lo que exige la crítica de la aplicación de la norma efectuada en la instancia y con ello la indicación de las normas o jurisprudencia que se consideren infringidas, como señala el art. 92.1 de la Ley de la Jurisdicción, con la necesaria expresión razonada de la infracción, requisitos que no se cumplen en este caso en el que, cuestionándose, en cuanto trata de sustituirla, la valoración de la prueba efectuada por la Sala de instancia, no se indican los preceptos legales relativos a dicha materia cuya infracción se imputa a la Sala y menos aún el alcance o razones de tal infracción.

A tal efecto ha de señalarse, que según constante jurisprudencia la interpretación de la voluntad manifestada en los dictámenes, en los informes y en los documentos obrantes en las actuaciones judiciales y en el expediente administrativo, es una labor que corresponde a la Sala de instancia y la revisión que de esa previa valoración de la prueba en su conjunto hace el Tribunal a quo, no tiene cabida objetiva en sede casacional después de la Ley 10/92, de 30 de abril, pues como ha reiterado la jurisprudencia de este Tribunal (en sentencias de 25 de enero, 8 y 26 de mayo, 2 de diciembre de 1989, 2 y 13 de marzo de 1990, 11 de marzo, 7 de mayo y 30 de julio de 1991, 7 y 20 de mayo de 1994), han de respetarse los hechos de la resolución recurrida, siendo inadmisibles las casaciones cuando se parte de conclusiones fácticas contrarias o distintas, pues la Sala de casación ha de atenerse a la resultancia probatoria apreciada por la sentencia de instancia. Señala al respecto la sentencia de 2 de septiembre de 2003, que la fijación de los hechos constituye competencia exclusiva del Tribunal de instancia, lo que obliga a atenerse a la apreciación de la prueba hecha por éste, salvo que se alegue el quebrantamiento de las formas esenciales del juicio en relación con la proposición o la práctica de prueba, la incongruencia o falta de motivación de la sentencia; se invoque oportunamente como infringida una norma que deba ser observada en la valoración de la prueba ya se trate de las normas que afectan a la eficacia de un concreto medio probatorio, o de las reglas que disciplinan la carga de la prueba o la formulación de presunciones; o, finalmente, se alegue que el resultado de ésta es arbitrario, inverosímil o falto de razonabilidad, pues en este caso debería estimarse infringido el principio del ordenamiento que obliga al juzgador a apreciar la prueba sujetándose a las reglas de la sana crítica (v. gr., sentencia de 21 de diciembre de 1999).

En este caso la parte discrepa de la valoración de la prueba efectuada en la instancia, pero no invoca ninguna de las indicadas vías que según la jurisprudencia pueden conducir a su revisión en casación, sin que se alegue la infracción de normas valorativas y menos aún se razone sobre la misma, lo que es preciso para conformar un motivo de casación, según resulta de la propia naturaleza de este recurso y se refleja en el art. 92.1 de la Ley de la Jurisdicción, que exige no solo la cita de los preceptos infringidos sino la expresión razonada de la infracción.

La parte se limita a sustituir la valoración de la prueba pericial llevada a cabo por la Sala de instancia, sin indicar ni justificar que en dicha operación el Tribunal a quo haya incurrido en infracción de las normas que la disciplinan o que el resultado sea irrazonable o arbitrario, lo que hubiera sido necesario tratándose de dicha prueba, pues es doctrina jurisprudencial consolidada (Sentencias de 11 de marzo, 28 de abril, 16 de mayo, 15 de julio, 23 de septiembre y 23 de octubre de 1995, 27 de julio y 30 de diciembre de 1996, 20 de enero y 9 de diciembre de 1997, 24 de enero, 14 de abril, 6 de junio, 19 de septiembre, 31 de octubre, 10 de noviembre y 28 de diciembre de 1998, 30 de enero, 22 de marzo, 18 de mayo y 19 de junio de 1999) que no cabe invocar en casación los preceptos que en la valoración de las pruebas obligan a sujetarse a la sana crítica con el fin de sustituir la del juzgador por la propia, salvo que la misma resulte ilógica o arbitraria, o como señala la sentencia de 18 de abril de 2005, no basta con justificar que el resultado probatorio obtenido por la Sala de instancia pudo ser, a juicio de la parte recurrente, más acertado o ajustado al contenido real de la prueba, sino que es menester demostrar que dicha apreciación es arbitraria o irrazonable, o conduce a resultados inverosímiles (Ss. 1-3-05, 15-3 05). Circunstancias que, además de no invocarse en este caso de manera precisa y razonada, no resultan de la sentencia recurrida, pues basta reproducir las valoraciones de la Sala de instancia para concluir que se ha producido un fundado y razonado análisis de la pericial practicada en el proceso, cuando señala que: *"En fase probatoria se practicó prueba pericial médica propuesta por la parte actora, realizando Informe la perito D^a Mercedes, Médico Especialista en Oftalmología, que previo estudio de los documentos e informes obrantes en el expediente y la exploración de la recurrente, adopta las siguientes conclusiones:*

1.- La enferma Doña Alfonsa presentó durante la cirugía de cataratas una complicación, poco común, pero dentro de las posibilidades, que fue la ruptura de cápsula posterior del cristalino, que se acompañó con caída de restos del núcleo cristalino a cavidad vítrea, lo que provocó una inflamación postoperatoria aguda grave.

2.- Esta complicación nada tiene que ver con la pericia del médico, sino con la respuesta del ojo que por sus condiciones previas reaccionó de esa manera a las maniobras quirúrgicas.

3.- Esto hizo, con buen criterio, que el Dr. cambiara de técnica, para lograr un mejor resultado final.

4.- La inflamación evolucionó tórpidamente, durando dos años de forma intermitente, y con mala respuesta al tratamiento habitual frente a dichos cuadros.

A mi entender se realizó con un cierto retraso la realización de la vitrectomía y extracción de la lente intraocular, que en algunos de los casos este solo paso ya mejora el cuadro, aunque no siempre es así, creo de debe intentarse con prioridad.

5.- No se realizó cultivo, ni de humor acuoso y detritus de cámara anterior, ni tampoco de vítreo, ni de la lente extraída, que hubieran ayudado al diagnóstico.

6.- Sin embargo fue tratada correctamente en el resto de las cirugías, según se iba presentando el cuadro.

7.- La presencia de una o varias complicaciones con sus secuelas, no son producidas como causa de mala praxis del profesional. Además estas complicaciones están dentro de lo posible como así lo apunta el consentimiento informado que la enferma aceptó.

8.- La incidencia de endoftalmitis postquirúrgicas es en la actualidad de 0.08 % de todos los operados de cataratas, como ya se ha comentado.

De todos estos solo evoluciona relativamente favorable el 40%, el resto, 60% lo hace desfavorablemente, dejando además secuelas importantes que, casi siempre, llevan a la ceguera.

SÉPTIMO.- Así, a la vista de los informes obrantes en el expediente y el resultado de la prueba pericial practicada, no existen pruebas suficientes, salvo las manifestaciones de la parte recurrente, que permitan apreciar la existencia de una mala praxis médica en la intervención quirúrgica a que fue sometida la Sra. A y el tratamiento postoperatorio posterior, dado que las complicaciones que surgieron durante la intervención, consistentes en la ruptura de cápsula posterior del cristalino, se debieron a las condiciones previas del ojo y su reacción a las maniobras quirúrgicas como consecuencia de tales condiciones, y no a la pericia del médico, tal

y como señala la perito en su informe, y la misma se contempla como posible, si bien poco común, en una intervención de cataratas.

Dicha complicación fue, no obstante, solventada correctamente por el Doctor cambiando de técnica quirúrgica, de modo que en lugar de realizar una Facoestimulación, como estaba previsto, realizó una Extracción Extracapsular, más adecuada a las nuevas condiciones del ojo. Así lo manifiesta la perito en la respuesta a la pregunta primera de su informe.

Y en la respuesta a la pregunta segunda señala que la inflamación ocular postquirúrgica puede considerarse como consecuencia de la intervención debido a las complicaciones a que se ha hecho referencia, pero no así la infección, no habiendo motivo para ello en los pasos quirúrgicos que se llevaron a cabo.

OCTAVO.- *En cuanto al tratamiento aplicado para solventar dicha infección postquirúrgica, manifiesta la perito que fue el adecuado para el cuadro que presentaba la enferma, administrándole antiinflamatorios y antibióticos de manera preventiva, de amplio espectro, tanto tópicos como por vía intramuscular, de forma que aunque no se asegura la etiología infecciosa, se aplica un tratamiento preventivo para esta, los antibióticos, y que la medicación aplicada por el Dr. Maximino en la primera revisión postoperatoria fue la correcta.*

El único defecto que observa en dicha actuación postoperatoria se refiere al momento en que se realizó la vitrectomía y facoexégesis, así como la extracción de la lente intraocular de cámara anterior, considerando que se realizaron tardíamente, pudiendo haber mejorado la evolución, y que quizás hubiera sido más eficaz el realizar una vitrectomía directamente y extraer las masas lo antes posible, si bien manifiesta que este comentario no puede contemplarse como un tratamiento certero, sino como un intento más de luchar contra la complicación.

También indica que hubiera sido de gran ayuda la realización de un cultivo de humor acuoso y vítreo, con el fin de asegurar que tipo de infección presentaba y que antibióticos eran los más oportunos, dado que los que le estaban administrando no estaban haciendo todo el efecto positivo que cabe esperar.

Ahora bien, no obstante tales apreciaciones, la perito manifestó en el acto de ratificación de su informe que no puede afirmar con seguridad que el retraso indicado haya agravado de modo significativo el cuadro residual de afaquia, aunque cuando eso se hace el pronóstico es más favorable, y tampoco que la realización más temprana de la vitrectomía y facoexégesis hubiera detenido o ralentizado la atrofia del nervio ocular, aunque personalmente cree que sí."

La Sala de instancia toma en consideración todas las apreciaciones de la perito interviniente y efectúa una valoración razonada de las mismas para llegar a un resultado fáctico que no es fruto de la arbitrariedad ni resulta ilógico y que, por lo tanto debe mantenerse al no concurrir motivo que permita su revisión en casación, lo que conduce a la desestimación del motivo, por cuanto atendiendo a los hechos fijados por el Tribunal a quo no se advierte la infracción de los arts. 106.2 de la Constitución y 139 de la Ley 30/92, que se denuncia por la recurrente en virtud de una apreciación distinta de los hechos, a lo que ha de añadirse que el carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial no ha impedido su moderación en distintos supuestos de la actividad administrativa y en particular en relación con la prestación sanitaria, en los términos que en lo sustancial se han recogido en la sentencia de instancia y que no es necesario reiterar aquí, destacando el carácter de prestación de medios y no de resultados y con ello de la existencia de una mala praxis a la que pueda atribuirse el resultado lesivo cuya reparación se pretende, que como se ha indicado no concurre en este caso.

CUARTO.- La desestimación del motivo invocado lleva a declarar no haber lugar al recurso de casación, y determina la imposición legal de las costas a la parte recurrente, si bien, la Sala, haciendo uso de la facultad que otorga el art. 139.3 de la LRJCA y teniendo en cuenta la entidad del recurso y la dificultad del mismo, señala en 2.000 euros la cifra máxima como honorarios de letrado de la parte recurrida.

FALLAMOS

Que desestimando el motivo invocado declaramos no haber lugar al presente recurso de casación nº 10403/2004, interpuesto por la representación procesal de Dña. Alfonsa contra la sentencia de 5 de mayo de 2004, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, Sección Cuarta, en el recurso 408/2001, que queda firme; con imposición legal de las costas a la parte recurrente en los términos establecidos en el último fundamento de derecho.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

2157/05

024

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo –Secc. 6ª- (Recurso de Casación): Sentencia de 02/06/2009

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

Síntesis**DENEGACIÓN DE LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA POR RESIDENCIA. BUENA CONDUCTA CÍVICA no acreditada.****Fundamentos de Derecho:**

PRIMERO.- El presente recurso de casación es interpuesto por la representación procesal del señor Isaan contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 3ª) de la Audiencia Nacional de 21 de enero de 2005.

El recurrente, de nacionalidad marroquí, solicitó la concesión de la nacionalidad española por residencia. Esta le fue denegada por resolución del Ministerio de Justicia de 14 febrero de 2003, que tuvo por no acreditada la buena conducta cívica exigida por el art. 22.4 CC. La razón aducida por la Administración fue que en el año 1998, poco antes de presentar su solicitud, había sido condenado por una falta de resistencia y desobediencia a la autoridad; condena por la que hubo de pagar una multa de 10.000 pesetas, siendo cancelados los antecedentes penales.

Ya en vía jurisdiccional, la sentencia ahora impugnada confirma la decisión de la Administración, entendiendo que la mencionada condena pone de relieve un comportamiento distinto del que cabe esperar de un buen ciudadano. Añade que del expediente administrativo resulta que el recurrente fue también objeto de unas diligencias previas por tráfico de estupefacientes que, si bien fueron sobreeséidas provisionalmente en el año 2000, confirman ulteriormente que su conducta no era la requerida por el art. 22.4 CC. Afirma el tribunal *a quo* que no constan otros datos de signo contrario que puedan desvirtuar tal conclusión.

SEGUNDO.- Aunque en este recurso de casación no se identifica expresamente cuál de los motivos tasados que enumera el art. 88.1 LJCA le sirve de base, parece que sólo puede tratarse del contemplado en la letra d) de dicho precepto legal; y ello porque el recurrente considera infringidos los arts. 7.1 y 22 CC, que sólo pueden ser entendidos como normas aplicables para resolver el fondo de la cuestión debatida. El recurrente hace una crítica –más bien breve- de la sentencia, señalando que él está integrado por razones familiares en la sociedad española y que el tiempo transcurrido desde los procedimientos penales seguidos contra él hace que no deban ser ya tenidos en cuenta. Sostiene, así, que la sentencia impugnada es contraria al principio de buena fe y que efectúa una incorrecta aplicación del art. 22 CC.

TERCERO.- Este recurso de casación está abocado al fracaso, debiendo ser desestimado: es evidente que le asiste toda la razón al tribunal *a quo* cuando afirma que, con independencia de que haya o no antecedentes penales en vigor, los procedimientos penales en que se vio envuelto el recurrente son indicativos de un escaso respeto por reglas básicas de la convivencia en nuestro país. Ello pone de manifiesto que no se cumple el requisito de buena conducta cívica, exigido por el art. 22.4 CC. Debe tenerse presente, además, que los requisitos necesarios para la adquisición de la nacionalidad española por residencia deben ser satisfechos en el momento de presentación de la solicitud, no en otro posterior. Si a ello se añade que, como declara probado la sentencia impugnada, no constan otros datos de signo contrario (participación en iniciativas filantrópicas, seguimiento de cursos de formación, etc.) que contrarresten los derivados de los procedimientos penales seguidos contra el recurrente, es ajustado a derecho tener por no acreditada la buena conducta cívica.

CUARTO.- Dado que el Abogado del Estado no se ha personado como parte recurrida en este recurso de casación, no procede hacer imposición de las costas.

FALLAMOS

No haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal del señor Isaan contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 3ª) de la Audiencia Nacional de 21 de enero de 2005, sin costas.

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo –Secc. 2ª- (Recurso de Casación): Sentencia de 10/06/2009

Ponente: Excmo. Sr. D. Emilio Frías Ponce

Síntesis

IMPUESTO DE TRANSMISIONES PATRIMONIALES. Cuantificación de la base imponible en las concesiones administrativas; No se debe atender al presupuesto de ejecución de la obra sino al valor neto contable del activo en el momento de la reversión, más los gastos previstos para ejecutar la reversión.

Fundamentos de Derecho y Doctrina:

PRIMERO.- Es objeto del presente recurso de casación, interpuesto por la Comunidad Autónoma de Madrid, la sentencia de fecha 15 de abril de 2005 dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que estimó el recurso contencioso-administrativo formulado por Dragados y Construcciones, S.A. y Neco Entrecanales Cubiertas, S.A. UTE Ley (8/1982 (DYEPO) contra la resolución del Tribunal Económico Administrativo Central de 21 de enero de 2002 a través de la cual se había desestimado el recurso de alzada promovido frente a la resolución del TEAR de Madrid.

Esta última resolución del TEAR confirma una liquidación girada a la parte ahora recurrida, por la Oficina Técnica de la Inspección de Tributos de la Consejería de Hacienda de la de Madrid, de 17 de diciembre de 1999, por importe de 291.330,09 euros, por el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales, en relación con la concesión administrativa para la explotación de un aparcamiento en la Plaza de Oriente de Madrid, otorgada a DYEPO, como consecuencia de la adjudicación por el Ayuntamiento de Madrid del concurso convocado para la redacción del proyecto y ejecución de las obras de remodelación y subsiguiente concesión, que fue posteriormente ampliada por Acuerdo del mismo Ayuntamiento de 1 de febrero de 1996.

La referida Inspección había iniciado actuaciones para regularizar la situación tributaria, al discrepar de la base autoliquidada, 31.150.000 ptas., resultado de capitalizar el 10 por cierto el canon del primer año, por considerar que además debía tenerse en cuenta la cantidad de 1.102.511.780 ptas. por la cuantificación del fondo de reversión, al haber aportado la concesionaria del presupuesto de las obras que era de 3.350.590.695 ptas. la cantidad de 862.615.000 ptas., y luego por la ampliación de las obras de la concesión 208.746.780 ptas.

La sentencia de instancia, después de rechazar la alegación de los recurrentes relativa a la falta de la condición de sujeto pasivo, anula el criterio seguido por la Administración para la determinación de la base imponible, que atendió al valor del coste de ejecución de las obras a cargo del sujeto pasivo, en base a la siguiente fundamentación.

"Con relación a la dimensión cuantitativa de la base imponible aplicada de la liquidación, ya adelantamos nuestra postura favorable a la nulidad de ésta. Es cierto que la postura del TEAC y de los actos anteriores se basan en los criterios sentados por el órgano central y se sintetiza en que el Fondo de Reversión no constituido ha de valorarse, como mínimo, en el presupuesto de las obras. Así lo recogió este Tribunal en la única ocasión en que se ha pronunciado, sentencia de 8 de octubre de 2004 donde, a pesar de admitir que los criterios del TEAC contaban con escasas explicaciones, se sostuvo que parecía razonable considerar que una cuestión es valorar conforme a un hipotético Fondo de Reversión y ello en el momento del devengo y otro diferente es valorar dicho Fondo en el momento de su extinción, lugar y momento en que parecía más lógico atenerse al concepto de valor neto contable que contiene el Plan General de Contabilidad. Sin embargo, una reconsideración del problema inclina al Tribunal a modificar el criterio que dicha Sentencia sostiene. El art. 8 de la Ley 62/03 de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, para 2004, introdujo una modificación en el art. 13.3 c) del Texto Refundido del Impuesto según la cual el Fondo se computará por el valor neto contable de los bienes a la fecha de reversión, calculados por las tablas de amortización aprobadas a los efectos del Impuesto sobre Sociedades en el porcentaje medio resultante de los mismos, más los gastos previstos para la reversión, expresión que según ahora ponderamos se inclina por el argumento opuesto al de la sentencia de referencia más aún cuando en la Exposición de Motivos de la Ley citada se señala expresamente que la modificación legal operada tiene efectos aclaratorios, expresión que suprime cualquier interpretación que la atribuya intenciones innovadoras en el ordenamiento. Pues bien, al no haberse utilizado este método de cálculo, la liquidación ha de ser anulada y ello sin perjuicio de que la Administración pueda ejercer sus facultades liquidadoras conforme a lo expuesto".

SEGUNDO.- 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, invocándose la infracción del artículo 13.3 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, relativo a la determinación de la base imponible en las concesiones administrativas, y del Real Decreto 1643/1990 que aprueba el Plan General de Contabilidad.

La parte recurrente muestra su desacuerdo con las conclusiones de la sentencia, en cuanto se separa del criterio mantenido en otra anterior que interpretó que el fondo de reversión, al que se refería el precepto, tenía que valorarse como mínimo en la cuantía del presupuesto de obras, a pesar de que la nueva redacción, operada por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, no supone una contradicción con el criterio expresado en la sentencia de 8 de abril de 2004, sino que únicamente lo que se produce es una aclaración sobre cómo calcular la cantidad que anteriormente aparecía referida como fondo de reversión, y sobre la cual ahora únicamente se definen sus conceptos, que son el valor neto contable de los bienes al que deben añadirse los gastos previstos para la reversión.

Según la recurrente hay que estar al pliego de condiciones administrativas, económicas y jurídicas que siguió el concurso, que obligaba al concesionario a presentar una póliza de seguro al Ayuntamiento, antes de la puesta en servicio del aparcamiento, por un capital no inferior al de la ejecución material de la construcción del mismo, y a la entrega, al término de la concesión, en perfecto estado de conservación del inmueble y sus instalaciones, para lo que habría de efectuar las debidas reparaciones.

Por todo ello, considera que a efectos del Impuesto sobre Transmisiones el valor del Fondo de Reversión es igual al valor de la inversión del bien revertible en el momento en que se devenga el impuesto, lo que en la práctica supone que se autoliquidaría por el coste previsible de construcción que figura en la oferta realizada por la empresa en el propio pliego de condiciones.

A esa conclusión se llega, según la recurrente, porque, en la misma proporción en que disminuya el valor neto contable de los bienes objeto de reversión por su amortización habrán de aumentar los gastos necesarios para la reversión, toda vez que las instalaciones deberán ser revertidas en perfectas condiciones de uso.

Finaliza su exposición señalando que la modificación aclaratoria del artículo llevada a cabo en virtud de la Ley 62/2003 sustituye la referencia al concepto "Fondo de reversión", por su definición, y que en todo caso las normas contenidas en el art. 13 del Texto Refundido pretenden hallar el valor real del derecho que origina la concesión, es decir, del derecho de explotación de bienes o servicios en que la misma consiste, siendo evidente que las citadas normas valorativas, en atención a su finalidad, deben ser homogéneas conduciendo a resultados similares, por lo que la modificación en realidad lo que consagra al referirse a los gastos previstos para la reversión es el coste de construcción de los activos.

TERCERO.- La base imponible en las concesiones administrativas ha sido una cuestión polémica, lo que explica los distintos cambios normativos.

En el Texto Refundido de 1967 se formulaban hasta nueve reglas en función del tipo de concesión de que se tratara. Luego, en la Ley de reforma del Impuesto de 1980 se lleva a cabo una simplificación, estableciendo como criterio principal la capitalización del canon de explotación y como reglas subsidiarias la valoración señalada por la Administración para la concesión o el presupuesto de gastos de primer establecimiento.

Sin embargo, ante los problemas interpretativos que suscitaba la Ley de 1980, se produce un nuevo cambio normativo por la Ley 29/1991, de 16 de diciembre, que es el que luego recogió el Texto Refundido de 1993.

El art. 13.3 precisa las reglas sobre determinación de la base imponible estableciendo el apartado 4 otras para los casos especiales en los que, por la naturaleza de la concesión, la base imponible no puede fijarse por las reglas del apartado anterior.

Las reglas generales que contenía el art. 13.3 del Texto Refundido, que tienen carácter acumulativo si concurren las circunstancias, son las siguientes:

- a) La cantidad total que debe satisfacer el concesionario en concepto de precio o canon.
- b) Si la duración de la concesión es inferior al año y el concesionario satisface un canon periódico, la suma total de las prestaciones periódicas.

Si la duración es superior al año, se capitaliza al 10 por 100 la cantidad anual que satisfaga el concesionario.

c) Si el concesionario está obligado a revertir a la Administración bienes determinados se computa el valor del Fondo de Reversión, que aquél deba constituir en cumplimiento de lo dispuesto en el Real Decreto 1643/1990, de 20 de diciembre, o norma que le sustituya.

El problema surge, respecto a esta última regla, porque el importe real del Fondo no se conoce hasta que se produce la reversión de los activos y el Impuesto se liquida al inicio del periodo concesional.

El TEAC, en la resolución a que se refiere la litis, siguiendo otras como las de 8-3-1995, 23-7-1998, 24-5-2000 y 18-7-2001, después de rechazar que el Fondo se constituye por un importe que alcance el valor neto contable de los activos revertibles en el momento de la reversión más los gastos necesarios para dejar los activos en condiciones adecuadas de funcionamiento, ya que el valor neto contable de los activos revertibles sería cero, dada la duración de la concesión, considera que el Fondo que aparece en el Plan General de Contabilidad debe dotarse al menos hasta el coste de ejecución de las obras necesarias para la explotación de la concesión.

Por su parte, la Dirección General de Tributos, en contestación de 13-9-1995, aplicó el mismo criterio que el TEAC, aunque después, en contestación a la consulta 143/00, de 1 de febrero, acogió como criterio correcto de cuantificación del Fondo de Reversión el que se desprende de la normativa contable, siguiendo a la resolución de 21 de enero de 1992 del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas.

Esta última resolución del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas (BOE de 7 de abril de 1992), establece en su regla tercera normas para la valoración de dicho fondo disponiendo que

"2.- Las concesiones administrativas figurarán en el activo de las Empresas valoradas por el importe total de los gastos incurridos para su obtención.

3.- El coste de las concesiones administrativas se imputará a resultados, a través de su amortización, durante un plazo que no podrá superar el periodo concesional, utilizando para ello un método sistemático de amortización.

4.- En el caso de que a la concesión administrativa se afecten activos del inmovilizado material que deban revertir a la entidad de derecho público otorgante de la concesión al finalizar el plazo concesional, se procederá a la constitución de un "Fondo de reversión", cuyas dotaciones se realizarán de acuerdo con un plan sistemático a lo largo del periodo concesional, debiendo reconstituir el valor neto contable estimado del activo a revertir en el momento de la reversión más los gastos necesarios para llevarla a cabo.

5.- El plan sistemático a que debe responder la dotación del "Fondo de Reversión" se establecerá en función de la duración del periodo concesional, independientemente de la vida útil del activo a revertir, y la dotación anual se calculará en función de los ingresos que se espere obtener en el futuro".

Ante la dificultad de interpretar el concepto de Fondo de Reversión, la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, introduce una nueva redacción al art. 13.3c) del Texto Refundido en los siguientes términos "Cuando el concesionario esté obligado a revertir a la Administración bienes determinados, se computará el valor neto contable estimado de dichos bienes a la fecha de la reversión, más los gastos previstos para la reversión. Para el cálculo del valor neto contable de los bienes se aplicarán las tablas de amortización aprobadas a los efectos del Impuesto sobre Sociedades en el porcentaje medio resultante de las mismas".

En la Exposición de Motivos de la Ley 62/03 se afirma que "En el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados se aclara la regulación de las transmisiones patrimoniales en relación con las concesiones administrativas para definir el valor por el que computar bienes determinados que el concesionario esté obligado a revertir a la Administración. Dicho valor será el neto contable a la fecha de reversión, estimado según el porcentaje medio resultante de las tablas de amortización del Impuesto sobre Sociedades, más los gastos de reversión previstos". Posteriormente señala que la modificación tendrá vigencia a partir de 1 de enero de 2004.

Para culminar esta evolución legislativa, y aunque no afecte al caso, conviene recordar también que la Ley 4/2008, en su art. 7. apartado uno, ha introducido otra modificación relativa al cálculo de la base imponible de las concesiones de duración superior al año, por las que se exige al concesionario un canon periódico, exigiendo tomar en consideración el elemento temporal de la concesión a los efectos de calcular la base imponible por aplicación de la regla contenida en el apartado b) del art. 13.3, al señalar ahora que en estos casos se capitalice según el plazo de la concesión.

CUARTO.- La lectura del art. 13.3c) del Texto Refundido del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentales, en la redacción introducida por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, no puede suscitar duda alguna sobre que la

base imponible del impuesto es el valor neto contable más los gastos previstos para la reversión. El legislador omite referirse al fondo de reversión, pero hay que reconocer que la magnitud que determina como integrante de la base imponible es idéntica al mismo, lo que significa que en la derogada redacción, aplicable al supuesto controvertido, el precepto tenía que interpretarse de la misma forma.

Efectivamente, el Fondo de Reversión tenía que ser dotado de tal forma que al final de la concesión coincidiese con el valor neto contable del activo, y por valor neto contable se había de entender el precio de adquisición, más las mejoras y adiciones y las revalorizaciones, disminuido por las amortizaciones acumuladas y por las actualizaciones de las mismas.

Ahora ya no existe una remisión a norma contable alguna para la cuantificación del valor pero la propia ley define el mismo.

Ante esta conclusión, la interpretación que hace la Comunidad Autónoma del apartado c) del art. 13.3 y que le lleva a entender que el fondo de reversión debe entenderse no a los efectos de determinar su importe desde un punto de vista contable, sino desde un punto de vista económico y, por tanto, como el coste de ejecución de las obras a cargo del sujeto pasivo no puede confirmarse, pues se aparta de la Ley. Para averiguar lo que significaba fondo de reversión y hallar su valor la norma proporcionaba la referencia a la que debía acudirse, el Real Decreto 1643/90, de 20 de diciembre.

Pues bien, con arreglo al precitado Real Decreto el fondo de reversión es económicamente "la reconstitución del valor económico del activo revertible, teniendo en cuenta las condiciones relativas a la reversión establecidas en la concesión (cuenta 144).

Como en las concesiones administrativas lo habitual es que el concesionario se obligue a revertir activos y estos activos deben amortizarse como cualquier otro elemento del inmovilizado, habrá que averiguar el valor de ese activo una vez amortizado a lo largo de la vida de la concesión. Si queda pendiente de amortizar algo esa pérdida que se ocasiona en la concesionaria por la devolución a la Administración de los elementos del activo distribuida a lo largo de todo el periodo concesional es el fondo de reversión. En definitiva lo esencial era averiguar el valor del activo una vez amortizado, esto es el valor neto contable de los activos al momento de la reversión y no el valor a nuevo de las mismas, que es lo mismo que ahora recoge el vigente texto, al cuantificar el valor mediante la amortización de un porcentaje determinado en el Reglamento del Impuesto sobre Sociedades, con lo que se resuelven las dudas interpretativas suscitadas con anterioridad, y que obliga a entender que la magnitud que debe tenerse en cuenta de ninguna manera puede identificarse con el valor de las obras.

Con independencia de lo anterior, y aunque no se comparta esta interpretación del primitivo art. 13.c) del Texto Refundido, hay que reconocer que el art. 8 de la Ley 62/2003 modificó la redacción, para aclarar la normativa existente, lo que obliga a declarar improcedente la interpretación sobre estimación del valor neto contable de los bienes al momento de la reversión sostenida por la Administración, por deber calcularse el mismo según las tablas de amortización aprobadas a efectos del Impuesto sobre Sociedades en el porcentaje medio resultante de las mismas, y ello aunque la fecha a efectos de la nueva redacción sea posterior al hecho imponible.

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

En su virtud, en nombre de su Majestad el Rey y en el ejercicio de la potestad de juzgar que, emanada del pueblo español, nos confiere la Constitución.

FALLAMOS

Que, rechazando el motivo aducido, debemos desestimar el recurso de casación interpuesto por la representación de la Comunidad de Madrid contra la sentencia de fecha 15 de abril de 2005, dictada por la Sección Cuarta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en el recurso de dicho orden jurisdiccional núm. 547/02, con imposición de las costas causada a la parte recurrente en la cuantía expresada en el último Fundamento de Derecho.

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo –Secc. 2ª- (Recurso de Casación): Sentencia de 15/06/2009

Ponente: Excmo. Sr. D. Joaquín Huelin Martínez de Velasco

Síntesis

Procedimientos tributarios.- Procedimiento de gestión.- Inicio.- Inexistencia en el expediente del acuerdo de inclusión en un plan de inspección.- Paralización por tiempo superior a seis meses.- Efectos.- Procedimientos de revisión.- Reclamación económico-administrativa.- Paralización durante un tiempo superior al previsto para resolver.- Efectos.- Sanción.- Principio de culpabilidad.- Inexistencia de culpabilidad.- Anulación de la sanción.- Empresa que no ha ocultado ningún dato y que ha realizado una interpretación razonable de la norma.

Fundamentos de Derecho:

PRIMERO.- Este recurso de casación tiene por objeto la sentencia dictada el 2 de diciembre de 2002 por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, en el recurso 781/01, relativa al ejercicio 1995 del impuesto sobre sociedades. En dicho proceso contencioso-administrativo se revisó una liquidación tributaria, y los actos administrativos que la confirmaron, en relación con la inversión en activos fijos nuevos, en particular en terrenos sobre los que se encuentran enclavadas las edificaciones de carácter industrial del sujeto pasivo, a que se refiere el artículo 3, apartado 1, punto 4, letra a), de la Ley Foral 12/1993.

El debate en esta sede no afecta a la cuestión de fondo, pues la compañía recurrente, «Granja Dos Hermanas», asume la interpretación que la Sala de instancia ha realizado del mencionado precepto legal, conforme a la que el beneficio fiscal sólo alcanza a la superficie ocupada por sus instalaciones, sin que se extienda a la totalidad de la finca. Las quejas de la mencionada compañía, amén de a la calificación de su conducta como infracción (motivo sexto), se extienden a determinados defectos formales de la sentencia (motivos séptimo y octavo) y a otros de igual índole acaecidos durante el transcurso del procedimiento de comprobación e inspección (motivos primero a quinto).

Dentro de este último grupo cabe distinguir entre aquellos argumentos que se detienen en el modo en que se iniciaron las actuaciones (motivos primero a tercero) y los que se centran en las paralizaciones habidas en el curso administrativo, ya para sostener su caducidad (cuarto motivo) ya para esgrimir la prescripción del derecho de la Administración a fijar la deuda tributaria y a sancionar la eventual conducta infractora del sujeto pasivo (quinto motivo).

Deberíamos iniciar nuestro análisis por aquellos defectos que atañen a la sentencia, esto es, por los dos últimos motivos de casación. Ahora bien, dejaremos, de momento, de lado el octavo, ya que se refiere a pretensiones articuladas a título subsidiario que tienen como hipótesis la corrección de la actuación administrativa y de la liquidación en que desembocó; por consiguiente, abordaremos su estudio únicamente si resulta procedente, esto es, si desestimamos los demás motivos de casación referentes a dichas actuación y liquidación, considerando correcta la sentencia de instancia en cuanto las avala.

SEGUNDO.- El séptimo motivo, que, como el octavo, se sustenta en el artículo 88, apartado 1, letra c), de la Ley de esta jurisdicción, denuncia una incongruencia interna de la sentencia porque, después de afirmar que el recurso de alzada se interpuso en tiempo y, por consiguiente, declarar improcedente la resolución que lo consideró extemporáneo, desestima íntegramente la demanda, cuando en realidad viene a acoger la primera pretensión de dicho escrito, consistente en la declaración de nulidad del acuerdo que juzgó intempestivo aquel recurso administrativo.

El planteamiento de «Granja Dos Hermanas» es cierto, pero los hechos en los que se cimienta no desencadenan la consecuencia jurídica que pretende. Si se lee el fallo de la sentencia en conexión con el fundamento segundo, singularmente su último párrafo, se comprueba, sin duda alguna, que la Sala de instancia acogió su primera pretensión, de modo que la desestimación a la que se refiere la parte dispositiva es la de las peticiones articuladas por la actora respecto de la liquidación de 19 de junio de 1997, que la Sala navarra, una vez anulada la declaración de extemporaneidad, examina en los fundamentos tercero a octavo.

Téngase en cuenta que existe incongruencia interna cuando hay contradicción entre los pronunciamientos de una misma resolución judicial y entre su motivación y la parte dispositiva [véanse las sentencias de esta Sala, de 4 de febrero de 1991 (recurso extraordinario de revisión 318/89, FJ 1º) y las más recientes de 23 de junio de 2008 (casación 729/05, FJ 3º), 29 de septiembre de 2008 (casación 920/05 FJ 5º); y 16 de marzo de 2009 (casación 9911/04, FJ 4º)]. Este vicio, que afecta la estructura racional exigible a todo enjuiciamiento, se produce cuando el discurso lógico de la sentencia conduce a un resultado paradójico, que sorprende y deja perplejo a sus destinatarios.

Pues bien, nada de lo anterior ocurre en el presente caso, en el que, como indicamos, la lectura de la resolución judicial recurrida ofrece un cabal conocimiento de su alcance, permitiendo constatar que el Tribunal de instancia anula la decisión administrativa que declaró extemporáneo el recurso de alzada promovido contra la liquidación derivada del acta de inspección nº 953.663, al tiempo que confirma esta última por no adolecer de ninguna de las taras adjetivas que le imputaba la compañía contribuyente, respondiendo a una interpretación correcta del artículo 3 de la Ley Foral 12/1993.

No se ha producido, pues, infracción alguna de los artículos 67 y concordantes de la Ley 29/1998, ya que la sentencia decide de modo coherente todas las cuestiones controvertidas en el proceso.

TERCERO.- De los motivos que se centran en los aspectos formales del procedimiento de comprobación y de inspección, en el primero «Granja Dos Hermanas» denuncia que el expediente remitido por la Administración a la Sala de instancia carece de todo documento que acredite su inicio y desarrollo, constando únicamente el acta de 22 de mayo de 1997, el informe ampliatorio y la liquidación del impuesto sobre sociedades correspondiente al ejercicio 1995, aprobada el 19 de junio de 1997. Estima que esa documentación resultaba insuficiente para que la Sala territorial tuviera un puntual conocimiento de las cuestiones controvertidas a fin de decidir las con justeza, circunstancias que, según su tesis y en virtud de los preceptos que invoca para sustentar este motivo, acarrearán la nulidad radical de la liquidación tributaria impugnada.

Esta queja puede entenderse en una doble dimensión. Cabe considerar que la recurrente se lamenta de que el expediente remitido no esté completo, tesis ante la que, como subraya el Gobierno Foral de Navarra, debió interesar de la Sala su integración con los documentos que echaba en falta, conforme a lo estipulado en el artículo 55 de la Ley reguladora de esta jurisdicción. Si no lo hizo así, resulta cuando menos incoherente denunciar, después de obtener una sentencia contraria a sus intereses, una deficiencia que en su momento no constató y que no le impidió formalizar la demanda, ampliamente motivada y razonada.

Si de lo que se lamenta con este motivo es que, lisa y llanamente, no hubo actuaciones de comprobación e investigación, pasándose directamente al acta de 22 de mayo de 1997 y a las diligencias subsiguientes (informe ampliatorio, alegaciones y liquidación), hemos de manifestar que, sencillamente, tal afirmación no responde a la realidad. Esta conclusión, que dejamos sentada en uso de la facultad que nos confiere el artículo 88, apartado 3, de la Ley 29/1998, se obtiene no sólo del acta de inspección, donde se relatan unos hechos emanados de «las actuaciones practicadas y demás antecedentes» (folio 5.2 del expediente administrativo), sino también de las alegaciones formuladas por «Granja Dos Hermanas», donde hizo alusión al «resultado de las actuaciones de inspección» que quedaron documentadas «en un acta» (folio 7.2).

Así pues, existieron las oportunas diligencias de investigación y comprobación, cuyo resultado quedó plasmado en el acta de 22 de mayo de 1997 y en el informe ampliatorio aprobado en el día siguiente, actuaciones frente a las que la empresa actora pudo alegar, haciendo patente sus discrepancias. Este acervo documental suministró a la Sala de instancia los elementos de juicio pertinentes para que ejerciera su potestad jurisdiccional (artículo 106, apartado 2, de la Constitución) en orden a controlar la liquidación en que el procedimiento desembocó, limitado en este caso a comprobar si se daban los requisitos para que procediese la desgravación *ex* artículo 3 de la Ley Foral 12/1993 de un terrenos de seis millones de metros cuadrados (amén de otras inversiones menores), por lo que están ausentes las circunstancias sobre las que la entidad recurrente basa su pretensión de nulidad y, por consiguiente, no se han producido las infracciones jurídicas que sostienen este motivo de casación, que, por lo tanto, debe desestimarse.

CUARTO.- El segundo motivo resulta irrelevante, además de entrar en contradicción con el discurso del primero. «Granja Dos Hermanas» arguye que, al iniciarse las actuaciones de comprobación (10 de mayo de 1996), aún no había expirado el plazo para presentar la autoliquidación del impuesto sobre sociedades de 1995 (25 de julio de 1996). Cuesta entender este modo de razonar cuando en el motivo anterior se ha esgrimido la inexistencia de tales actuaciones; esta disonancia argumental únicamente puede explicarse por el ejercicio legítimo del derecho de defensa, aunque no la justifique.

Sentado lo anterior y admitido, por hipótesis, que la actividad inspectora se iniciara antes de concluir el periodo para presentar la autoliquidación del tributo, ha de dejarse constancia de que dicho acontecer carece de la relevancia anulatoria que la sociedad recurrente le anuda. En primer lugar, como señala el Tribunal Superior de Justicia, lo cierto es que, cuando se levantó el acta de inspección y se dictó la liquidación combatida (primavera de 1997), el ejercicio 1995 se encontraba ya «cerrado», habiendo expirado el plazo para presentar la pertinente declaración, momento aquel en el que se encontraban definitivamente fijados los parámetros para que la Administración desarrollara su potestad en orden a comprobar y liquidar el tributo. El principio general de conservación de los actos administrativos, que emana de los artículos 64 a 67 de la Ley 30/1992, aplicable supletoriamente al ámbito tributario en virtud del apartado 1 de su disposición adicional quinta, redactada por la Ley 4/1999, de 13 de enero (BOE de 14 de enero), obliga a conservar aquellas decisiones o partes de las mismas inmunes a las taras formales que hayan podido padecerse.

En segundo término y como consecuencia de lo anterior, la cuestión alcanzaría la trascendencia que le atribuye la recurrente si la Administración hubiera operado con datos distintos de los suministrados, pero lo cierto es que actuó siempre con fundamento en los parámetros facilitados por «Granja Dos Hermanas», de modo que, aun cuando se hubiera precipitado en el impulso inicial de su actividad, el resultado de la misma responde a la realidad, sin que le haya causado indefensión, pues siempre tuvo la posibilidad de alegar frente a las conclusiones de hecho y de derecho sostenidas por la Inspección.

QUINTO.- El último de los motivos que inciden sobre el decurso del procedimiento, singularmente sobre su arranque, denuncia la falta de constancia en el expediente de la decisión de incluir a la compañía actora en el Plan de Inspección.

El artículo 18 del Reglamento General de la Inspección de los Tributos sujeta la actividad inspectora a los correspondientes planes, sin perjuicio de la iniciativa de los actuarios de acuerdo con los criterios de eficacia y de oportunidad. Por su parte, su artículo 19 alude a Plan Nacional de Inspección y a los parciales que lo desarrollan. Ambos preceptos responden a la necesidad de una actuación ordenada, que, al propio tiempo, proteja al contribuyente de eventuales acciones discriminatorias o arbitrarias. No obstante, este propósito no compele a notificar al contribuyente su inclusión en un concreto plan, tal y como hemos indicado desde la sentencia de 22 de enero de 1993 [recursos de casación acumulados 250, 256, 257, 265, 267 y 269/86, FJ 7º; puede consultarse también la sentencia de 10 de junio de 1994 (casación 203/96, FJ 1º)] y reconoce implícitamente el apartado 6 de dicho artículo 19 al disponer el carácter reservado de los planes, que no se publicitan. La jurisprudencia sostiene que esa conclusión, la de no quedar obligada la Administración a notificar al interesado su concreta inclusión en los planes de la Inspección, resulta operativa antes y después de la entrada en vigor de la Ley 1/1998, de Derechos y Garantías de los Contribuyentes [sentencias de 20 de octubre de 2000 (casación 505/93, FFJJ 3º y 4º); 17 de febrero de 2001 (casación 8312/95, FJ 2º); y 4 de octubre de 2004 (casación 8778/99, FJ 2º)]. Esta circunstancia no crea ninguna indefensión, pues queda indemne el derecho del sujeto pasivo a participar en el procedimiento y en las actuaciones inspectoras, conforme a lo previsto en los artículos 29 y siguientes del propio Reglamento. Las mencionadas sentencias de 1993 y 1994 subrayan que los citados artículos 18 y 19 se refieren a actuaciones organizativas del Servicio de Inspección, que ninguna relación guardan con el procedimiento de generación de actos administrativos singulares.

En definitiva, todo obligado tributario puede ser receptor de un procedimiento de comprobación e investigación, encaminado a verificar el exacto cumplimiento de sus deberes para con la Hacienda Pública (artículo 109 de la Ley General Tributaria, en relación con el artículo 10 del Reglamento General de la Inspección de los Tributos), sin que pueda descartarse, por el simple hecho de no obrar unido al expediente el acuerdo de inclusión en un plan, que la fórmula elegida por la Administración en el caso actual no sea la del repetido artículo 19, que tiene por objeto acotar las actuaciones a realizar en un periodo determinado y seleccionar los contribuyentes destinatarios, ni que entre ellos se encontrara la empresa demandante.

SEXTO.- De los dos motivos de casación que denuncian paralizaciones injustificadas del procedimiento, el cuarto se centra en la detención que padeció entre el 10 de mayo de 1996 y el 22 de mayo de 1997, circunstancia que, a juicio de la compañía recurrente, determina la caducidad del procedimiento, ya que, una vez transcurrido aquel lapso temporal, las actuaciones no podían reiniciarse, siendo nulas de pleno derecho las realizadas con posterioridad, incluida la liquidación impugnada.

La caducidad, institución, como la prescripción, al servicio de la seguridad jurídica, pero que, por diferencia con ella, afecta al cauce para el ejercicio de los derechos y no a estos mismos, presupone que la ley fije un término para la realización de la actividad administrativa y que su incumplimiento implique, también por mandato legal, la extinción del procedimiento. Pues bien, bajo la vigencia de la Ley General Tributaria de 1963 la vulneración, imputable a la Administración, de los plazos previstos para la actuación inspectora no llevaba aparejada la perención del procedimiento, sino tan sólo la pérdida por las actuaciones iniciadas, después detenidas por tiempo superior al previsto, de eficacia interruptora de la prescripción.

Para responder a la situación derivada del Real Decreto 803/1993, de 28 de mayo, por el que se modificaron determinados procedimientos tributarios, que no previó para un procedimiento como el que ahora nos ocupa un plazo específico, limitándose a disponer que la duración fuese acorde a su naturaleza y a sus características propias, sin perjuicio de la prescripción [artículo 1, letra c), en relación con el anexo 3], esta Sala sostuvo que la Administración debía resolver en el plazo máximo de prescripción y explicó que la inexistencia de términos prefijados para la tramitación de los expedientes tributarios implica la ausencia de caducidad, pero no supone que puedan prolongarse *sine die*, debiendo terminarse, a lo más tardar, dentro del plazo de prescripción. En otras palabras, para el Tribunal Supremo, nuestro legislador de la época sustituyó «la perención o caducidad del expediente y, en su caso, la generación del silencio administrativo por la extinción del derecho» por prescripción [por todas, sentencia de 4 de diciembre de 1998 (casación 569/93), FJ 4º]. En definitiva, bajo la vigencia de la Ley General Tributaria de 1963 y del Real Decreto 803/1993 el incumplimiento culpable de los plazos para resolver no llevaba aparejada la caducidad [sentencias de 15 de junio de 2002 (casación 2551/97, FJ 6º); 10 de octubre de 2006 (casación 3821/01, FJ 2º); 28 de marzo de 2007 (casación 1647/02, FJ 3º); y 28 de febrero de 2008 (casación 4567/02, FJ 3º)].

Por otro lado, el legislador no quiso, a la sazón, someter a un plazo específico la tramitación de los expedientes de investigación y de comprobación, por lo que no existe laguna alguna que deba colmarse, por vía subsidiaria, con la Ley 30/1992.

En suma, no hubo en este caso caducidad y, por consiguiente, la liquidación tributaria aprobada no se dictó sin cobertura, en el seno de un procedimiento muerto. Las interrupciones superiores a seis meses únicamente produjeron como efecto que las diligencias realizadas antes de esa detención carecieran de virtualidad para interrumpir el plazo de prescripción, según dispone el artículo 31 *quater* del Reglamento General de la Inspección de los Tributos. Esta afirmación nos abre las puertas del quinto motivo de casación.

SÉPTIMO.- Sostiene «Granja Dos Hermanas» que, habiendo transcurrido más de un año entre la interposición de la reclamación económico-administrativa y su resolución, el procedimiento en sede de revisión caducó, por lo que su interposición carece de virtualidad para interrumpir la prescripción. En otras palabras, siendo el último acto válido a tal fin las alegaciones al acta de inspección presentadas el 19 de junio de 1997, cuando se resolvió el recurso de alzada (3 de julio de 2001) ya había prescrito la acción.

Su planteamiento resulta equivocado. Nadie discute que la paralización en la vía económico-administrativa durante el tiempo preciso por causas imputables a la Administración produzca los efectos propios de la prescripción, como, por lo demás, interpretando el artículo 66, apartado 1, letra b), de la Ley General Tributaria, la jurisprudencia admite sin vacilación [sentencias de 23 de marzo de 1996 (casación 5503/93, FJ 2º) y 19 de febrero de 2001 (casación 8347/95, FJ 4º)]. Ahora bien, no cabe olvidar que la prescripción se interrumpe por la interposición de reclamaciones o recursos de cualquier clase. Así lo disponen las leyes generales tributarias, tanto la estatal de 1963 [artículo 66, apartado 1, letra b)], como la foral 13/2000, de 14 de diciembre (BOE de 21 de febrero de 2001) [artículo 57, apartado 1, letra b)]. Por lo tanto, como enfatiza la Sala de instancia, en el caso debatido el *dies a quo* para el cómputo de la prescripción es el 13 de agosto de 1997, en que la reclamación se interpuso, por lo que el 3 de julio de 2001, fecha en la que se resolvió, aún seguía viva la potestad administrativa pertinente, pues no habían transcurrido los cuatro años que, como todos convienen, era el plazo aplicable al caso debatido.

Argumenta, no obstante, la empresa recurrente que, en virtud de lo dispuesto en los artículos 64, apartado 1, 104 y 125 del Reglamento de procedimiento en las reclamaciones económico-administrativas, no cabe reconocer efectos interruptores de la prescripción a la interposición de la reclamación una vez que, después, el trámite estuvo paralizado por tiempo superior a un año, ya que quedó caducada la instancia. Dos defectos presenta su forma de ver las cosas. En primer lugar mezcla indebidamente figuras jurídicas distintas [la de la prescripción, de un lado, y las de la responsabilidad del funcionario responsable de la demora (artículo 64) y del silencio negativo, del otro (artículos 104 y 125)], que sólo tienen en común la parálisis administrativa. La última, ficción pensada en beneficio del administrado, le permite optar, ante la tardanza en resolver, entre considerar rechazada su petición y dirigirse a la jurisdicción o esperar a que se produzca un pronunciamiento expreso. De elegir esta segunda alternativa, habilita a la Administración para actuar y el procedimiento sigue su curso, de modo que si se produce cualquier actuación, realizada con su conocimiento formal, el plazo de prescripción se interrumpe, salvo que ya esté consumado.

En segundo término, anuda a la paralización del trámite en sede económico-administrativa por tiempo superior de un año una consecuencia jurídica, la de la caducidad de la instancia, no prevista en la norma. Esta Sala ya ha afirmado que la detención durante el mencionado periodo no conlleva tal efecto [sentencias de 30 de junio de 2004 (19 de septiembre de 2007 (casación para la unificación de doctrina 383/03, FJ 7º)].

OCTAVO.- Llegamos así al sexto motivo, en el que se discute la procedencia de la sanción impuesta. La Administración tributaria, en el acto de liquidación califica la actuación del sujeto pasivo como una omisión tendente a ocultar a la Administración el valor exacto de la base imponible de 1995, mediante la presentación de una declaración inexacta. La Sala de instancia ratifica esta apreciación añadiendo que la actitud de «Granja Dos Hermanas» no puede ampararse en una interpretación razonable del artículo 3 de la Ley Foral 12/1993.

Dicha compañía considera que tal forma de decidir desconoce el artículo 77 de la Ley General Tributaria, además de infringir el artículo 67 de la Ley 29/1998 porque el Tribunal Superior de Justicia no se pronunció sobre su alegación acerca de la inexistencia de infracción al no cometerse una conducta típica, ya que no hubo ocultación. Dejando de lado este segundo aspecto del motivo, en el que se denuncia por cauce inadecuado una incongruencia *ex silentio*, hemos de dar la razón a la recurrente.

En efecto, difícilmente puede sostenerse que comete una infracción de ocultación de datos a la Hacienda Pública quien suministra todos los elementos de juicio precisos para la calificación de la operación (adquisición de la finca, con una determinada superficie, para instalar una explotación agropecuaria). En realidad, como bien se sostiene en el recurso, lo que se ha producido es una diferente interpretación de la ley y, por consiguiente, una distinta subsunción de los hechos en la proposición normativa. Y llegados a este punto, se ha de precisar que no resulta extravagante defender que, tratándose de una industria ganadera con diversas instalaciones asentadas en una única finca, los terrenos sobre los que se encuentra enclavada, a los efectos de la

desgravación prevista en el artículo 3, apartado 4, letra a), de la mencionada Ley Foral, son aquellos sobre los que se desarrolla esa actividad y no exclusivamente, como sostuvo la Administración, ratificó la Sala territorial y ya en esta sede nadie discute, la superficie sobre la que se asientan físicamente las edificaciones de la empresa ganadera.

En suma, la Sala de instancia ha infringido el artículo 77, apartado 4, letra d), de la Ley General Tributaria de 1963, que excluye la existencia de infracción cuando el sujeto pasivo actúe diligentemente, presentando una declaración veraz y completa, que responda a una interpretación razonable de la norma.

No cabe olvidar que, conforme a la jurisprudencia, cuya reiteración exige su cita, tratándose de infracciones administrativas la culpabilidad debe apreciarse, en principio, en función de la voluntariedad del sujeto infractor en la acción u omisión antijurídica. En tal sentido, la infracción es voluntaria cuando el contribuyente conoce la existencia del hecho imponible y lo oculta a la Administración tributaria, a diferencia de los supuestos en los que lo declara, aunque sea incorrectamente, como consecuencia de las deficiencias, de la ambigüedad o de la oscuridad de la norma, que justifican una divergencia de criterio razonable y razonada, en cuyos casos nos encontraríamos ante el mero error, que no puede sancionarse. Por ello, el principio de culpabilidad constituye un elemento básico a la hora de calificar la conducta de una persona como reprochable, es decir, es un elemento esencial en todo ilícito administrativo, lo que obliga a analizar las razones expuestas por la recurrente como justificadoras del incumplimiento de sus obligaciones tributarias, para descartar las que sean meros pretextos o se basen en criterio de interpretación absolutamente insostenibles, razones que en este caso, por lo dicho, son atendibles.

Debemos, en consecuencia, casar la sentencia de instancia en cuanto ratifica la sanción impuesta, que ha de anularse.

NOVENO.- La desestimación de los cinco primeros motivos de casación nos obliga a abordar el último, en el que, como ya hemos apuntado, se denuncia el silencio de la sentencia impugnada sobre dos cuestiones subsidiariamente invocadas en la demanda. La primera se refiere al supuesto error en la medición de la finca y la segunda a la improcedente regularización del ejercicio 1993.

Si se lee el extenso suplico de la demanda, se comprueba que «Granja Dos Hermanas» dedujo cinco pretensiones. La primera fue la de la nulidad de la resolución que declaró interpuesto fuera de plazo el recurso de alzada; la segunda tenía por designio obtener igual declaración respecto de la liquidación de 19 de junio de 1997; la tercera quería que se declarase improcedente la sanción impuesta; la cuarta se enderezaba a ser indemnizada por los daños y perjuicios consistentes en los gastos incurridos por el aval bancario, más los intereses de demora; y la quinta atañía a las costas. Pues bien, en dicho suplico se especificaban, en relación con la segunda pretensión, los motivos en que debía apoyarse la declaración de nulidad de la liquidación tributaria: **(a)** falta de acreditación de la existencia misma del procedimiento de comprobación tributaria, **(b)** referirse a un periodo impositivo que no podía estar comprendido en dicha actividad de comprobación, no existiendo la preceptiva orden de inclusión en el Plan de Inspección; **(c)** interrupción injustificada por más de seis meses de las actuaciones inspectoras, habiendo caducado el procedimiento; **(d)** caducidad en sede de revisión administrativa del acto de liquidación, con la consiguiente prescripción del derecho de la Administración a determinar la deuda tributaria y a perseguir las eventuales conductas infractoras; y, en fin, **(e)** improcedencia del exceso de dotación imputado por la Administración respecto de la reserva especial para inversiones.

La anterior descripción del suplico de la demanda pone de manifiesto que las dos cuestiones sobre las que la compañía actora hecha en falta un pronunciamiento del Tribunal Superior de Justicia no fueron oportunamente suscitadas en el suplico de la demanda como pretensiones ni, en principio, como motivos para apoyar alguna de ellas. Esta primera constatación nos permitiría negar la incongruencia que se esgrime en esta sede. Recuérdese que es incongruente por defecto el pronunciamiento jurisdiccional que guarda silencio o no se pronuncia sobre alguna de las pretensiones de las partes, dejando sin juzgar o sin respuesta la cuestión sometida a la consideración del órgano judicial (sentencias del Tribunal Constitucional 26/1997, FJ 4º; 215/1999, FJ 3º; y 47/2001, FJ 11º). Por consiguiente, dado que todas las peticiones principales de la demanda (nulidad de la declaración del recurso de alzada como extemporáneo, de la liquidación tributaria y de la sanción impuesta) recibieron respuesta, no cabría tachar la sentencia de incongruente.

Sin embargo tal solución adolecería de excesivo simplismo, porque el escrito de demanda integra una unidad que ha de interpretarse en su conjunto, para obtener un conocimiento cabal de su alcance y contenido. Pues bien, en lo que atañe al supuesto error en la medición de la finca, es verdad que en la página 82 de dicho escrito se hace una escueta referencia, pidiendo que, en el supuesto de que se aceptara, como se aceptó, la tesis de la Administración demandada se tomara en consideración que la superficie de la finca era de 544 hectáreas y no de 600, por lo que los cálculos deberían rectificarse. Esta petición, que es una auténtica pretensión, carece de todo análisis en la sentencia, por lo que ha de considerarse incongruente en tal extremo, circunstancia que nos obliga, en virtud del artículo 95, apartado 2, letra d), de la Ley 29/1998, a abordarla y decidirla.

Pues bien, lleva razón en este punto la compañía actora, ya que del expediente administrativo [singularmente la escritura de compraventa (folios 8.58 y 8.62) y el certificado del Registro de la Propiedad de Tafalla (folio 8.19)] se obtiene que las dos fincas

que adquirió para su explotación ganadera eran de 3.340 y 2.715 robadas, respectivamente, esto es, 544 hectáreas y no las 600 que ha manejado la Inspección, por lo que la liquidación ha de practicarse tomando en consideración aquella primera superficie.

DÉCIMO.- La solución ha de ser la misma respecto de la otra ausencia detectada por «Granja Dos Hermanas». Se quejó de que el rechazo de la inversión documentada en la factura expedida por Telefónica por un importe de 287.855 pesetas, correspondiente al año 1993, debió tener su reflejo en la base imponible de dicho ejercicio, sin que pudiese trasladarse al de 1995. La Sala guardó silencio sobre el particular, por lo que, ante su pasividad, nos corresponde dar respuesta a tal cuestión.

Esa respuesta ha de ser contraria a lo pretendido por la demandante, que parte de un presupuesto no acreditado, ya que nada hay en el expediente que indique la adición de la suma documentada en esa factura de 1993 a la liquidación correspondiente a 1995. En el informe ampliatorio se expresa que tal factura no se ha tenido en cuenta en aquel primer año, relacionándose a continuación las que no se han acogido para 1995, entre las que no se encuentra la de 1993.

UNDÉCIMO.- En definitiva, este recurso de casación ha de ser acogido en parte, estimándose los motivos sexto y octavo, lo que fuerza a casar la sentencia de instancia, en cuanto declaró ajustada a derecho la sanción impuesta y no se pronunció sobre el particular relativo a la superficie real de la finca, dato que tuvo incidencia en el cálculo de la cuota tributaria.

DÉCIMOSEGUNDO.- La estimación del recurso de casación determina, en aplicación del artículo 139, apartado 2, de la Ley 29/1998, que no proceda hacer un especial pronunciamiento en cuanto a las costas causadas en su tramitación, sin que, en virtud del apartado 1 del mismo precepto, se aprecien circunstancias de mala fe o de temeridad que obliguen a imponer expresamente a una de las partes las costas de la instancia.

FALLAMOS

Estimamos los motivos sexto y octavo del recurso de casación 3594/03, interpuesto por la compañía mercantil GRANJA DOS HERMANAS, S.A., contra la sentencia dictada el 2 de diciembre de 2002 por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, en el recurso 781/01, que casamos y anulamos, en cuanto confirma la sanción impuesta a la compañía actora y no se pronuncia sobre las cuestiones suscitadas en las letras e) y f) del fundamento jurídico sexto de la demanda.

En su lugar, anulamos el acta de liquidación nº 835.663, relativa al impuesto sobre sociedades de 1995 en cuanto:

1º) Realiza los cálculos tomando en consideración una superficie de 600 hectáreas para la finca sobre la que se desarrolla la actividad de la compañía recurrente, debiendo aplicar un extensión de 544 hectáreas.

2º) Sanciona a dicha empresa, sanción que dejamos sin efecto.

No hacemos especial pronunciamiento sobre las costas causadas, tanto en la instancia como en casación.

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

1645/06**027**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo –Secc. 2ª- (Recurso de Casación): Sentencia de 17/06/2009

Ponente: Excmo. Sr. D. Emilio Frías Ponce

Síntesis

Recaudación tributaria. Deudas liquidadas después del fallecimiento del sujeto pasivo. Intervención de los herederos en las actuaciones inspectoras. Necesidad de notificar la liquidación a los herederos.

Fundamentos de Derecho:

PRIMERO.- Para la comprensión de los motivos invocados conviene tener en cuenta los siguientes antecedentes:

1.- La Inspección de los Tributos de Cádiz, con fecha 20 de septiembre de 1996, acordó iniciar actuaciones inspectoras relativas al IRPF y otros impuestos, de los años 1991 a 1995, a Don Juan y a su cónyuge Doña Magdalena.

La citación para que comparecieran en las oficinas de la Inspección se hizo el 8 de octubre de 1996, en el domicilio familiar, compareciendo, tras solicitar un aplazamiento, Don Rafael, manifestando que Don Juan había fallecido el 6 de octubre de 1994 y que él se presentaba como representante de su cónyuge.

2.- Con fecha 9 de mayo de 1997 se citó a los herederos de Don Juan, que eran sus cinco hijos, Don Juan Luis, Doña María Victoria, Doña Aurora, Don Patricio y Doña Magdalena, para que comparecieran el día 23 de mayo de 1997, lo que hicieron a través de Don Emilio, en virtud de la representación otorgada.

3.- La Inspección se desarrolló con dichos representantes y culminó con Acta tributaria de disconformidad, de 6 de junio de 1997, donde se practicaba una liquidación a nombre del obligado tributario Don Juan, por el concepto de IRPF 1991, por un importe total de 185.294.349 Pesetas, de las que correspondían a cuota 116.928.195 pesetas y a intereses de demora 68.366.154 pesetas, como consecuencia de la venta realizada el 16 de enero de 1991 de las acciones de la sociedad Cruz de Campo, S.A., a la mercantil M. e Hijos, S.L., con un pago aplazado en 12 anualidades sucesivas.

4.- Aprobada la propuesta por el Inspector Jefe en 4 de agosto de 1997 fue notificada la liquidación girada a nombre del fallecido en el domicilio designado el 24 de septiembre de 1997 (siendo recibida, según consta en la firma de la diligencia de recepción, por la esposa Doña Magdalena).

5.- No satisfecha la deuda en el plazo voluntario de pago que en el mismo acuerdo se consignaba, se dictaron providencias de apremio individuales a nombre de los herederos (entre los que se encontraban los ahora recurrentes), siendo notificadas en los domicilios respectivos de cada uno de ellos, con fecha 10 de mayo de 2000.

6.- Interpuestos recursos de reposición contra las providencias de apremio, en las que se invocó falta de notificación de la liquidación, fueron desestimadas por la Dependencia de Recaudación de la Delegación Especial de la AEAT, en resolución de 4 de septiembre de 2000.

7.- Promovidas reclamaciones económico-administrativas por los ahora recurrentes ante el TEAR de Andalucía, fueron desestimadas también en fecha 22 marzo 2002, siendo las resoluciones confirmadas en alzada, por el TEAC en 13 de mayo de 2004.

8.- Interpuestos recursos contencioso-administrativos contra la resolución del TEAC de 13 mayo 2004, tras la acumulación, la Sala dictó sentencia desestimatoria, rechazando las alegaciones relativas a la falta de notificación de la liquidación apremiada, a la existencia de prescripción, y a la concurrencia de caducidad.

En relación con la falta de notificación de la liquidación a los herederos, que fue dirigida al domicilio del fallecido y a su nombre, entendió la Sala que los recurrentes confirieron representación a otra persona para comparecer ante la Inspección, siendo recibida por la viuda del sujeto pasivo en el domicilio de éste y domicilio designado por los recurrentes.

Respecto a la prescripción también alegada, con base en el transcurso de más de cinco años desde la declaración del Impuesto del ejercicio de 1991, en junio de 1992, hasta la notificación practicada en 1997, argumentó la Sala que se habían practicado actuaciones plenamente justificadas, como los requerimientos efectuados a los herederos para comparecer ante la Inspección de los Tributos y designación de un representante, y para la aportación de documentación, lo que determinaba la interrupción del periodo prescriptivo.

Finalmente, en cuanto a la caducidad por el retraso de más de un mes en la resolución, la Sala señaló que no se contemplaba en las normas tributarias como causa de terminación de los procedimientos administrativos, y que la consecuencia del transcurso del tiempo, unido a una inactividad injustificada de la actuación inspectora, según el art. 31.4 del Reglamento, era la no interrupción del cómputo de la prescripción.

SEGUNDO.- Se formulan tres motivos de casación, el primero al amparo del artículo 88.1.c) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (LJCA, en adelante), y los dos siguientes al amparo del artículo 88.1.d).

En el primer motivo de casación se invoca, de una parte, incongruencia omisiva de la sentencia impugnada por haber dejado de considerar y resolver una cuestión que se considera esencial, como es que la notificación de la liquidación no se pudo hacer a nombre del fallecido, porque otras personas se habían subrogado en la posición del causante, basándose la Administración indebidamente en el artículo 15 del Real Decreto 1684/1990, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación puesto que dicho precepto se refiere a la sucesión en las deudas liquidadas respecto de las que se ha iniciado ya una gestión recaudatoria con quien fallece, lo que no ocurre aquí, ya que la deuda surgió después de que la persona hubiera fallecido, haciendo aplicable el artículo 10 de dicha norma que se refiere a la subrogación de la posición del obligado tributario.

Por otra parte, considera que la sentencia incurre en incongruencia "extra petitum", porque hace declaraciones que no vienen al caso ni se ajustan a las alegaciones efectuadas en la instancia, al señalar en el Fundamento Jurídico Cuarto que un elemental principio de seguridad jurídica impide debatir indefinidamente las discrepancias que pudieran suscitarse entre los sujetos de la relación tributaria y que no pueden trasladarse a dicha fase ejecutiva las cuestiones que debieron solventarse en la declarativa, por lo que el administrado no puede oponer frente a la correspondiente providencia de apremio motivos de nulidad afectantes a la propia liquidación practicada.

El segundo motivo de casación alude a que la sentencia no ha hecho una debida aplicación de las normas reguladoras de las notificaciones de los actos administrativos ni de los preceptos que regulan la prescripción, por lo que considera infringidos los artículos 124.1, de la Ley General Tributaria y 10.4 del Reglamento de Recaudación de 1990 de un lado, y, de otro, los artículos 64, 66 de la citada Ley 230/1963, de 28 de diciembre, General Tributaria, en relación con el art. 138.1 de la misma.

En desarrollo de este motivo considera que la notificación de la liquidación aprobada por el Inspector jefe no es eficaz y no debe surtir ningún efecto jurídico, ya que se hizo a nombre de una persona fallecida, lo que motiva que no pueda presuponerse de los herederos han tenido conocimiento de la misma.

Como prueba de lo anterior se alega que cuando se dictaron las providencias de apremio se efectuaron a nombre de cada uno de los herederos, lo que evidencia que la Administración tributaria era consciente de que no podía notificarse una liquidación tributaria a nombre de una persona fallecida. Estas providencias de apremio sí fueron debidamente notificadas, por lo que las mismas fueron recurridas en reposición y son las que, en último término, se están cuestionando en este recurso de casación.

La consecuencia de todo ello, según los recurrentes, es la prescripción de la acción para liquidar la deuda, porque una notificación dirigida a una persona fallecida nunca puede ser eficaz.

Finalmente, en el tercer motivo de casación, se insiste en la prescripción, pero desde otra perspectiva, al alegarse que la sentencia recurrida no aplica debidamente la doctrina reiterada del Tribunal Supremo sobre la duración de las actuaciones inspectoras (sentencia de 28 de febrero de 1996 y otras), con lo que, a su juicio, se contravienen los artículos 64 y 67 de la Ley 230/1963, de 28 de diciembre, General Tributaria.

A estos efectos, mantiene que la liquidación es extemporánea pues se practica en septiembre de 1997, esto es, más de cinco años después de que concluyera el plazo de autoliquidación puesto que se refiere al IRPF del ejercicio de 1991. Afirma que la iniciación de la actuación inspectora no puede considerarse un hito que permitiera prolongar cinco años más el desarrollo de la prescripción.

TERCERO.- Para dilucidar la existencia del vicio invocado en el primer motivo, conviene recordar que, conforme viene señalando el Tribunal Constitucional, «el vicio de incongruencia, entendido como desajuste entre el fallo judicial y los términos en que las partes han formulado sus pretensiones, concediendo más o menos o cosa distinta de lo pedido, puede entrañar una vulneración del principio de contradicción constitutiva de una efectiva denegación del derecho a la tutela judicial siempre y cuando la desviación sea de tal naturaleza que suponga una sustancial modificación de los términos en los que discurrió la controversia procesal» (STC 44/2008, de 10 de marzo, FJ 2).

Por otra parte, dentro de la incongruencia, la llamada incongruencia omisiva o ex silentio «se produce cuando el órgano judicial deja sin contestar alguna de las pretensiones sometidas a su consideración por las partes, siempre que no quepa interpretar razonablemente el silencio judicial como una desestimación tácita cuya motivación pueda inducirse del conjunto de los razonamientos contenidos en la resolución, y sin que sea necesaria, para la satisfacción del derecho a la tutela judicial efectiva, una contestación explícita y pormenorizada a todas y cada una de las alegaciones que se aducen por las partes como fundamento de su pretensión, pudiendo bastar, en atención a las circunstancias particulares concurrentes, con una respuesta global o genérica, aunque se omita respecto de alegaciones concretas no sustanciales» (STC 44/2008, cit., FJ 2). En el mismo sentido, el Tribunal Constitucional ha venido señalando que «es preciso ponderar las circunstancias concurrentes en cada caso para determinar si el silencio de la resolución judicial representa una auténtica lesión del art. 24.1 CE o, por el contrario, puede interpretarse razonablemente como una desestimación tácita que satisface las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva» (SSTC 167/2007, cit., FJ 2; 176/2007, de 23 de julio, FJ 2; y 29/2008, de 20 de febrero, FJ 2).

En suma, «la falta de respuesta no debe hacerse equivaler a la falta de respuesta expresa, pues los requisitos constitucionales mínimos de la tutela judicial pueden satisfacerse con una respuesta tácita, que se produce cuando del conjunto de los razonamientos contenidos en la resolución pueda deducirse razonablemente no sólo que el órgano judicial ha valorado la pretensión deducida sino, además, los motivos fundamentadores de la respuesta tácita» (STC 180/2007, de 10 de septiembre, FJ 2; en el mismo sentido, STC 138/2007, de 4 de junio, FJ 2). En esta línea se ha pronunciado, asimismo, este Tribunal en numerosas Sentencias (entre las últimas, la de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de 9 de octubre de

2008, rec. cas. núm. 2886/2006, FD Segundo), así como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, entre otras, en las Sentencias de 9 de diciembre de 1994 (asunto Hiro Balani c. España), §§ 27 y 28, y de 9 de diciembre de 1994 (asunto Ruiz Torrija c. España), §§ 29 y 30.

En este caso, no puede compartirse que la omisión denunciada sea suficiente como para caracterizarse como incongruencia omisiva, pues la Sala dió una respuesta a la cuestión planteada, sin dar relevancia al destinatario de la notificación. Problema distinto es la conformidad o no a Derecho de la desestimación acordada, lo que es objeto del segundo motivo de casación.

Por otro lado, tampoco puede admitirse que se haya producido incongruencia "extra petitum", porque la Sentencia haga determinadas declaraciones "obiter dicta", que no son más que la expresión de los criterios jurídicos que rigen cuando se impugnan actos del procedimiento ejecutivo, donde no se pueden hacer valer motivos o consideraciones del procedimiento principal en la medida que la propia Ley (artículo 138 de la Ley 230/1963, de 28 de diciembre, General Tributaria) establece que contra la procedencia de la vía de apremio solo pueden oponerse determinados motivos tasados de oposición.

CUARTO.- En el segundo motivo se cuestiona, en primer lugar, la validez de la notificación de la liquidación practicada, en cuanto iba dirigida a nombre del fallecido.

Los recurrentes sostienen que la Administración actuó bien cuando, al tener conocimiento del fallecimiento del obligado tributario, D. Juan , indagó la identificación de los herederos, siguiendo luego las actuaciones inspectoras con los mismos, pero entienden que la notificación de la liquidación, como consecuencia del acta levantada con intervención del representante designado por ellos, debió hacerse, no al fallecido, sino a los herederos, como deuda propia, sin que la circunstancia de que fuera realizada en el domicilio designado para oír las notificaciones, que coincidía con el domicilio de sus padres, con recepción por la viuda y madre de los recurrentes, pueda subsanar el defecto.

El art. 89.3 de la antigua Ley General Tributaria solo establecía que "a la muerte de los sujetos infractores, las obligaciones tributarias pendientes se transmitirán a los herederos o legatarios, sin perjuicio de lo que establece la legislación civil en cuanto a la adquisición de la herencia. En ningún caso serán transmisibles las sanciones". En la actualidad, el art. 39 mantiene la regla de transmisión a los herederos de las obligaciones tributarias pendientes, pero además aclara que no se perderá la condición de sucesor por el hecho de que la deuda tributaria no se encuentre liquidada a la fecha de la muerte del causante, precisando que en este caso las actuaciones se entenderán con cualquiera de los sucesores, y que la notificación de la liquidación debe hacerse a todos los interesados que consten en el expediente.

Aunque la necesidad de notificar la liquidación a los herederos de forma personal no se contemplaba en la Ley, esta exigencia resultaba de la normativa general, que venía establecida en los art. 105 y 124 de la Ley General Tributaria, según redacción dada por la Ley 66/1997, todo ello en relación con la Ley 30/92, pues parece evidente que la notificación, en cuanto comunicación destinada a trasladar el conocimiento de un acto para que éste pueda ser cumplido o para facilitar la posibilidad de entablar contra el mismo recurso, debe dirigirse a quien tenga la obligación de proceder a ese cumplimiento. El art. 58.1 de la Ley 30/92 dispone que la notificación se hará a los interesados, entendiéndose el art. 31.1 por tales a quienes promuevan el procedimiento administrativo como titulares de derechos o intereses legítimos individuales o colectivos o los que, sin haber iniciado el procedimiento, tengan derechos que puedan resultar afectados por la decisión. También son interesados, según el art. 31.1c) "aquellos cuyos intereses legítimos, individuales o colectivos, puedan resultar afectados por la resolución y se personen en el procedimiento en tanto no haya recaído resolución definitiva".

Otra solución podría colocar a los herederos en una posición de indefensión, como ocurrió en este caso, en cuanto se les privó de la posibilidad de los recursos, al no existir constancia de que la esposa del fallecido comunicase a sus hijos la liquidación recibida a nombre de su marido.

En el presente supuesto, además se da la circunstancia de que, con independencia del acta levantada al causante, la Inspección giró liquidaciones similares en cuanto a cada uno de los hijos, en cuanto ellos habían vendido acciones también en la misma operación colectiva que originó la regularización tributaria, siendo estas liquidaciones objeto de reclamación económico-administrativa y recayendo, finalmente, sentencia de la Audiencia Nacional, de 22 de julio de 2004, que quedaron firmes, ante la inadmisión, por razón de la cuantía, del recurso de casación nº 9292/04 interpuesto. Obviamente, si se les hubiera dado traslado de la liquidación finalmente girada en relación a la deuda de su padre, hubieran recurrido también la misma, en cuanto les afectaba.

Por otra parte, llama la atención el distinto proceder de la Administración en la fase de recaudación, pues en ésta la notificación del apremio se hizo a nombre de cada heredero.

Por todo ello, procede estimar el motivo, por falta de notificación de la liquidación, lo que obliga a aceptar asimismo su consecuencia, que es la existencia de la prescripción del derecho a liquidar por el transcurso de más de cinco años desde la finalización del plazo voluntario en junio de 1992, al no haberse practicado válidamente la notificación, sin que la realizada a la viuda, por ser defectuosa, tenga entidad suficiente para interrumpir el plazo establecido, ante lo que disponía el art. 66.1a) de la antigua Ley General Tributaria.

QUINTO.- Por las razones expuestas y sin necesidad de examinar el tercer motivo, procede estimar el presente recurso de casación, así como el recurso contencioso-administrativo interpuesto, con anulación de la sentencia recurrida, y de la resolución que confirma, sin que proceda hacer expresa imposición de las costas en la instancia, al no concurrir la circunstancia que señala el art. 139.1 de la Ley Jurisdiccional, no procediendo tampoco hacerlo en el recurso de casación, al haberse estimado.

En su virtud, en nombre de su Majestad el Rey y en el ejercicio de la potestad de juzgar que, emanada del pueblo español, nos confiere la Constitución.

FALLAMOS

PRIMERO.- Estimar el recurso de casación interpuesto por la representación de D. Patricio, D^a Victoria y D^a Aurora contra la sentencia de fecha 23 de enero de 2006, dictada por la Sección Séptima de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, que se casa y anula.

SEGUNDO.- Estimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la referida representación procesal contra la resolución del Tribunal Económico Administrativo Central de 13 de mayo de 2004, con anulación de la misma.

TERCERO.- No hacer imposición de costas.

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

184/05**028**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo –Secc. 6^a- (Recurso de Casación): Sentencia de 23/06/2009

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

Síntesis

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN. ACTUALIZACIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN. MOMENTO DE INICIO DEL DERECHO A PENSIÓN VITALICIA. BAREMO DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE SEGUROS.

Fundamentos de Derecho:

PRIMERO.- El presente recurso de casación es interpuesto por la representación procesal de don Bernardo contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 2^a) del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 21 de octubre de 2004.

La sentencia ahora impugnada reconoció el derecho de la hija del recurrente, representada por éste, a ser indemnizada por secuelas derivadas del funcionamiento de la Administración sanitaria. La indemnización no se calcula a la fecha de la lesión, que tuvo lugar el 11 de junio de 1998, sino a la fecha de notificación de la propia sentencia impugnada. Ello es justificado por el tribunal *a quo* señalando que el importe de la indemnización se fija de manera ya actualizada, teniendo en cuenta la última versión del baremo de la Dirección General de Seguros, que es del año 2004 y, por tanto, muy posterior a la fecha de la lesión. La indemnización consiste en una suma de 398.112,92 euros por varios conceptos (lesiones permanentes, perjuicio económico, daño moral, e incapacidad), más una pensión vitalicia de 2.162, 91 euros mensuales actualizables al índice de precios al consumo.

SEGUNDO.- Se basa este recurso de casación en dos motivos. En el primer motivo, formulado al amparo de la letra c) del art. 881 LJCA, se invoca infracción del art. 218 LEC y de los arts. 24 y 120 CE, por entender que no se ha motivado la fecha tomada para el cálculo de la indemnización. En el segundo motivo, formulado al amparo de la letra b) del art. 88.1 LJCA, se invoca infracción del art. 141.3 LRJ-PAC, por no haber tenido en cuenta la fecha de la lesión para fijar el importe de la indemnización.

TERCERO.- En su escrito de oposición, la letrada de la Generalitat Valenciana no se limita a combatir los mencionados motivos, sino que sostiene que son inadmisibles: el primero porque no fue alegado en el escrito de preparación del recurso de casación; y el segundo porque, si bien invoca infracción de normas relativas al fondo del litigio, es formulado al amparo de la letra b) del art. 88.1 LJCA, que contempla la incompetencia o inadecuación del procedimiento.

Estas peticiones de inadmisión no pueden ser acogidas. La Ley Jurisdiccional no obliga a que en el escrito de preparación queden ya prefigurados anticipadamente los precisos motivos en que el futuro escrito de interposición apoyará el recurso de casación. El art. 89 LJCA se limita a ordenar que el escrito de preparación haga una “sucinta exposición de la concurrencia de los requisitos de forma exigidos”, añadiendo el deber de justificar la infracción de una norma estatal o comunitaria en caso de que la sentencia impugnada provenga de un Tribunal Superior de Justicia. No hay, por tanto, una exigencia legal de perfecta correlación de los motivos en que el escrito de interposición funda el recurso de casación con lo que anteriormente se haya dicho en el escrito de preparación, cuyo contenido es mucho más sencillo.

Y en cuanto a la formulación de un motivo relativo al fondo del litigio sobre la base de la letra b) en lugar de la letra d), que sería la adecuada, es claro que se trata un simple error. Tal como está redactado el motivo segundo de este recurso de casación, no cabe ninguna duda de que hace referencia a la infracción de normas aplicables para resolver la cuestión debatida, no a un problema de incompetencia o inadecuación de procedimiento. Si a ello se añade que lo pretendido por el recurrente no es ninguna retroacción de actuaciones, sino la anulación de la sentencia impugnada y un nuevo pronunciamiento sobre el fondo del litigio, no hay obstáculo alguno para entender que el recurrente basa realmente este motivo en la letra d) del art. 88.1 LJCA.

CUARTO.- Abordando ya el motivo primero de este recurso de casación, no cabe apreciar la falta de motivación de la fecha tomada para el cálculo de la indemnización que denuncia el recurrente. El cálculo de la indemnización se hace en el fundamento de derecho quinto de la sentencia impugnada, de cuya lectura se desprende sin dificultad que el tribunal *a quo* fija un importe actualizado. Así lo dice expresamente, añadiendo que fue el propio recurrente quien, en su escrito de conclusiones, solicitó la actualización del importe de la indemnización. Se deja igualmente claro que ese cálculo actualizado se ha llevado a cabo tomando en consideración la última versión del baremo de la Dirección General de Seguros, correspondiente al año 2004. Habida cuenta de todo ello, la sentencia no adolece de ninguna falta de motivación, por lo que este motivo primero debe ser desestimado.

QUINTO.- En cuanto al motivo segundo, no hay razón para afirmar que la sentencia impugnada haya vulnerado el art. 141.3 LRJ-PAC al calcular la indemnización. Es verdad que dicho precepto ordena que la cuantía de la indemnización sea calculada con referencia al día en que la lesión efectivamente se produjo; pero inmediatamente después añade que ello no impide su actualización a la fecha en que se ponga fin al procedimiento, es decir, al día en que la indemnización queda definitivamente fijada. Dicha actualización debe hacerse, siempre según el art. 141.3 LRJ-PAC, “con arreglo al índice de precios al consumo”, esto es, teniendo en cuenta la inflación habida entre el momento de la lesión y el momento de fijación definitiva de la indemnización. Cabe observar a este respecto que, aunque el recurrente no lo diga, el tribunal *a quo* no ha utilizado, en puridad, el índice de precios al consumo; pero ello no supone una vulneración del art. 141.3 LRJ-PAC, ya que la inflación habida entre el momento de la lesión y el momento de dictar sentencia es igualmente tenida en cuenta al fijar un importe actualizado de la indemnización. Esto se logra utilizando el baremo de la Dirección General de Seguros correspondiente al año 2004, en que se dicta la sentencia ahora impugnada; baremo que es un documento oficial y, naturalmente, puesto al día con respecto al índice de inflación.

Mención aparte merece el hecho de que también la pensión vitalicia sea calculada a la fecha de notificación de la sentencia, lo que implica que no se reconoce un derecho a cobrar las mensualidades transcurridas desde la lesión con sus correspondientes intereses. Tampoco aquí cabe apreciar infracción alguna de la legalidad. Como bien dice la letrada de la Generalitat Valenciana en su escrito de oposición, la indemnización establecida por la sentencia impugnada debe considerarse como un todo unitario. El dato innegable de que, para calcular su importe, sea necesario tener en cuenta distintos conceptos indemnizatorios y diferentes necesidades de la víctima no altera su esencial unidad: no hay varias indemnizaciones, sino una sola. Así las cosas, nada obsta a que también la pensión vitalicia sea calculada actualizadamente, junto con el resto de la indemnización, y que el derecho a percibir las correspondientes mensualidades comience el día de notificación de la sentencia. Es más: en rigor, la pensión vitalicia no es tanto un concepto indemnizatorio, cuanto un modo de pagar la indemnización debida. Así se desprende del art. 141.4 LRJ-PAC, que establece que la indemnización procedente podrá “ser abonada mediante pagos periódicos, cuando resulte más adecuado para lograr la reparación debida”. Esto quiere decir que el derecho a recibir los pagos periódicos, en que consiste una parte de la indemnización reconocida por la sentencia impugnada, nace con la fijación definitiva de la propia indemnización y como un modo de dar cumplimiento a ésta. No cabe, así, reconocer derecho al cobro de mensualidades anteriores a ese momento, ni de sus intereses.

Por todo lo expuesto, también el motivo segundo de este recurso de casación ha de ser desestimado.

SEXTO.- La desestimación de todos los motivos del recurso de casación lleva aparejada la imposición de las costas al recurrente. Ajustándose al criterio seguido por esta Sección 6ª en casos similares, quedan las costas fijadas en un máximo de tres mil euros en cuanto a honorarios de abogado.

FALLAMOS

No haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de don Bernardo contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 2ª) del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 21 de octubre de 2004, con imposición de las costas al recurrente hasta un máximo de tres mil euros en cuanto a honorarios de abogado.

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

6060/06**029**

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Sala Primera: Sentencia de 11 de mayo de 2009 (STC. 112/2009)

Ponente: Excmo. Sr. D. Eugenio Gay Montalvo

Síntesis

Supuesta vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (acceso al recurso legal): inadmisión de recurso de queja motivada en juicio sobre despido.

La Sala Segunda del Tribunal Constitucional, compuesta por don Guillermo Jiménez Sánchez, Presidente, don Vicente Conde Martín de Hijas, doña Elisa Pérez Vera, don Eugeni Gay Montalvo, don Ramón Rodríguez Arribas y don Pascual Sala Sánchez, Magistrados

ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 6.060-2006, promovido por don Roberto, don Carlos Javier , doña Clara y don Antoni, representados por el Procurador de los Tribunales don Gabriel de Diego Quevedo y bajo la asistencia del Letrado don Francisco Argaya Roca, contra el Auto de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, de 21 de febrero de 2006, que desestima el recurso de queja núm. 4822/05, y contra los Autos del Juzgado de lo Social núm. 10 de Valencia de 28 de noviembre y 16 de septiembre de 2005, recaídos en el recurso de suplicación núm. 91/05. Ha comparecido y aportado alegaciones Antena 3 Televisión, S.A. Ha intervenido el Ministerio Fiscal. Ha sido Ponente el Magistrado don Eugeni Gay Montalvo, quien expresa el parecer de la Sala.

(...)

II. FUNDAMENTOS JURIDICOS

1. El presente recurso de amparo se dirige contra el Auto dictado por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Valencia, de 21 de febrero de 2006, que desestimó el recurso de queja planteado por los recurrentes en amparo, así como contra los Autos del Juzgado de lo Social núm. 10 de Valencia, de 28 de noviembre y 16 de septiembre de 2005, que acordaron poner fin al trámite del recurso de suplicación por ellos formulado, por entender que todas esas resoluciones judiciales vulneran el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE). En efecto, de un lado, los recurrentes se quejan de la desestimación de su recurso de queja, considerando que la Sala no puede cuestionar la viabilidad de ese cauce procesal y que no se puede hacer recaer en esa parte las consecuencias de la errónea instrucción del recurso realizada por el Juzgado; de otro lado, también reprochan al Juzgado el hecho de haberles causado indefensión por la incorrecta notificación de la providencia de 15 de junio de 2005 por la que se daba plazo para la interposición del recurso de suplicación contra la Sentencia de despido.

El Ministerio Fiscal interesa la estimación de la demanda de amparo al considerar que la decisión de la Sala de lo Social de desestimación del recurso de queja vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva, ya que tal medio de impugnación fue el indicado a la parte por el propio Juzgado y era adecuado para hacer valer la pretensión que se esgrimía. Entiende, así mismo, que de apreciarse esa lesión no procedería realizar un pronunciamiento sobre la segunda queja formulada (esto es, sobre la imputada

al Juzgado por la incorrecta notificación de la providencia), ya que se deberían retrotraer las actuaciones para que la Sala de lo Social se pronuncie al respecto.

Por su parte, la representación procesal de Antena 3 Televisión, S.A., interesa la desestimación de la demanda de amparo al considerar que no tiene relevancia constitucional, ya que la parte recurrente -aunque dirige sus reproches fundamentalmente a la decisión de inadmisión del recurso de queja- lo que en realidad discute es la supuesta notificación defectuosa realizada por el Juzgado de un proveído, defecto que no se habría denunciado en el momento procesal oportuno por los cauces legales previstos para ello, ni se habría ofrecido al respecto prueba alguna sobre su realidad.

2. Como ha quedado anteriormente expuesto la parte recurrente imputa la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en primer lugar, a la decisión del Tribunal Superior de Justicia que desestimó su recurso de queja, aduciendo al respecto que no se puede cuestionar por la Sala su procedencia cuando fue la vía de impugnación indicada por el Juzgado, resultando de aplicación la doctrina constitucional relativa a la errónea instrucción de recursos, a la que también se remite el Ministerio Fiscal para interesar la estimación de este primer motivo del recurso. En segundo lugar, imputa la infracción del art. 24.1 CE al Juzgado de lo Social por haberle notificado incorrectamente el proveído de 15 de junio de 2005, por el que se tuvo por anunciado el recurso de suplicación poniendo los autos a disposición del Letrado para que pudiese interponerlo. Como advierte el Fiscal, dado que la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia no ha llegado a enjuiciar esta cuestión, sólo nos competiría pronunciarnos al respecto en el caso de que estimásemos el primer motivo del recurso.

Pues bien, comenzando por la primera de las quejas relativa a la desestimación del recurso de queja por el Tribunal Superior de Justicia, es verdad que conforme ha mantenido este Tribunal, la instrucción o información errónea acerca de los recursos facilitada por los órganos judiciales es susceptible de inducir a la equivocación de la parte litigante, y que cuando así ocurre, se debe considerar el error provocado a esta última como excusable debido a la autoridad que merecen las decisiones judiciales (por todas, SSTC 79/2004, de 5 de mayo, FJ 2; 244/2005, de 10 de octubre, FJ 3; 26/2008, de 11 de febrero, FJ 2; y 4/2009, de 12 de enero, FJ 2). Ahora bien, en contra de lo mantenido por los recurrentes en amparo, tal doctrina no se ha infringido en el presente caso, ya que la indicación realizada por el Juzgado de lo Social a la parte -señalando que contra su Auto de 16 de septiembre de 2005 cabía interponer recurso de queja- fue conforme a Derecho, toda vez que los autos que deniegan la tramitación de un recurso de apelación -en este caso suplicación- son susceptibles de ser impugnados mediante recurso de queja (art. 187 LPL en relación con el art. 494 LEC/2000).

Además, la Sala de lo Social no sustentó su decisión en la inviabilidad del recurso de queja sino en la indebida utilización del mismo por parte de los recurrentes, que, obviando la finalidad propia de ese medio de impugnación (dirigido a que la decisión de inadmisión de un recurso adoptada por el órgano judicial a quo pueda ser revisada por aquél órgano judicial superior al que le compete el conocimiento del mismo), intentaron cuestionar la validez de los actos procesales realizados por el Juzgado en el curso del proceso, en concreto, la notificación del proveído de 15 de junio de 2005.

Y, aunque, efectivamente, tiene razón la recurrente en que, en contra de lo mantenido por la resolución recurrida en amparo, el Auto del Juzgado de 28 de noviembre de 2005 (que desestimó el recurso de reposición formulado contra la decisión de archivo del recurso de suplicación) no era susceptible de ser recurrido en suplicación, tal circunstancia no impide que apreciemos desde el punto de vista constitucional que la desestimación del recurso de queja fue respetuosa con el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), pues la decisión no tuvo por causa la falta de formulación del mencionado recurso de suplicación -que no cabía conforme a lo dispuesto en el art. 189 LPL- sino que, como ha quedado anteriormente dicho, estuvo razonada y razonablemente motivada en la indebida utilización del de queja para plantear una controversia ajena al objeto específico de ese recurso.

Conforme a lo expuesto, debemos desestimar la demanda al no haberse producido la vulneración que se imputa al Auto de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, de 21 de febrero de 2006, pronunciamiento que hace innecesario, según ya ha quedado dicho, el examen del segundo de los motivos del recurso dirigido a cuestionar las resoluciones del Juzgado de lo Social impugnadas

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

Desestimar la demanda de amparo presentada por don Roberto, don Carlos Javier, doña Clara y don Antoni.

Publíquese esta Sentencia en el "Boletín Oficial del Estado".

Dada en Madrid, a once de mayo de 2009.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Sala Primera: Sentencia de 18 de mayo de 2009 (STC. 117/2009)

Ponente: Excmo. Sr. D. Eugenio Gay Montalvo

Síntesis

Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (acceso a la justicia): incompetencia de la jurisdicción contencioso-administrativa para conocer de la nulidad de los actos de una agrupación sindical sin indicar el orden competente, previa declaración de incompetencia de los tribunales civiles sobre la misma pretensión (STC 26/1991).

La Sala Segunda del Tribunal Constitucional, compuesta por don Guillermo Jiménez Sánchez, Presidente, don Vicente Conde Martín de Hijas, doña Elisa Pérez Vera, don Eugeni Gay Montalvo, don Ramón Rodríguez Arribas y don Pascual Sala Sánchez, Magistrados

ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 3155-2005, promovido por don Fidel , representado por el Procurador de los Tribunales don Antonio Ramón Rueda López y asistido por el Abogado don Raúl Rodríguez García, contra el Auto de 23 de marzo de 2005 de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, por el que se desestima el incidente de nulidad de actuaciones, y contra la Sentencia de la misma Sala y Sección de fecha 28 de enero de 2005, recaída en el recurso de apelación núm. 456-2003. Han comparecido el Abogado del Estado en la representación que ostenta, la Fundación Campollano y la Agrupación Sindical de Propietarios y Urbanizadores del Polígono Industrial Campollano, representadas ambas por la Procuradora de los Tribunales doña Beatriz Martínez Martínez y asistidas respectivamente por los Abogados don Antonio Castillo Aroca y don Antonio Castillo Alcarria. Ha intervenido el Ministerio Fiscal. Ha sido Ponente el Magistrado don Eugeni Gay Montalvo, quien expresa el parecer de la Sala

(...)

II. FUNDAMENTOS JURIDICOS

1. Conforme se ha dejado expuesto en el apartado de antecedentes de la Sentencia, el demandante de amparo denuncia la vulneración de su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE) como consecuencia de la falta de respuesta por las resoluciones impugnadas a su pretensión de declaración de nulidad del acuerdo de convocatoria de la Asamblea de la Agrupación de Propietarios y Urbanizadores del Polígono Industrial Campollano, celebrada el 25 de mayo de 1999, y de los acuerdos en ella adoptados, tras dirigirse, primero, a la jurisdicción civil y, posteriormente, a la del orden contencioso-administrativo, sin que en ésta se hiciese declaración formal de falta de jurisdicción para conocer de dichas pretensiones.

Tanto el Fiscal como el Abogado del Estado interesan la estimación del amparo al advertir una actuación del órgano judicial lesiva del derecho fundamental invocado, por cuanto deja imprejujada la pretensión de nulidad de los actos de la agrupación directamente formulada por el ahora demandante en el recurso contencioso-administrativo, sin que el órgano hiciese pronunciamiento formal de su falta de jurisdicción e indicación del orden jurisdiccional considerado competente para la resolución de la misma, situando de este modo al recurrente a una posición "sin salida". Por su parte las entidades demandadas en el procedimiento del que trae causa el presente de amparo, personadas en los presentes autos, solicitan la desestimación del amparo. Consideran las entidades comparecientes que las resoluciones impugnadas son conformes a la legalidad y no han producido indefensión alguna al recurrente, ya que la Sentencia recurrida ha entrado en el fondo del asunto en consonancia con lo actuado en la vía administrativa con suficiente argumentación y desestimando la pretensión de la parte actora, al tiempo que consideran que carece de sentido un pronunciamiento de incompetencia de la Sala para resolver sobre la cuestión formulada, habida cuenta de que la misma reconoce expresamente en la Sentencia impugnada la competencia del orden contencioso-administrativo para conocer del asunto.

Dados los términos en que viene formulada la demanda de amparo, nuestro enjuiciamiento consiste en dilucidar si las resoluciones impugnadas por el demandante, es decir, la Sentencia y Auto de fechas 28 de enero y 23 de marzo de 2005, respectivamente, de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha han vulnerado su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE) por no haber dado respuesta a su pretensión de nulidad de los acuerdos de la Agrupación Sindical de Propietarios demandada, al ceñir su enjuiciamiento al examen de la legalidad de los acuerdos del Subdelegado de Gobierno en Albacete sin hacer expreso pronunciamiento de inadmisión por falta de jurisdicción para conocer de dicha pretensión, lo que habría conducido a una denegación de justicia respecto de la pretensión así formulada.

2. El enjuiciamiento de la queja reseñada demanda precisar con algún detenimiento el curso seguido por la pretensión procesal formulada por el recurrente.

Del testimonio de las actuaciones del procedimiento contencioso-administrativo obrante en estos autos se desprende, en efecto, que en el caso ahora examinado el recurrente acudió inicialmente a los Tribunales civiles, obteniendo una declaración de falta de jurisdicción para el enjuiciamiento de la pretensión de nulidad de la convocatoria y acuerdos de la Asamblea de la mencionada agrupación sindical celebrada el 25 de mayo de 1999, al apreciar la naturaleza administrativa de los actos de la agrupación demandada y considerar que los mismos serían impugnables en vía administrativa y ulteriormente ante los Tribunales contencioso-administrativos, por lo que remitieron a las partes a usar de su derecho en el orden jurisdiccional que corresponda. Al amparo de esa declaración de incompetencia de los Tribunales civiles los demandantes (entre ellos el recurrente en amparo) presentaron "escrito-recurso" (según lo denominan) ante la Subdelegación del Gobierno en Albacete, dirigido a la Administración del Estado, en el que interesaban, entre otras resoluciones, la anulación de la convocatoria de la tan repetida Asamblea y de los acuerdos en ella adoptados. Tal solicitud fue rechazada por dos veces mediante sendos acuerdos del Subdelegado del Gobierno, al apreciar falta de competencia de la Administración para adoptar las medidas solicitadas, ya que estimaba que la actividad de la agrupación se ampara en el derecho de asociación reconocido en el art. 22 CE que prescribe que "las asociaciones sólo podrán ser disueltas o suspendidas en sus actividades en virtud de resolución judicial motivada".

Tras dicha resolución administrativa los demandantes procedieron a formular recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha dirigido, de un lado, contra dicha resolución administrativa y, de otro -interesa destacarlo a los efectos de nuestro enjuiciamiento-, contra la celebración y acuerdos de la repetida Asamblea de la agrupación sindical. El recurso se remitió para su enjuiciamiento al Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 2 de Albacete, quien declaró la inadmisibilidad del mismo contra los actos de la agrupación por juzgar transcurrido sobradamente el plazo para impugnarlos en vía administrativa, antes incluso -se afirma- de haber acudido los recurrentes a la jurisdicción civil. Recurrída en apelación ante el Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha la resolución anterior, la Sala dictó Sentencia revocatoria del anterior pronunciamiento atendiendo al régimen administrativo de notificaciones, al estimar que los actos de la agrupación impugnados no podían entenderse firmes y consentidos y por tanto considerarse extemporánea la reclamación administrativa. Tras este pronunciamiento inicial la Sala entiende que "procede entrar en el estudio de lo que fue la petición de los actores en la vía administrativa según su escrito de fecha 19 de septiembre de 2000", concluyendo que "la cuestión jurídica nuclear se reconduce a si se puede considerar conforme a Derecho el acto administrativo impugnado, en tanto se declara incompetente el órgano administrativo para poder resolver la petición de los recurrentes de que se proceda a la anulación de la Asamblea de la Agrupación". La Sala confirma dicha resolución recurrida al entender que la agrupación sindical demandada es una asociación de tipo voluntario, sustentada sobre las aportaciones de sus socios, de carácter privado, que quedó vinculada a la Organización Sindical a efectos formales, pero que en ningún caso era una asociación dependiente del Estado, por lo que, por su naturaleza jurídica, quedaba sujeta en el ámbito que se discute al derecho de asociación (art. 22 CE) que impide la intervención solicitada por los recurrentes, a la vez que argumenta que el tiempo transcurrido y los sucesivos cambios legislativos producidos han generado una situación de difícil comprensión, argumentos que conducen a la Sala a desestimar el recurso por ser conforme al ordenamiento jurídico el acto administrativo impugnado.

Del contenido de los razonamientos y fallo de la Sentencia impugnada se desprende con claridad que la Sala resuelve de modo expreso sólo una de las pretensiones formuladas por los demandantes, aquella relativa a la legalidad de la resolución administrativa, pero no entra a resolver sobre el fondo de la otra pretensión expresamente formulada por aquéllos en relación a la nulidad de la convocatoria de la Asamblea de la agrupación y de los acuerdos en ella adoptados. Dicha omisión fue denunciada mediante la formulación de un incidente de nulidad de actuaciones en el que se interesó la nulidad y retroacción del procedimiento para que la Sala se pronunciase sobre la pretensión omitida, bien entrando a resolver sobre el fondo del asunto, o bien apreciando la incompetencia de jurisdicción para resolver sobre la misma para, de este modo, poder acudir al cauce procesal oportuno en el que dilucidar el orden jurisdiccional competente para resolverla. La Sala finalmente desestimó la solicitud de nulidad negando la necesidad de tener que pronunciarse sobre el fondo de la repetida pretensión para satisfacer con congruencia el "principio" (sic) de tutela judicial efectiva, señalando que "lo que se ha de fiscalizar por este orden jurisdiccional es la actuación originaria de la Administración pública en vía administrativa; tal y como demandaría el principio revisor de esta jurisdicción (arts. 1 y 25, ambos de la Ley Jurisdiccional) ... Conforme con ello se ha de considerar, por ende, que la Sentencia cuya nulidad se

pretende en ningún caso ni es incongruente ni puede ser valorada como denegación de tutela judicial efectiva; y ello porque este Tribunal, a su juicio, ha dado la respuesta legal posible y necesaria ... Por todo ello, procede rechazar el incidente de nulidad de actuaciones, o el planteamiento negativo de competencia al no proceder ni procesal ni jurídicamente el mismo".

De la motivación que sustenta la desestimación de la nulidad interesada se infiere que, respecto del doble objeto que contenía el recurso contencioso-administrativo formulado por el recurrente, el órgano judicial, por razones de índole competencial (competencia objetiva), ciñó deliberadamente su enjuiciamiento únicamente al examen de la legalidad del acto administrativo (resolución del Subdelegado del Gobierno), para lo que se reafirma en su competencia, sin pronunciarse sobre la impugnación directa de la convocatoria y acuerdos de la Asamblea de la agrupación sindical formulada por el recurrente como objeto de recurso, al advertir -como pone de manifiesto el Fiscal en su escrito de alegaciones- una posible falta de jurisdicción para entrar a conocer sobre el fondo de dicha pretensión; incompetencia que no se declara formalmente, sino que se expresa de modo implícito o indirecto.

3. Preciado de este modo el contenido de la queja que se nos presenta, hemos de comenzar nuestro enjuiciamiento advirtiendo que no es ésta la primera ocasión en que este Tribunal ha de abordar el examen de una queja relativa a la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) como consecuencia de la apreciación por los órganos judiciales de la falta de jurisdicción para resolver sobre la pretensión que se les formula. En estos casos hemos recordado nuestra consolidada doctrina según la cual constituye aspecto medular del derecho a la tutela judicial efectiva proclamado en el art. 24.1 CE el derecho a obtener una resolución sobre el fondo del asunto planteado oportunamente ante los órganos judiciales, si bien ese derecho queda igualmente satisfecho si el órgano judicial, por concurrir una causa legal apreciada razonadamente, dicta una resolución de inadmisión que impida entrar en el fondo de la cuestión planteada (por todas, SSTC 52/2007, de 12 de marzo, FJ 2; 119/2008, de 13 de octubre, FJ 4).

En particular, por lo que se refiere a la apreciación de la falta de jurisdicción, incluso de oficio, hemos precisado que no supone por sí misma una infracción del art. 24.1 CE (entre otras, SSTC 49/1983, de 1 de junio, FJ 7; 112/1986, de 30 de septiembre, FJ 2; 17/1999, de 22 de febrero, FJ 3; 92/1999, de 26 de mayo, FJ 5; y STC 120/2001, de 4 de junio, FJ 4, a la que seguimos en su razonamiento). Dicho supuesto es contemplado por el ordenamiento jurídico como una circunstancia procesal ordinaria, cuya resolución se encauza en el art. 9.6 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ). Este precepto exige al órgano judicial que se considere carente de jurisdicción la indicación del concreto orden jurisdiccional que se estima competente, indicación ésta necesaria para el efectivo disfrute del derecho a la tutela judicial efectiva, según hemos señalado en nuestras SSTC 43/1984, de 26 de marzo, FJ 2; 26/1991, de 11 de febrero, FJ 3; y siguiendo esta última la STC 86/2002, de 22 de abril, FJ 3. Además, si en el orden jurisdiccional remitido se aprecia también falta de jurisdicción, el art. 50.1 LOPJ prevé que la Sala especial de Conflictos de Competencia del Tribunal Supremo determine, previa interposición del denominado recurso por defecto de jurisdicción, el orden jurisdiccional que necesariamente debe conocer del asunto. Tanto la posible remisión de un asunto a otro orden jurisdiccional (art. 9.6 LOPJ) como el recurso por defecto de jurisdicción (art. 50.1 LOPJ) sirven, pues, a un mismo fin: el de allanar los posibles óbices de procedibilidad a fin de que el órgano judicial competente resuelva sobre el fondo del litigio. Esto es, aquellos remedios procesales sirven, precisamente, para asegurar el disfrute del derecho a la tutela judicial efectiva.

En este sentido ha considerado nuestra doctrina que "en los casos en que no se dicta una resolución sobre el fondo por impedirlo una causa de inadmisión, si el legislador ha previsto una actuación de carácter tutelar por parte del órgano judicial para facilitar que el ciudadano obtenga una resolución que se pronuncie sobre el fondo de sus pretensiones, como es la remisión al orden jurisdiccional que estime competente, el incumplimiento de esa medida tutelar indicativa por parte del órgano judicial vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión" (STC 86/2002, de 22 de abril, FJ 3, con cita de la STC 43/1984, de 26 de marzo, FJ 2). Esa función tutelar se ordena a los órganos judiciales en casos similares al presente -según hemos señalado- en el art. 9.6 LOPJ, que se completa con el recurso por defecto de jurisdicción previsto en el art. 50.1 LOPJ, preceptos estos con trascendencia constitucional con la perspectiva del derecho a la tutela judicial efectiva proclamado en el art. 24.1 CE, en la medida que disponen aquella función tutelar contenida en el ámbito de ese derecho fundamental (SSTC 26/1991, de 11 de febrero, FJ 3; 86/2002, de 22 de abril, FJ 3).

4. Pues bien, del examen de las particulares circunstancias que enmarcan el presente caso a la luz de la doctrina anteriormente reseñada se desprende -como ponen de manifiesto el Fiscal y el Abogado de Estado en sus respectivos escritos de alegaciones- la existencia de la denunciada vulneración del derecho del recurrente a la tutela judicial efectiva sin indefensión proclamado en el art. 24.1 CE. Así lo hemos declarado con anterioridad en un supuesto que guarda estrecha semejanza con el ahora enjuiciado, en el que el Tribunal del orden contencioso-administrativo dictó Sentencia genéricamente desestimatoria del recurso de apelación al razonar en la fundamentación de la misma su falta de jurisdicción para enjuiciar la pretensión deducida, remitiendo al justiciable a la "vía judicial procedente" sin indicar formalmente de cuál se trataba y cuando ya se había recibido una respuesta negativa -en aquel caso- de la jurisdicción laboral, que previamente había remitido a la parte a la contencioso-administrativa (STC 26/1991, de 11 de febrero).

Del mismo modo que en el caso entonces enjuiciado, de la fundamentación de la Sentencia ahora impugnada se infiere sin dificultad que el motivo por el que la Sala no entra a examinar la pretensión de nulidad de los actos de la agrupación sindical es la apreciación de falta de jurisdicción para enjuiciarlos porque estima que carecen de naturaleza administrativa, pero sin anudar a dicha consideración el consiguiente y obligado pronunciamiento formal ni la debida instrucción sobre el remedio procesal procedente para garantizar así la efectiva tutela judicial de la parte. Al ceñirse la Sala a resolver únicamente sobre la legalidad de la resolución administrativa del Subdelegado del Gobierno, sin hacer un pronunciamiento formal sobre la pretensión de impugnación de los acuerdos de la agrupación directamente formulada por el recurrente, desconoció que dicha pretensión había sido objeto de un pronunciamiento de incompetencia precedente por falta de jurisdicción de los órganos del orden jurisdiccional civil. Con este modo de proceder la Sentencia impugnada dejó al recurrente en amparo en una situación "sin salida" (en palabras de la citada STC 26/1991, FJ 3), generadora de indefensión por incumplimiento del mandato contenido en el art. 9.1 LOPJ, que para el orden jurisdiccional contencioso-administrativo reproduce el art. 5.3 de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa, privando al recurrente del acceso al cauce procesal legalmente dispuesto para dilucidar la vía procesal en la que poder obtener una respuesta sobre el fondo de su pretensión (art. 50 LOPJ), eludiendo de este modo el órgano judicial la aplicación de disposiciones legales estrechamente ligadas -como hemos declarado- al efectivo disfrute del derecho fundamental a la tutela judicial proclamado en el art. 24.1 CE.

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

Estimar la demanda de amparo promovida por don Fidel y, en consecuencia:

1º Declarar que se ha vulnerado el derecho del recurrente en amparo a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) privándole de cauce procesal para obtener una respuesta sobre el fondo de su pretensión.

2º Restablecerlo en su derecho y, a tal fin, declarar la nulidad del Auto de 23 de marzo de 2005 de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha y de la Sentencia de 28 de enero de 2005 recaída en el recurso de apelación número 456-2003 de la misma Sala del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, con retroacción de las actuaciones al momento procesal inmediatamente anterior al de pronunciamiento de la Sentencia para que se dicte una nueva resolución judicial respetuosa con el derecho fundamental vulnerado.

Publíquese esta Sentencia en el "Boletín Oficial del Estado".

Dada en Madrid, a dieciocho de mayo de dos mil nueve.

C-88/08

031

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS

Sala Tercera: Sentencia de 18 de junio de 2009

Ponente: Sra. F. Lindh

Síntesis

(Directiva 2000/78/CE - Igualdad de trato en el empleo y la ocupación - Discriminación por razón de edad - Determinación de la remuneración de los agentes contractuales del Estado - Exclusión de la experiencia profesional adquirida antes de los 18 años de edad)

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Tercera)

de 18 de junio de 2009 (*)

«Directiva 2000/78/CE – Igualdad de trato en el empleo y la ocupación – Discriminación por razón de edad – Determinación de la remuneración de los agentes contractuales del Estado – Exclusión de la experiencia profesional adquirida antes de los 18 años de edad»

En el asunto C-88/08,

que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 234 CE, por el Oberster Gerichtshof (Austria), mediante resolución de 7 de febrero de 2008, recibida en el Tribunal de Justicia el 27 de febrero de 2008, en el procedimiento entre

David Hütter

y

Technische Universität Graz,

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Tercera),

integrado por el Sr. A. Rosas, Presidente de Sala, y los Sres. A. Ó Caoimh y J.N. Cunha Rodrigues, la Sra. P. Lindh (Ponente) y el Sr. A. Arabadjiev, Jueces;

Abogado General: Sr. Y. Bot;

Secretario: Sr. R. Grass;

habiendo considerado los escritos obrantes en autos;

consideradas las observaciones presentadas:

- en nombre de David Hütter, por los Sres. T. Stampfer y C. Orgler, Rechtsanwälte;
- en nombre de la Technische Universität Graz, por la Sra. M. Gewolf-Vukovich, Mitglied der Finanz Prokurator;
- en nombre del Gobierno danés, por la Sra. B. Weis Fogh, en calidad de agente;
- en nombre de la Comisión de las Comunidades Europeas, por el Sr. J. Enegren y la Sra. B. Kotschy, en calidad de agentes;

vista la decisión adoptada por el Tribunal de Justicia, oído el Abogado General, de que el asunto sea juzgado sin conclusiones;

dicta la siguiente

Sentencia

- 1 La petición de decisión prejudicial versa sobre 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 Dicha petición se presentó en el marco de un litigio entre el Sr. Hütter y la Technische Universität Graz (en lo sucesivo, «TUG») sobre su clasificación en grado como agente contractual de la función pública en el momento de su contratación.

Marco jurídico

Normativa comunitaria

- 3 En el considerando vigesimoquinto de la Directiva 2000/78, se señala lo siguiente:

«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 las diferencias de

trato justificadas, concretamente por objetivos legítimos de las políticas de empleo, del mercado laboral y de la formación profesional, y debe prohibirse la discriminación.»

4 A tenor de 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.»

5 El artículo 2 de la Directiva 200/78 titulado «Concepto de discriminación» dispone:

«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 salvo que 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.

[...].»

6 El artículo 3 de la Directiva 2000/78 titulado «Ámbito de aplicación», establece en su apartado 1:

«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:

a) las condiciones de acceso al empleo, a la actividad por cuenta propia y al ejercicio profesional, incluidos los criterios de selección y las condiciones de contratación y promoción, independientemente de la rama de actividad y en todos los niveles de la clasificación profesional, con inclusión de lo relativo a la promoción;

[...]

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

[...].»

7 El artículo 6 de la Directiva 2000/78, titulado «Justificación de diferencias de trato por motivos de edad», establece en su apartado 1:

«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 recomendación, 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.»
- 8 Con arreglo al artículo 18, párrafo primero, de la Directiva 2000/78, la República de Austria debía adoptar las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en dicha Directiva a más tardar el 2 de diciembre de 2003.

Normativa nacional

- 9 De la resolución de remisión se desprende que el artículo 128 de la Ley federal sobre la organización de las universidades y sus estudios de 2002 (Universitätsgesetz 2002, BGBl. I, 120/2002) establece que el contenido de los contratos de trabajo celebrados entre la universidad y sus empleados tras la entrada en vigor de dicha Ley, a saber, el 1 de enero de 2004, y hasta la entrada en vigor de un convenio colectivo viene determinado por la Ley de personal contratado de las administraciones públicas de 1948 (Vertragsbedienstetengesetz 1948, BGBl., 86/1948), en su versión modificada por la Ley de 2004 (BGBl. I, 176/2004; en lo sucesivo, «VBG»).
- 10 El artículo 3, apartado 1, letra a), de la VBG establece las normas de clasificación de los agentes contractuales. Solamente las personas que hayan cumplido los 15 años de edad podrán ser contratadas como agentes.
- 11 Por lo que se refiere a los derechos que dependen de la duración de la relación laboral o de la experiencia profesional, la VBG no permite tener en cuenta los períodos de empleo cubiertos antes de los 18 años de edad, salvo en determinados supuestos específicos, no pertinentes en el asunto principal. Así pues, a la hora de fijar la fecha de referencia para el cómputo de la antigüedad, el artículo 26, apartado 1, de la VBG excluye que se tengan en cuenta períodos de empleo cubiertos antes de los 18 años de edad. Los períodos de empleo cubiertos «en el marco de una formación profesional en materia de enseñanza [...] en universidades o establecimientos de enseñanza superior [...]» a que se refiere el artículo 26, apartado 2, punto 1, letra b), de la VBG únicamente podrán ser tomados en consideración a efectos de determinar la antigüedad si hubieran sido cubiertos después de los 18 años de edad.
- 12 La adaptación del Derecho austriaco a la Directiva 2000/78 la llevó a cabo la Ley federal sobre igualdad de trato de 1993 (Bundes-Gleichbehandlungsgesetz 1993, BGBl., 100/1993), en su versión modificada por la Ley de 2004 (BGBl. I, 65/2004; en lo sucesivo, «B-GIBG»). Esta Ley regula los contratos de trabajo con las universidades. No obstante, según el órgano jurisdiccional remitente, la B-GIBG no ha modificado el artículo 26, apartado 1, de la VBG, por lo que ésta sigue siendo aplicable a los hechos controvertidos en el procedimiento principal.

Litigio principal y cuestiones prejudiciales

- 13 El Sr. Hütter, demandante en el litigio principal, nació en 1986. Con una compañera suya completó, del 3 de septiembre de 2001 al 2 de marzo de 2005, un período de aprendizaje de técnico de laboratorio en la TUG, organismo público que se rige por la Ley federal de 2002 sobre la organización de las universidades y sus estudios.
- 14 El Sr. Hütter y su compañera fueron contratados a continuación por la TUG, del 3 de marzo de 2005 al 2 de junio de 2005, es decir, por un período de 3 meses. Al ser la compañera del Sr. Hütter 22 meses mayor que él, obtuvo una clasificación en escalón más favorable, que se tradujo en una diferencia de sueldo mensual de 23,20 euros. Esta diferencia se debía a que el período de aprendizaje cubierto por el Sr. Hütter durante su mayoría de edad fue únicamente de unos 6,5 meses, frente a los 28,5 meses de su compañera.
- 15 El Sr. Hütter interpuso un recurso ante el Landesgericht für Zivilrechtssachen Graz. Solicitó el pago de una compensación equivalente a la diferencia de sueldo en perjuicio suyo por razón de edad, que considera injustificada y contraria tanto a la B-GIBG como a la Directiva 2000/78. Esa diferencia de sueldo se cifra en la cantidad de 69,60 euros.
- 16 Al haberse estimado las pretensiones del Sr. Hütter tanto en primera instancia como en apelación, la TUG interpuso recurso de casación ante el órgano jurisdiccional remitente. Éste se pregunta más concretamente si el artículo 6 de la Directiva 2000/78 se opone a una medida nacional que permite a los empleadores no tener en cuenta períodos de experiencia profesional adquiridos ante de la mayoría de edad para no desfavorecer a las personas que hayan cursado estudios secundarios, no incitar a los alumnos a abandonar este tipo de estudios y, más genéricamente, para que no resulte costoso para el sector público el aprendizaje dirigido a favorecer la inserción de los jóvenes aprendices en el mercado laboral.
- 17 En estas circunstancias, el Oberster Gerichtshof decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia la siguiente cuestión prejudicial:

«¿Deben interpretarse los artículos 1, 2 y 6 de la Directiva [2000/78] en el sentido de que se oponen a una normativa nacional [...] que excluye períodos anteriores de empleo computables para determinar la fecha de referencia a efectos de promoción, en la medida en que se hayan cubierto antes del cumplimiento de la edad de 18 años?»

Sobre la cuestión prejudicial

Observaciones presentadas ante el Tribunal de Justicia

- 18 El Sr. Hütter estima que, a igualdad de experiencia profesional, no existe justificación alguna que permita sustentar, con arreglo al artículo 6, apartado 1, de la Directiva 2000/78, una diferencia de trato basada exclusivamente en la edad a la que se adquirió dicha experiencia. A su juicio, una norma como la controvertida en el litigio principal constituye una incitación a no ejercer ninguna actividad profesional antes de los 18 años de edad. Considera que se trata de una discriminación prohibida por la Directiva 2000/78.
- 19 La TUG niega la existencia de discriminación. Afirma que el artículo 26, apartado 1, de la VBG se aplica indistintamente a cualquier persona, con independencia de su edad. Por consiguiente, no puede tratarse de una discriminación basada en el criterio de la edad. Concluye que dicha disposición únicamente puede examinarse a la luz del artículo 2, apartado 2, letra b), de la Directiva 2000/78 sobre las discriminaciones indirectas basadas en criterios aparentemente neutros.
- 20 La TUG sostiene, con carácter subsidiario, que la medida controvertida en el procedimiento principal persigue un objetivo legítimo y es adecuada y necesaria, en el sentido del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 2000/78.
- 21 Considera que dicha medida permite, en efecto, a los servicios públicos disponer de una estructura clara y uniforme para la fijación de los sueldos de los agentes contractuales. En su opinión, se trata de un objetivo legítimo en el sentido de los artículos 2, apartado 2, y 6, apartado 1, de la Directiva 2000/78.
- 22 La TUG señala que durante el año 2000, aproximadamente un 0,03 % de los aprendices completaron su formación tras haber cumplido los 18 años de edad. La inserción profesional de los aprendices se ve favorecida por el hecho de que deben justificar períodos de experiencia profesional adquiridos antes de los 18 años, períodos que no son tomados en consideración para el cálculo de su remuneración. Según la TUG, esto permite a los empleadores reducir los costes vinculados a la contratación de jóvenes aprendices.
- 23 Por otra parte, añade, el cómputo de períodos de empleo cubiertos antes de los 18 años de edad perjudicaría indebidamente a las personas procedentes de la enseñanza general. En un Estado miembro como la República de Austria, donde el mercado laboral adolece de falta de titulados de enseñanza superior, una medida como la controvertida en el litigio principal permite también, según la TUG, evitar que se incite a las personas a abandonar la enseñanza general.
- 24 El Gobierno danés estima que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 2000/78 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una medida como la controvertida en el litigio principal, si persigue un objetivo legítimo vinculado a la formación profesional y a la política de empleo a favor de los jóvenes y es adecuada y necesaria.
- 25 El citado Gobierno destaca la amplia facultad de apreciación de que disponen los Estados miembros por lo que respecta a las medidas basadas en el criterio de la edad (véanse, en este sentido, las sentencias de 22 de noviembre de 2005, Mangold, C-144/04, Rec. p. I-9981, apartados 62 y 63, así como de 16 de octubre de 2007, Palacios de la Villa, C-411/05, Rec. p. I-8531, apartado 68).
- 26 El Gobierno danés estima que establecer una remuneración inferior a la de los adultos para las personas de menos de 18 años les incita a seguir una formación complementaria que les permita obtener una remuneración superior. Por otra parte, si los empleadores estuvieran obligados a remunerar a las personas de menos de 18 años de edad en las mismas condiciones que a los trabajadores adultos, se mostrarían proclives, naturalmente, a contratar a trabajadores de mayor edad y más experimentados. Por último, las personas de menos de 18 años no serían, en general, capaces de realizar las mismas tareas que los adultos. El citado Gobierno señala que, por ello, muchos convenios colectivos en Dinamarca establecen condiciones de remuneración menos favorables para los trabajadores de la mencionada categoría de edad.
- 27 La Comisión de las Comunidades Europeas considera que la norma controvertida en el procedimiento principal se refiere a una condición de empleo y trabajo, en el sentido del artículo 3, apartado 1, letra c), de la Directiva 2000/78, a saber, la condición de remuneración. Estima que, por tanto, la situación controvertida en el litigio principal está comprendida dentro del ámbito de aplicación de la citada Directiva.
- 28 Según la Comisión, la norma que excluye los períodos de servicio cubiertos antes de los 18 años establece una discriminación basada directamente en la edad. El hecho de que la medida controvertida en el litigio principal se aplique indistintamente a cualquier persona que haya cumplido los 18 años de edad es, a este respecto, indiferente. Señala que, en

efecto, la discriminación reside en la circunstancia de que la norma reserva un trato más favorable a las personas que adquieren experiencia profesional después de haber cumplido los 18 años de edad. Añade que las circunstancias de que se trata en el asunto principal demuestran el efecto discriminatorio de dicha norma, ya que el demandante en el procedimiento principal, a igualdad de experiencia, es tratado de modo menos favorable que una de sus compañeras de trabajo, debido únicamente a su diferencia de edad.

- 29 Por lo que se refiere a la justificación basada en la necesidad de tener, para todos los asalariados, un sistema uniforme de cómputo de los períodos de experiencia profesional, la Comisión reconoce que puede tratarse de un objetivo legítimo en el sentido del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 2000/78. No obstante, considera que la norma controvertida no es adecuada ni necesaria para alcanzar dicho objetivo. Estima que el sistema de cálculo de los períodos de antigüedad seguiría siendo tan uniforme y lógico si no se excluyeran los períodos de empleo realizados antes de los 18 años de edad.
- 30 Por lo que se refiere a la justificación basada en la igualdad de trato entre los aprendices, por un lado, y los alumnos de enseñanza general, por otro, la Comisión reconoce que puede formar parte de la política de formación profesional, a que se refiere el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 2000/78. Sin embargo, alberga dudas respecto al carácter adecuado y necesario de la medida controvertida en el asunto principal, ya que esta medida favorece a los alumnos de enseñanza general en detrimento de los aprendices, al tener estos últimos, en general, la posibilidad de adquirir experiencia profesional antes de alcanzar su mayoría de edad.
- 31 Por último, con respecto a la justificación basada en la inserción de los jóvenes en el mercado laboral, la Comisión duda de que la medida controvertida en el procedimiento principal tenga tal efecto. La diferencia de trato establecida por dicha medida constituye una desventaja que arrastrará, a lo largo de toda su carrera, el trabajador que sea víctima de ella. La exclusión de los períodos de empleo realizados antes de los 18 años de edad no afecta exclusivamente a los jóvenes sino también, según la Comisión, a todos los agentes contractuales a los que se aplica la VBG, con independencia de la edad que tengan éstos en el momento de la contratación. La Comisión considera que otros mecanismos menos restrictivos permiten favorecer el empleo juvenil.

Respuesta del Tribunal de Justicia

- 32 Procede verificar si una normativa nacional como la controvertida en el asunto principal está comprendida dentro del ámbito de aplicación de la Directiva 2000/78 y, en caso afirmativo, si se trata de una medida discriminatoria basada en la edad que pueda, en su caso, considerarse justificada a la luz de la citada Directiva.
- 33 Tanto del título y de la exposición de motivos como del contenido y de la finalidad de la Directiva 2000/78 se desprende que ésta tiene por objeto establecer un marco general para garantizar a cualquier persona la igualdad de trato «en el empleo y la ocupación», ofreciéndole una protección eficaz contra las discriminaciones basadas en alguno de los motivos mencionados en su artículo 1, entre los que figura la edad.
- 34 Más concretamente, resulta del artículo 3, apartado 1, letras a) y c), de la Directiva 2000/78 que ésta se aplica, dentro del límite de las competencias conferidas a la Comunidad, «a todas las personas, por lo que respecta tanto al sector público como al privado, incluidos los organismos públicos», en relación, por un lado, con «las condiciones de acceso al empleo, [...] incluidos los criterios de selección y las condiciones de contratación y promoción, independientemente de la rama de actividad y en todos los niveles de la clasificación profesional» y, por otro lado, con «las condiciones de empleo y trabajo, incluidas las de despido y remuneración».
- 35 Pues bien, el artículo 26 de la VBG excluye, con carácter general, todo cómputo de la experiencia profesional adquirida antes de los 18 años de edad a efectos de la clasificación en escalón de los agentes contractuales de la función pública austriaca. Así pues, esta disposición afecta a la fijación del escalón que debe corresponder a dichas personas. Afecta también, por consiguiente, a su remuneración. Por tanto, debe considerarse que una normativa de esta naturaleza establece normas relativas a las condiciones de acceso al empleo, de contratación y de remuneración, en el sentido del artículo 3, apartado 1, letras a) y c), de la Directiva 2000/78.
- 36 En estas circunstancias, la Directiva 2000/78 es de aplicación a una situación como la que dio lugar al litigio del que conoce el órgano jurisdiccional remitente.
- 37 El artículo 2, apartado 1, de la Directiva 2000/78 define el «principio de igualdad de trato» que pretende aplicar, como «la ausencia de toda discriminación directa o indirecta basada en cualquiera de los motivos mencionados en el artículo 1» de dicha Directiva. El artículo 2, apartado 2, letra a), de ésta precisa que, a efectos de la aplicación de su apartado 1, existirá 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 misma Directiva.

- 38 Pues bien, una normativa nacional como la controvertida en el procedimiento principal da un trato menos favorable a las personas cuya experiencia profesional haya sido adquirida, aunque sea sólo parcialmente, antes de los 18 años de edad, con relación a las que hayan obtenido después de haber alcanzado dicha edad una experiencia de la misma naturaleza y de duración análoga. Una normativa de esta naturaleza establece una diferencia de trato entre personas en función de la edad a la que hayan adquirido su experiencia profesional. Como demuestran los hechos de que se trata en el asunto principal, este criterio puede llegar hasta conducir a una diferencia de trato entre dos personas que hayan cursado los mismos estudios y adquirido la misma experiencia profesional, y ello exclusivamente en función de las edades respectivas de esas personas. Por tanto, tal disposición establece una diferencia de trato basada directamente en el criterio de la edad en el sentido del artículo 2, apartados 1 y 2, letra a), de la Directiva 2000/78.
- 39 Sin embargo, del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 2000/78 se desprende que tales diferencias de trato basadas en la 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».
- 40 Por lo que se refiere al carácter legítimo del objetivo perseguido por la normativa controvertida en el litigio principal, se deduce de las explicaciones proporcionadas por el órgano jurisdiccional remitente que el legislador austriaco pretendió excluir el cómputo de la experiencia profesional obtenida antes del reconocimiento, a los 18 años de edad, de la capacidad jurídica plena, para no perjudicar a las personas que hayan seguido una formación escolar secundaria de enseñanza general con relación a las procedentes de la formación profesional. Aparte de esta incitación a que se prosigan los estudios secundarios, el órgano jurisdiccional remitente menciona asimismo la voluntad del legislador de no encarecer el coste que tiene para el sector público el aprendizaje profesional y de favorecer de este modo la inserción de los jóvenes que hayan seguido este tipo de formación en el mercado del empleo. Procede, pues, examinar si estos objetivos pueden considerarse legítimos a efectos del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 2000/78.
- 41 Procede recordar a este respecto que los objetivos que pueden considerarse «legítimos» en el sentido del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 2000/78 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 (sentencia de 5 de marzo de 2009, *Age Concern England*, C-388/07, Rec. p. I-0000, apartado 46).
- 42 Los objetivos mencionados por el órgano jurisdiccional remitente pertenecen a dicha categoría de objetivos legítimos y pueden justificar diferencias de trato vinculadas al «establecimiento de condiciones especiales de acceso al empleo [...] incluidas las condiciones [...] de recomendación [...] para los jóvenes, [...] con vistas a favorecer su inserción profesional» y al «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», mencionadas respectivamente en las letras a) y b) del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 2000/78.
- 43 Por consiguiente, debe considerarse, en principio, que objetivos de la naturaleza de los mencionados por el órgano jurisdiccional remitente justifican «objetiva y razonablemente», «en el marco del Derecho nacional», como prevé el artículo 6, apartado 1, párrafo primero, de la Directiva 2000/78, una diferencia de trato por motivos de edad establecida por los Estados miembros.
- 44 Hay que verificar asimismo, según los propios términos de la citada disposición, si los medios empleados para lograr estos objetivos son «adecuados y necesarios».
- 45 A este respecto, los Estados miembros disponen indiscutiblemente de una amplia facultad de apreciación al elegir las medidas que les permitan lograr sus objetivos en materia social y laboral (sentencia *Mangold*, antes citada, apartado 63).
- 46 A pesar de este margen de apreciación concedido a los Estados miembros, hay que señalar que los objetivos mencionados por el órgano jurisdiccional remitente pueden parecer, a primera vista, contradictorios. En efecto, uno de esos objetivos sería incitar a los alumnos a cursar una enseñanza secundaria de tipo general y no de carácter profesional. Otro objetivo sería favorecer la contratación de personas que hayan cursado formación profesional y no la de las personas procedentes de la enseñanza general, como se desprende del apartado 40 de la presente sentencia. Se trata por consiguiente, en el primer caso, de no perjudicar a las personas procedentes de la enseñanza secundaria general con relación a las que tienen una formación profesional y, en el segundo caso, de la hipótesis inversa. Por tanto, resulta difícil, a primera vista, admitir que una normativa nacional como la controvertida en el procedimiento principal pueda favorecer simultáneamente a cada uno de esos dos grupos a expensas del otro.
- 47 Aparte de esta falta de coherencia interna, hay que señalar también que la normativa nacional controvertida en el asunto principal se basa en el criterio de la experiencia profesional anterior a efectos de la determinación de la clasificación en escalón y, por ende, de la remuneración de los agentes contractuales de la función pública. Pues bien, el recompensar la experiencia adquirida, la cual permite al trabajador cumplir mejor sus tareas, es algo reconocido, por regla general, como

una finalidad legítima. Por lo tanto, el empresario puede retribuir esta experiencia (véase la sentencia de 3 de octubre de 2006, Cadman, C-17/05, Rec. p. I-9583, apartados 35 y 36). No obstante, es preciso señalar que una normativa nacional como la controvertida en el asunto principal no se limita a retribuir la experiencia sino que establece, a igualdad de experiencia, una diferencia de trato en función de la edad a la que se haya adquirido dicha experiencia. En tales circunstancias, ese criterio vinculado a la edad no tiene, por consiguiente, relación directa con el objetivo consistente, para el empleador, en recompensar la experiencia profesional adquirida.

- 48 Por lo que atañe al objetivo dirigido a no desfavorecer a la enseñanza secundaria general con relación a la formación profesional, hay que subrayar que el criterio de la edad a la que se adquirió la experiencia anterior se aplica con independencia de cuál sea el tipo de enseñanza cursado. Excluye tanto el cómputo de la experiencia adquirida antes de los 18 años de edad por una persona que haya cursado enseñanza general como la adquirida por una persona procedente de la formación profesional. Por tanto, dicho criterio puede conducir a una diferencia de trato entre dos personas procedentes de la formación profesional o entre dos personas procedentes de la enseñanza general con arreglo únicamente al criterio de la edad a la que adquirieron su experiencia profesional. En estas circunstancias, no cabe concluir que el criterio de la edad a la que se adquirió la experiencia profesional es adecuado para lograr el objetivo de no desfavorecer a la enseñanza general con relación a la formación profesional. A este respecto, procede señalar que un criterio basado directamente en el tipo de estudios cursados sin atender a la edad de las personas resulta mejor adaptado, a la luz de la Directiva 2000/78, para lograr el objetivo de no desfavorecer a la enseñanza general.
- 49 Por lo que respecta al objetivo dirigido a favorecer la inserción en el mercado laboral de los jóvenes que han cursado formación profesional, hay que subrayar que la exclusión del cómputo de la experiencia adquirida antes de los 18 años de edad se aplica indistintamente a todos los agentes contractuales de la función pública, con independencia de la edad a la que hayan sido contratados. Así, este criterio de la edad a la que se adquirió la experiencia profesional no permite distinguir a un grupo de personas definidas por su juventud con la finalidad de reservarles determinadas condiciones de contratación especiales destinadas a favorecer su inserción en el mercado de trabajo. Una norma como la controvertida en el procedimiento principal se diferencia de medidas como las evocadas por el Gobierno danés que tienden a favorecer la inserción profesional de jóvenes de menos de 18 años en la medida en que éstas prevén la aplicación a éstos de unas condiciones mínimas de remuneración inferiores a las aplicables a los trabajadores que tienen más edad. En la medida en que no toma en consideración la edad de las personas en el momento de su contratación, una norma como la controvertida en el litigio principal no es adecuada, por tanto, para favorecer la entrada en el mercado de trabajo de una categoría de trabajadores definida por su juventud.
- 50 Por consiguiente, no puede considerarse que una normativa que reúna las características de la controvertida en el asunto principal es adecuada en el sentido del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 2000/78.
- 51 Por tanto, procede responder al órgano jurisdiccional remitente que los artículos 1, 2 y 6 de la Directiva 2000/78 deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa nacional que, con la finalidad de no desfavorecer a la enseñanza general con relación a la formación profesional y de fomentar la inserción de los jóvenes aprendices en el mercado de trabajo, excluye el cómputo de los períodos de empleo cubiertos antes de los 18 años de edad a efectos de la determinación del escalón que corresponde a los agentes contractuales de la función pública de un Estado miembro.

Costas

- 52 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:

Los artículos 1, 2 y 6 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, deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa nacional que, con la finalidad de no desfavorecer a la enseñanza general con relación a la formación profesional y de fomentar la inserción de los jóvenes aprendices en el mercado de trabajo, excluye el cómputo de los períodos de empleo cubiertos antes de los 18 años de edad a efectos de la determinación del escalón que corresponde a los agentes contractuales de la función pública de un Estado miembro.

Firmas

* Lengua de procedimiento: alemán.

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

28/04/2009	(RCUD. 0066/08)	-Ref. 01-
29/04/2009	(RCUD. 0577/08)	-Ref. 02-
30/04/2009	(RCUD. 2300/08)	-Ref. 03-
04/05/2009	(RCUD. 2062/08)	-Ref. 04-
04/05/2009	(RCUD. 0789/08)	-Ref. 05-
05/05/2009	(RCUD. 2019/08)	-Ref. 06-
05/05/2009	(RC. 0084/08)	-Ref. 07-
06/05/2009	(RCUD. 2572/08)	-Ref. 08-
06/05/2009	(RCUD. 1408/08)	-Ref. 09-
06/05/2009	(RCUD. 2063/08)	-Ref. 10-
08/05/2009	(RCUD. 2369/08)	-Ref. 11-
12/05/2009	(RC. 0121/08)	-Ref. 12-
13/05/2009	(RC. 0109/08)	-Ref. 13-
14/05/2009	(RCUD. 1097/08)	-Ref. 14-
14/05/2009	(RC. 0089/08)	-Ref. 15-
19/05/2009	(RCUD. 0180/08)	-Ref. 16-
19/05/2009	(RCUD. 3516/08)	-Ref. 17-
19/05/2009	(RC. 0083/08)	-Ref. 18-
20/05/2009	(RC. 0131/08)	-Ref. 19-
20/05/2009	(RCUD. 0684/08)	-Ref. 20-
01/06/2009	(RC. 0062/08)	-Ref. 21-

TRIBUNAL SUPREMO –SALA TERCERA-

28/05/2009	(RC. 11244/04)	-Ref. 22-
02/06/2009	(RC. 10403/04)	-Ref. 23-
02/06/2009	(RC. 2157/05)	-Ref. 24-
10/06/2009	(RC. 3979/05)	-Ref. 25-
15/06/2009	(RC. 3594/03)	-Ref. 26-
17/06/2009	(RC. 1645/06)	-Ref. 27-
23/06/2009	(RC. 0184/05)	-Ref. 28-

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

11/05/2009	(STC. 112/2009)	-Ref. 29-
18/05/2009	(STC. 117/2009)	-Ref. 30-

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS

18/06/2009	(Asunto C-88/08)	-Ref. 31-
------------	------------------	-----------

